

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

JOANA MELLER DE BOM

**DUPLA PATERNIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS: ANÁLISE À TESE
FIRMADA PELO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº
898060**

**CRICIÚMA
2019**

JOANA MELLER DE BOM

**DUPLA PATERNIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS: ANÁLISE À TESE
FIRMADA PELO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº
898060**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Gabriele Bernardes Ongaratto

**CRICIÚMA
2019**

JOANA MELLER DE BOM

**DUPLA PATERNIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS: ANÁLISE À TESE
FIRMADA PELO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº
898060**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Gabriele Bernardes Ongaratto

Criciúma, ____ de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a M.^a Gabriele Bernardes Ongaratto – UNESC – Orientadora

Prof. Jean Gilnei Custódio – UNESC

Prof. Maicon Aléssio – UNESC

Dedico este trabalho a todos os pais e mães, que escolhem por meio do mais puro e singelo amor devotarem suas vidas à criação de outra. Em especial aos meus, Vitório e Sara, que em toda minha vida foram excepcionais e honram a cada dia essa linda missão. Também à minha irmã Vanessa, que zela por mim na mesma extensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me concedido uma vida tão abençoada e repleta de oportunidades. Por ter me iluminado por todo o caminho e guiado até a vitória, pois sem Ele nada seria possível.

A minha família, por sempre me apoiar e impulsionar. Por ter acreditado no meu potencial quando eu mesma pensei que não conseguiria. Por toda paciência e compreensão nos momentos de estresse e ausência. Pela oportunidade de cursar e concluir a graduação em Direito. Principalmente, pelo amor incondicional que foi minha principal motivação a cada dia dessa trajetória.

Ao meu namorado, João Francisco, por sempre estar ao meu lado. Por ter me acalmado nos momentos de crise e me incentivado diariamente nesses 5 anos. Por me fazer tão feliz e por acreditar tanto no meu sucesso.

A minha orientadora, Gabriele, por todo auxílio, paciência e dedicação. Por ter sido fundamental na construção desse trabalho e também por ter sido uma amiga, que sempre me entendeu e acalmou.

As minhas amigas de toda vida, Alice, Ana Maria, Brenda, Georgia, Maria Julia, Manoela, Maria Fernanda, Tiziana e Vitória, por tanta troca, apoio, e principalmente, por torcerem e se alegrarem verdadeiramente com a minha vitória. Por todos os anos de amizade sincera.

As minhas amigas da faculdade, Caroline, Isabela, Laura, Marcela e Mariana, pelos momentos compartilhados nesses 5 anos, por toda ajuda e desafios que vencemos juntas, fazendo nossa amizade ultrapassar a vida acadêmica.

Minha gratidão, também, a todos meus professores da graduação, que compartilharam seus ensinamentos, sabedoria, experiências profissionais, e tanto contribuíram para minha formação.

Aos excepcionais profissionais do Cartório da 1ª Vara da Comarca de Içara, onde tive a honra e o prazer de fazer estágio. Meu muito obrigada a minha chefe Maria Luiza, que me recebeu como uma mãe, e aos técnicos Carol, Diana, Gilnei e Marilene, que me ensinaram com tanto amor e paciência.

Por fim, a minha personal trainer, Chaiane, que se tornou uma verdadeira amiga e me ajudou muito nesses meses de elaboração do trabalho, sempre me entendendo e motivando.

“A família não nasce pronta; constrói-se aos poucos e é o melhor laboratório do amor.”

Luis Fernando Verissimo

RESUMO

O enfoque do presente trabalho é analisar e refletir os fundamentos e efeitos jurídicos da tese firmada pelo STF que permitiu a concomitância das paternidades biológica e socioafetiva e igualou-as em todos direitos e deveres, acabando com as divergências jurisprudenciais acerca da supremacia ou não de uma sobre a outra. Para tanto, se faz necessário o estudo dos princípios constitucionais pertinentes ao direito de família e a influência destes tanto no momento de criação das leis, quanto no de aplicação nas decisões judiciais. Em seguida, breve exame da evolução da concepção de família no direito brasileiro, que antes da Constituição Federal de 1988 possuía perfil hierarquizado/patriarcal e feto econômico, passando a ser atualmente núcleo formado pelo vínculo afetivo e *locus* de felicidade. Aborda-se também a evolução do instituto da filiação e relação paterno-filial, a vedação de qualquer tipo de discriminação entre os tipos de parentesco e a valorização do afeto como elo da entidade familiar. A pesquisa é realizada sob a ótica do melhor interesse da criança e adolescente, de forma que a relevância social deste trabalho é verificar o alcance das melhores condições para o desenvolvimento saudável e responsável daqueles que possuem proteção especial. O método de pesquisa será dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave. Dupla Paternidade. Filiação. Socioafetividade. Efeitos Jurídicos. Melhor Interesse da Criança e Adolescente.

ABSTRACT

The focus of this work is to analyze the legal bases and effects of the thesis that allowed the concomitance of biological and socio-affective paternities and equated them in all rights and duties, ending the jurisprudential divergences about the supremacy or not of one over the other. To do so, it is necessary to study the constitutional principles pertinent to family law and their influence both at the time of the creation of laws and in the application of judicial decisions. Following, a brief examination of the evolution of the conception of family in Brazilian law, which before the Federal Constitution of 1988 had a hierarchical / patriarchal profile and economic phyto, now being the nucleus formed by the affective bond and locus of happiness. We also discuss the evolution of the institute of affiliation and paternal-filial relationship, the prohibition of any kind of discrimination between the types of kinship and the valuation of affection as the link of the family entity. The research is carried out from the perspective of the best interest of the child and adolescent, so that the social relevance of this work is to verify the reach of the best conditions for healthy and responsible development of those who have special protection. The research method will be deductive, through bibliographical and jurisprudential research.

Key words. Dual Paternity. Membership. Socio-activity. Legal Effects. Best-Interest-of-the-child.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PRÍNCIPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	12
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	14
2.1.1. O subprincípio da busca pela felicidade.....	17
2.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	19
2.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.....	21
3 ASPECTOS DESTACADOS SOBRE A FAMÍLIA E FILIAÇÃO.....	25
3.1 POSSE DE ESTADO DE FILHO: PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	31
3.2 PATERNIDADE RESPONSÁVEL.....	36
4 MULTIPARENTALIDADE.....	41
4.1 ANÁLISE AO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº898060...	45
4.2 PONDERAÇÕES ACERCA DA DUPLA PATERNIDADE.....	50
5 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54
ANEXO.....	59
ANEXO A.....	60

1 INTRODUÇÃO

A família é uma construção social e a sua organização compete a área do Direito, que, por sua vez, deve adequar-se à realidade fática a fim de garantir tutela jurisdicional a todos. A entidade familiar passou por muitas transformações ao longo dos anos, ao passo que a sua compreensão permanece em constante evolução. Inicialmente, o casamento era tido como regra de conduta e a família era extensa, rural, hierarquizada e patriarcal. Era uma instituição com objetivos político-econômicos e ideologia extremamente moralista-discriminatória, onde o homem era superior à mulher e os filhos eram distinguidos entre legítimos e ilegítimos.

Com a revolução industrial e a inserção da mulher no mercado de trabalho, esse cenário se modificou resultando no advento da Constituição Federal de 1988, que vedou qualquer tipo de discriminação entre homens e mulheres, como também, entre os tipos de filiação. A família foi repersonalizada tornando-se plural e igualitária. O princípio da dignidade da pessoa humana elevou o ser humano ao centro do discurso político e a realização pessoal o único caminho para seu alcance. A relação familiar passou a ser fundada em laços de afetividade, isto é, o elo que cria, une e mantém a família é o próprio afeto que sentem entre si.

A Constituição Federal de 1988 acolheu a diversidade de famílias tendo em vista que esses vínculos são, hoje, meio de promoção do desenvolvimento humano. A incessante busca pela felicidade origina cada vez mais tipos de entidades familiares, o que demanda a interação da Lei com a doutrina e jurisprudência, para atender os anseios da sociedade. Nesse sentido, recentemente, o STF fixou tese permitindo a concomitância de paternidades, biológica e socioafetiva, com todos direitos e deveres resguardados a ambos os pais.

Todavia, as crianças e adolescentes possuem proteção especial e prioridade absoluta conferida pela CF/88 e pelo ECA, de forma que o objeto de pesquisa do presente trabalho é analisar os fundamentos da referida tese a fim de saber se os efeitos jurídicos estão de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e adolescente. Pretende-se estudar se a dupla paternidade suporta todo o conjunto necessário para alcançar o desenvolvimento saudável e responsável desses indivíduos em crescimento – que abrange a esfera física, psíquica, intelectual e moral.

Para tanto, inicia-se com um estudo acerca dos princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família. Isto pois, os princípios são mandamentos de

otimização possíveis de satisfação em grau variado, possibilitando que a tutela jurídica consiga abraçar a realidade dos fatos, diferente das regras que são determinações integrais. Primordial o exame do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, o qual baliza todo o ordenamento jurídico brasileiro. Passando para o princípio da busca da felicidade, da afetividade e do melhor interesse da criança e adolescente, todos essenciais para análise da tese.

No capítulo seguinte, indispensável o exame da evolução da família e filiação desde o período patriarcal antecedente a CF/88 até a concepção eudemonista dos tempos atuais, que tem a felicidade como condição para o desenvolvimento humano. Também, estudo a respeito da relação paterno-filial e os aspectos relevantes da filiação biológica e socioafetiva, analisando-se a origem de ambos os vínculos, o valor jurídico do afeto e a posse de estado de filho. Acerca dos efeitos jurídicos, necessário falar-se sobre a paternidade responsável do art. 226, §7º da CF/88, tanto do ponto de vista do planejamento familiar quanto do direito parental.

O último capítulo, trata sobre o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 e a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Inicia-se com uma pesquisa acerca da multiparentalidade, o que é, seus fundamentos e sua evolução na jurisprudência brasileira – a qual apresentava divergências quanto a preponderância ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica, até o assunto ser pacificado pela decisão objeto. Enfim, análise dos fundamentos arguidos pela decisão, avaliando-se de acordo com o conteúdo estudado nos capítulos anteriores, sob a perspectiva do melhor interesse da criança e adolescente.

Utiliza-se o método de pesquisa dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Além dos direitos fundamentais e do ordenamento jurídico expresso, a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, § 2 disciplina que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” – é a chamada abertura constitucional, técnica legislativa que aceita a mutação constitucional como fenômeno inerente convertendo-se em um instrumento mais democrático (PIOVESAN, 2003, p.25).

O Direito é contemporâneo ao desenvolvimento da sociedade e as diversas situações que se criam, assim, como explica Sarmiento (2008, p.87-88), são os princípios que conferem maior flexibilidade à Constituição. Isto pois, mantêm os valores éticos, contudo, sem possuir força de norma-regra e podendo se adaptar as mudanças da sociedade. O alcance dos princípios constitucionais emergiu a partir da Constituição Federal de 1988, por meio da qual transformaram-se em verdadeiros alicerces normativos – deixaram de ser apenas orientações, ocupando o lugar de base do sistema constitucional (DIAS, 2013, p.60).

Para Maria Berenice Dias (2013, p.60-61), a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do direito civil limitaram a eficácia das regras positivistas – tornaram-se incapazes de atender ao comando constitucional. O que, conseqüentemente, tornou os princípios constitucionais “a lei das leis”, a única forma de alcançar a dignidade humana, ocupando o lugar de suporte axiológico que confere “coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico” (DIAS, 2013, p.60-61).

No pós-positivismo, a dimensão normativa dos princípios constitucionais emergiu, o que abriu espaço para essa nova forma de aplicar o Direito: por meio de uma discussão principiológica, “pois os princípios traçam regras e preceitos que constituem fundamentos inseridos na estruturação dos ordenamentos jurídicos”, assegurando os direitos humanos na sua totalidade – os quais estão intrinsecamente ligados ao Direito de Família (CARVALHO, 2017, p.69).

Existem diversos critérios que diferem as regras e os princípios, entretanto, os dois são considerados normas. Isto pois, ambos exprimem juízos concretos de dever-ser – podem permitir e proibir – sendo, então, duas espécies de normas. Entre os critérios de distinção, apesar de o grau de generalidade ser bem evidente, trata-se

na verdade de uma diferença qualitativa. Os princípios são **mandamentos de otimização**, que podem ser satisfeitos em graus variados de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Enquanto as regras são determinações, isto é, devem ser cumpridas exatamente como exigem (são ou não satisfeitas, sempre de maneira integral) (ALEXY, 2008, p.87-91). Neste sentido explica Dias:

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandados de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios (DIAS, 2013, p.61).

Os princípios atuam como mediadores do Direito, concedendo ao aplicador da Lei a possibilidade de interpreta-la e aplica-la ponderadamente – ou seja, é possível balancear os valores e interesses em questão, diferente da “lógica tudo ou nada” que seguem as regras (ANTUNES, 2010, p.57). Concluindo, “[...] regras e princípios distinguem-se em função da natureza da orientação que oferecem, não havendo entre as regras uma dimensão de importância, ao contrário do que ocorre com os princípios” (BOTELHO, 2008, p.4).

A efetividade do princípios no Direito de Família é essencial, visto que a família contemporânea surgiu a partir da nova concepção constitucional que visa a valorização da dignidade humana, que, por sua vez, surge no respeito a plena liberdade e felicidade de cada um (MADALENO, 2013, p.45). Assim, fala-se na efetividade social, que segundo Luís Roberto Barroso (2001, p.85) é “representar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simbolizar a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

O direito de família é o âmbito onde mais nota-se o reflexo dos princípios fundamentais da CF/88 – tanto dos princípios gerais, como a dignidade humana, como dos especiais próprios da relação familiar, e, ainda, dos princípios implícitos. Estes últimos, mesmo não estando no texto legal, possuem fundamentação ética e possibilitam a vida em sociedade, de forma que inexistente hierarquia entre eles e os demais (DIAS, 2013, p.64). Neste sentido, do princípio maior – a dignidade da pessoa humana – e como forma de garanti-lo, surgem diversos outros, entre eles, o princípio da busca pela felicidade; da afetividade; e do melhor interesse da criança e adolescente.

2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana sofreu diversas mudanças substanciais ao longo dos anos. Na antiga Roma seguia à ideia de conquista individual – isto é, a dignidade era atribuída a esfera política e moral de cada indivíduo, podendo ser conquistada e perdida – até que na cultura cristã-ocidental passou-se a noção de que, na verdade, trata-se de valor inerente ao ser humano – surgindo da concepção de que somos imagem e semelhança de Deus, conferindo o valor de direito inalienável (SOARES; LOCCHI, 2016, p.02).

No plano internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 o princípio da dignidade da pessoa humana foi potencializado. Já no preâmbulo revela-se “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...]”, como também, no artigo 1º “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. No Brasil, a dignidade da pessoa humana é tida como fundamento do Estado Democrático de Direito estando presente no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, 1988).

A adoção do princípio como fundamento da ordem jurídica causou a personalização dos institutos jurídicos, elevando a pessoa humana ao centro protetor do direito. Assim, deixa de ser apenas um limite à atuação do Estado, passando a ocupar o foco de sua ação positiva, isto é, seus atos devem garantir a promoção da dignidade com o mínimo existencial (DIAS, 2013, p.66). O novo Código de Processo Civil ressalta, também, a importância do princípio, no seu artigo 8º, quando determina “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana [...]” (TARTUCE, 2018, p.7).

Quanto a definição, Soares e Locchi (2016, p.02) afirmam que é difícil precisar o seu conceito pois é um princípio de natureza polissêmica. Nele estão compreendidos diversos outros direitos – tanto individuais, quanto coletivos e sociais – e é nessa amplitude que encontra-se a dificuldade. Neste sentido esclarece Dias (2013, p.65) “é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”. Esclarece Sarlet sobre o assunto:

A dignidade da pessoa humana – no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva – implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao ‘florescimento humano’. Que tais direitos e deveres correspondem justamente à concepção aberta, complexa e heterogênea dos direitos e deveres fundamentais da pessoa humana na sociedade e no Estado contemporâneo, haverá sempre presente (SARLET, 2009, p.25).

O princípio da dignidade da pessoa humana é tido como valor nuclear da ordem constitucional, o qual desvenda-se através de uma diversidade de situações carregadas de sentimentos e emoções, fugindo da visão completamente intelectual e habitando o plano dos afetos. Sua universalidade irradia efeitos sobre toda ordem jurídica e baliza, além dos atos estatais, toda a infinidade de relações privadas que desenvolvem-se na sociedade (DIAS, 2013, p.65).

Conforme Fahd Awad (2012, p.113-114), é importante ressaltar que o Estado foi criado para atender os interesses do homem, isto é, em seu benefício, de forma que a limitação do poder estatal é o próprio indivíduo. A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental visa garantir o exercício de direitos, priorizando o ser humano e impedindo que seja desrespeitado. Reitera o autor:

Adotar a dignidade da pessoa humana como valor básico do Estado democrático de direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito. Essa prerrogativa é o valor máximo, constitucionalmente falando, o valor absoluto. Esse princípio se tornou uma barreira irremovível, pois zela pela dignidade da pessoa, que é o valor supremo absoluto cultivado pela Constituição Federal (AWAD, 2012, p.113-114).

Assim, a “dignidade” acompanha a pessoa desde o seu nascimento, estando intrinsecamente ligada à essência do ser humano, o qual possui o direito inato de ser respeitado por completo (NUNES, 2007, p.49). Neste sentido, ainda, o termo

“dignidade” não deve ser tido apenas como um valor, mas sim como um "elemento que qualifica e completa o ser humano e dele não pode ser destacado" (BORGES, 2003, p.32). A dignidade é, portanto, qualidade irrenunciável e inalienável da própria condição humana, “devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada, concedida ou retirada, já que existe — ou é reconhecida como tal — em cada ser humano como algo que lhe é inerente” (SARLET, 2007, p.366). Nessa condição de valor intrínseco, a dignidade gera ao indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade (AWAD, 2012, p.117).

Isto é, a dignidade gera os direitos de igualdade e liberdade, ao passo que todos devem ser respeitados de igual maneira, assim como suas escolhas pessoais, para serem dignos. O direito de família possui, então, direta ligação com o princípio da dignidade e com os direitos humanos, pois é a compreensão destes que impulsiona a evolução do direito de família. Esses direitos nos remetem ao conceito contemporâneo de cidadania, o qual pressupõe a inclusão da pluralidade de entidades familiares no laço social (MANERICK, 2006, p.524).

Dizer que o direito de família está diretamente ligado aos direitos humanos, significa que o tratamento às entidades familiares e seus diversos tipos de formação deve ter por base a dignidade da pessoa humana, repelindo qualquer tipo de diferenciação – sendo estas indignas. Assim, a proteção especial concedida pela ordem constitucional é o que permite o desenvolvimento destas entidades, a partir da garantia de uma série de qualidades essenciais (afeto, respeito, amor, etc.) à dignidade de cada um. Nos dizeres de Maria Berenice Dias, “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer” (DIAS, 2013, p.66).

Para Monteiro (2007, p.18-19), a finalidade do princípio da dignidade humana é garantir a tutela integral dos direitos de personalidade, pois estes possibilitam a construção dos laços afetivos que formam a família. O autor afirma “é somente por meio do respeito a esses direitos que pode ser alcançada a harmonia nas relações familiares e preservada a dignidade da pessoa no seio familiar”. Assim, também entende Tartuce (2010, p.5), “o princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família”.

Neste sentido, é a proteção da dignidade da pessoa humana que confere maior desenvolvimento cultural à sociedade, e, assim, o alcance da realização pessoal dos indivíduos (PEZZELLA; BUBLITZ, 2014, p.249). De acordo com Fahd Awad (2012, p.118), este é o princípio fundamental com a maior hierarquia axiológico-

valorativa, guiando todo o ordenamento constitucional e introduzindo as esferas jurídicas menores através de subprincípios, regras constitucionais e infraconstitucionais. Entre eles, da dignidade atrelada à realização pessoal, nasce o subprincípio da busca pela felicidade, pois só um indivíduo livre e feliz é realmente digno.

2.1.1 Subprincípio da busca pela felicidade

A Constituição Federal de 1988 atribuí ao princípio da dignidade da pessoa humana o maior valor da nossa e todas as ordens jurídicas que a reconheceram (SARLET, 2011, p.340), nele se baseando todo o ordenamento jurídico e derivando outros direitos fundamentais. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal entende o direito à busca pela felicidade como papel de extrema relevância para concretização da dignidade, sendo, então, um princípio implícito e derivado. Na sabedoria do Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário n. 477.554, onde julgou a união civil homoafetiva:

Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana [...]. Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais (BRASIL, 2011, p.09).

O direito à busca pela felicidade defende a liberdade do indivíduo em escolher o que lhe faz feliz, mas não só isso, entende que deve haver a possibilidade de buscar-se por aquilo sem que preceitos constitucionais o inibam. Isto é, não cabe ao ordenamento jurídico decidir o propósito de existência das pessoas, mas sim assegurar que tenham condições dignas para que alcancem suas realizações pessoais (RAND, 1986, p.29). Sobre a relação entre a lei e os interesses pessoais, entende Driver:

Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é

motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica (DRIVER, 2006, p.32).

No âmbito do Direito de Família, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.48) dissertam que a felicidade é a razão da composição familiar, isto é, a família não existe senão pelo afeto entre seus membros. Assim, há a valorização da pessoa humana, pois o eixo fundamental defendido pelo Direito de Família deixa de ser a instituição e passa a ser a pessoa em si e sua realização existencial dentro da sociedade.

A ideia da felicidade como fim do homem já é defendida desde o renomado filósofo Aristóteles (1991, p.9-8), em sua obra “Ética a Nicomaco”, na qual discorre que o maior de todos os bens a ser alcançado pelo homem, no fim, sempre será o bem-estar e o ser feliz. Nessa perspectiva, a própria Organização das Nações Unidas (ONU) constituiu a felicidade como objetivo primordial na elaboração de políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, a reconhecendo como direito humano fundamental (SCHAFRANSKI, 2012).

Gagliano e Filho, ao dissertarem acerca do princípio da dignidade da pessoa afirmam que:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis **à sua realização pessoal e à busca da felicidade** (Gagliano; Filho, 2012, p.75).

A busca pela felicidade foi citada no documento histórico Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, tal qual, é prevista atualmente nas Constituições do Japão, Coreia do Sul e República de Butão. No Brasil, apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico, já foi utilizada como fundamento em diversos julgados, como na ADI 3.300 (que tratou sobre a utilização de células-tronco embrionárias prevista na Lei de Biossegurança), na ADPF 132 (reconhecimento de união estável homoafetiva), SE 6467 (homologação de sentença estrangeira de divórcio) e RE 431.996 (recebimento de proventos por servidores públicos).

Finalmente, a tese firmada pelo STF no julgamento do RE 898060 – objeto deste trabalho – fundamentou-se também no princípio implícito da busca pela

felicidade. Em seu voto, o Ministro Luiz Fux explicou que “o sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos [...], impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional” (BRASIL, 2016, p.19).

2.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Antigamente, a família era vista pela sociedade como uma instituição econômica, onde os casamentos eram planejados com objetivos políticos, o marido chefe – *pater familias* – e a esposa dona de casa. Em meados do século XX, ocorreram diversas mudanças sociais que afetaram a concepção da família, como a inserção da mulher no mercado de trabalho e o controle de natalidade. Assim, a Constituição Federal de 1988 atendeu à essas transformações e extinguiu a família patriarcal, igualando homens e mulheres em direitos e deveres, equiparando os tipos de filiação e reconhecendo outras formas de família (CARVALHO, 2017, p.89-90).

Desta maneira, a família atual se libertou das razões econômicas, e passou a ser constituída por motivações afetivas, cumplicidade e solidariedade mútua, tornando o ambiente familiar um local de realização pessoal (PEREIRA, 2011, p.193). Essa evolução social tornou a afetividade um princípio jurídico implícito, derivado da dignidade da pessoa humana, o qual defende que as relações familiares devem ser fundadas no afeto (VECCHIATTI, 2008, p.221). Isto pois, “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana” (MADALENO, 2013, p.98).

Logo, o princípio da afetividade, como forma de valorização da dignidade humana, pode ser considerado a base das relações familiares. Apesar de não estar expresso na Constituição Federal, a afetividade passou a ser considerada um princípio fundamental na análise das demandas familiares (TARTUCE, 2018, p.25-26), uma vez que, tratando-se de pessoas independentes e iguais entre si, o afeto é elemento essencial para constituição e estabilidade das famílias atuais (PESSANHA, 2011). O princípio da afetividade engradeceu a eficácia dos princípios como fonte de direito (CARVALHO, 2017, p.91), tendo hoje o afeto valor jurídico e sendo o elo fundamental para caracterizar o vínculo familiar.

A afetividade é princípio fundamental implícito na Constituição Federal de 1988 e, também, explícito e implícito no Código Civil de 2002, além de outras legislações infraconstitucionais. A igualdade de todos os filhos independente de origem (art. 227, §6º, CF/88), por exemplo, ao assemelhar o vínculo afetivo ao biológico, é uma das disposições que revelam valor jurídico ao afeto na legislação pátria, o que se repete nos demais artigos que conferem proteção constitucional à família eudemonista e igualitária – adoção como escolha afetiva e com igualdade de direitos, comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes reconhecida como família, direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança ou adolescente.

Nesse seguimento, o Código Civil de 2002, no artigo 1.593 reconhece o parentesco resultante de qualquer origem, podendo ser uma relação socioafetiva (enunciado nº 103 da 1ª Jornada de Direito Civil); reitera a igualdade de filiação no art. 1.596; estabelece que a guarda da criança ou adolescente será decidida considerando-se suas relações de afetividade – art. 1.584, §5º; e, também, o art. 1.511, ao dispor que o casamento é a “comunhão plena de vida”, bastando a separação de fato para término do regime de bens, exalta o afeto como ligação basilar da família, não reduzindo-a à uma entidade jurídica.

Ainda, conforme lembra Dimas de Carvalho (2017, p.93), a Lei Maria da Penha reconhece o princípio da afetividade pois adota como família, a “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, **por afinidade ou por vontade expressa**”. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 25, §único, igualmente assume o referido princípio e dispõe que família extensa são os parentes que “a criança ou adolescente convive e mantém **vínculos de afinidade e afetividade**”.

Para Maria Berenice Dias (2013, p.72-74), inclusive, o Estado é o primeiro obrigado a garantir o afeto aos cidadãos. Explica a autora que a família eudemonista – aquela focada em realizar os interesses afetivos dos seus integrantes – progride ao passo que a família instrumental regride, o que atribuiu ao afeto o valor jurídico, como forma de os juristas explicarem a família contemporânea. Sobre o assunto, declara:

Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a constitucionalização de um

modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual (DIAS, 2013, p.72-73).

Tem-se que o afeto é o meio para o desenvolvimento saudável da personalidade, sendo o amor a condição para compreensão do outro e de si mesmo (GROENINGA, 2006, p.448). Baseada no afeto, a família não mais é uma instituição com objetivos econômicos e reprodutivos, e sim o caminho para o alcance do maior princípio do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

2.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

As mudanças sociais ocorridas a partir do século XX que provocaram a transformação na estrutura familiar somente foram válidas pois objetivaram a valorização da dignidade do seus integrantes. O princípio do melhor interesse da criança e adolescente está enraizado nessas mudanças, uma vez que visa assegurar a efetivação dos direitos fundamentais com absoluta prioridade. Isto pois, tratam-se de pessoas em desenvolvimento, sendo dever da família, do Estado e da sociedade garantir que tenham todas as condições no processo de formação da personalidade, nos termos do artigo 227, *caput* da Constituição Federal de 1988 (CARVALHO, 2017, p.101).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Essa prioridade advém da posição de maior fragilidade desses indivíduos, visto que não podem conduzir suas vidas sozinhos (PEREIRA, 2012, p.150), nesta perspectiva entende Maria Berenice Dias (2013, p.70), “a maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial”. Cabe, então, ao Direito assegurar proteção integral, como preveem os artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

[...]

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente visa garantir o amadurecimento e desenvolvimento de todas as áreas da vida do infante, nos termos do art. 3º da Lei 8.069/90, devendo-se atentar à expressão “em condições de dignidade e liberdade”. O amadurecimento nada mais é do que um processo de autoconhecimento e formação de opiniões, portanto, o referido artigo estabelece que ao tempo que o infante desenvolver a capacidade de discernimento, torna-se um dever o respeito a sua liberdade de expressão. Apenas a interação social, com autonomia em suas convicções, possibilita a formação da personalidade, gerando então a noção de dignidade própria de cada um (CARVALHO, 2017, p.103).

Já o artigo 4º, parágrafo único do ECA esclarece sobre a abrangência da garantia de prioridade; para receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; no atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Para Maria Berenice Dias (2013, p.70-71), o Estatuto da Criança e do Adolescente é um “microssistema de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito”. Acerca das garantias legais expôs Fábio Marques de Oliveira Neto:

Representa garantir, prioritariamente, a execução de políticas públicas que incentivem de modo positivo o seu desenvolvimento e os ponha a salvo de qualquer tratamento desumano, impetuoso, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Trata-se, desse modo, de por a salvo dos processos estressores, uma geração que sem esta proteção, estaria fadada ao insucesso afetivo, familiar, profissional e à realização de uma vida pautada na dignidade (NETO, 2007, p.72).

O direito de prioridade vem também protegido pela recente Lei 13.257/2016, a qual trata acerca de políticas públicas na primeira infância – que, conforme o art. 2º, abrange os primeiros 6 anos completos ou 72 meses completos de vida da criança. A referida lei determina diretrizes que devem ser seguidas pelo Estado – políticas públicas como planos, programas e serviços – para o alcance do

desenvolvimento integral da criança. Neste sentido os art. 1º e 3º da Lei supramencionada:

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes; e acrescenta parágrafos ao art. 5o da Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. [...]

Art. 3º A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4o da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral (BRASIL, 2016).

Originalmente, o princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente surgiu no texto da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre direitos da criança, onde impôs aos Estados o mínimo que se deveria garantir às crianças e adolescentes por cada Nação - no Brasil, tal convenção foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 99.710, em novembro de 1990. Barboza (2000, p.201-203) explica que, a partir da referida Convenção a criança/adolescente deixou de ser apenas “parte integrante do complexo familiar para ser um membro individualizado da família humana”, de forma que em situações de conflito, sempre se avaliará pela ótica da criança optando-se por aquilo que melhor garanta seus direitos.

Conforme explica Robert Alexy (2011, p.104), “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Valendo-se do status de princípio, o melhor interesse alcança caráter primordial, regendo todas as normas e decisões que envolvam crianças e adolescentes. Trata-se de referencial que determina a primazia das necessidades infanto-juvenis tanto no momento de criação da norma, quanto no momento de interpreta-la no caso fático (MENEZES, 2013, p.04).

Para Dimas de Carvalho (2017, p.101-103), é um princípio de difícil definição devendo-se analisar o caso concreto, mas sempre priorizando os interesses dos infantes em detrimento dos maiores. A título de exemplo, nos casos de divórcio, os pais não podem usar os filhos para atingirem um ao outro, pelo contrário, devem mantê-los longe das desavenças, evitando qualquer tipo de trauma nos infantes, incentivando o convívio com ambos os pais e preservando o ambiente de amor e proteção. Neste sentido, Rolf Madaleno (2013, p.100) explana que os direitos dos infantes ocupam a primeira linha de interesse e que é “inconstitucional a aplicação

circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que desrespeite os interesses prevalentes da criança e do adolescente recepcionados pela Carta Federal”.

Maria Berenice Dias (2013, p.71) exemplifica, quanto ao direito à convivência familiar, apesar de preferencialmente tentar-se manter o infante com a família natural, nos casos em que esta opção não atende as necessidades do mesmo, apresentando risco ao direito à dignidade, sempre prevalecerá o último em vista da proteção ao desenvolvimento integral – admitindo a intervenção do Estado, a destituição do poder familiar e colocação em família substituta.

O princípio do melhor interesse pode ser entendido, portanto, como “o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude” (AMIN, 2014, p.70). Assim, pertinente o estudo da família e filiação a fim de compreender como e por quem esse complexo de garantias deve ser assegurado e de onde surge este dever.

3 ASPECTOS DESTACADOS SOBRE A FAMÍLIA E FILIAÇÃO

A vida aos pares é um fato natural perceptível entre a maioria dos seres vivos, que desde o princípio formam vínculos para perpetuação da espécie ou, simplesmente, para evitar a solidão – ou seja, é um fato não exclusivo do ser humano e que decorre de uma química biológica. Contudo, apesar de a união dos indivíduos ser espontânea, sua estruturação como família habita a área do direito. É uma **construção cultural** – dotada de ordem psíquica, onde cada integrante possui lugar/função e que deve ser preservada como LAR: lugar de afeto e respeito – em torno da qual dá-se a organização da sociedade (DIAS, 2013, p.27).

Em um breve resumo, com o intervencionismo estatal, a família surgiu com um perfil hierarquizado e patriarcal, baseada em uma sociedade conservadora onde o matrimônio era tido como regra de conduta. A família compreendia toda extensão de parentes e formava uma entidade patrimonializada, que tinha como propósito a procriação para representar força de trabalho. Essa concepção mudou com a revolução industrial e o ingresso da mulher no mercado de trabalho; A família deixou de ser uma comunidade rural, teve seu núcleo reduzido aos pais e seus filhos e passou a se basear no vínculo afetivo como única forma de sua existência (DIAS, 2013, p.28).

Para Rolf Madaleno (2013, p.4), a consagração dessa nova compreensão de família no ordenamento jurídico deu-se com o advento da Constituição Federal de 1988 a partir de três eixos: as diferentes formas de constituição da família (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar), a igualdade de filiação e a igualdade entres homens e mulheres. A ordem constitucional iniciou o processo de desconstrução da ideologia da família patriarcal, fundada em casamentos de conveniência com objetivos político-econômicos, e abriu espaço para uma família plural e igualitária fundada no afeto. Afeto este que, segundo Sérgio de Barros, é:

Um afeto especial, representado pelo sentimento de duas pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quantos aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais (BARROS, 2002, p.8).

A família é, conforme estabelecido pelo artigo 226 da Carta Política, a base da sociedade e digna de especial proteção do Estado. Essa tutela estende-se à

entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, com origem no casamento civil, ou na união estável ou monoparentalidade. A união estável, antes tratada como sociedade de fato do direito das obrigações, passa ao âmbito do direito de família como uma forma legítima de união, como entidade familiar constitucionalizada. Como também a família monoparental, formada por um dos pais e filho, seja em decorrência de divórcio, separação, dissolução, adoção unilateral, morte, abandono ou por opção (MADALENO, 2013, p.31-32).

Contudo, Flávio Tartuce (2018, p.39-41) constata que o citado rol constitucional é meramente exemplificativo, não devendo-se encaixar a família em uma *moldura rígida*, visto que existe diversos outros modelos familiares que merecem proteção do Estado. Desta forma, é inconstitucional qualquer projeto de lei que vise restringir o conceito de família, como por exemplo o Estatuto da Família (que entende como família apenas aquela formada por pessoas de sexos distintos, casadas ou em união estável, com filhos). Nesta perspectiva entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, no REsp. 57.606 ao considerar bem de família o imóvel habitado por duas irmãs, como também, ao reconhecer a união homo afetiva como entidade familiar. Coleta-se do julgado:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ EDA ADI N. 4.277/DF. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. (STJ - REsp: 1183378/RS, 4ª Turma, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, DJ: 25/10/2011, DJe 01/02/2012).

Neste sentido, tramita no Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional, de autoria do Deputado Antônio Carlos Biscaia, para mudar a redação do parágrafo 4º do art. 226 da CF/88, quanto às famílias protegidas pelo Estado, para “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou **união afetiva de convivência estável e com objetivo de constituição de família.**” (TARTUCE, 2018, p.42).

A constante busca do indivíduo pela felicidade e realização pessoal gera progressivamente diferentes modelos familiares. Assim, mesmo com as grandes modificações que o direito de família vem experimentando, raramente a legislação consegue acompanhar a evolução social. A Constituição Federal de 1988 não recepcionou o Código Civil de 1916 – que distinguia entre homens e mulheres, formas de filiação e modelos de família – surgindo o Código Civil de 2002, que levou 26 anos até sua aprovação final face à incessante atualização do direito de família (CARVALHO, 2017, p.35-37).

Entretanto, ainda assim o Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que trata sobre o Direito de Família, foi aquele com maior número de alterações, com 42% de emendas aprovadas, visando a adequação dos dispositivos às mudanças ocorridas (MADALENO, 2013, p.3). Essa contínua mudança e evolução no direito de família brasileiro ressalta a importância da interação da lei com a doutrina e jurisprudência, “para adequar o texto da lei às alterações sociais, abrindo caminhos para conciliar o texto escrito e a verdade axiológica” (CARVALHO, 2017, p.37). Destarte, nasce a necessidade de um judiciário ativo, que acolha à doutrina, nos casos de falta de regulamentação e legislação, concedendo juridicidade ao caso concreto.

Para Maria Berenice Dias (2013, p.29), a preservação da entidade familiar é a maior missão do Estado, estando na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem (XVI 3) “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. A família trata de uma estrutura pública e também de uma relação privada, visto que o indivíduo integra uma relação de cunho pessoal que tem fundamental influencia no contexto social. Assim, é preciso que haja cuidado para que a intervenção do direito não cause prejuízo à privacidade e liberdade das famílias, isto é, mesmo que o Estado vise a preservação das famílias tem que haver um limite na sua atuação, atentando-se para sua legitimidade.

É necessário redesenhar o papel do Estado, devendo ser redimensionado, na busca de implementar, na prática, um papel minimizante de sua faceta interventora no seio familiar. Compreender a evolução do direito das famílias deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, que permita conhecer a proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação (DIAS, 2013, p.29).

O Direito de Família integra o âmbito do direito privado, característico pela liberdade contratual, porém há uma parte da doutrina que defende o domínio da esfera pública em razão das muitas normas impositivas destinadas às famílias. A própria constituição e dissolução das entidades familiares estão condicionadas à atenção dos pressupostos definidos em Lei, assim como, determina os deveres e direitos da relação parental, o que demonstra a intervenção do Estado e “limita” a autonomia privada. Contudo, a doutrina é quase unânime quanto à natureza privada do Direito de Família e justifica tais normas impositivas na necessidade de preservação dos direitos das relações jurídico-familiares, pois são a base da sociedade. Assim, “o teor de indisponibilidade do Direito de Família está dosado na exata medida em que permite a intervenção estatal” (MADALENO, 2013, p.35-36).

O direito familiar essencialmente pertence ao direito privado pela sua finalidade tutelar e pela natureza do que visa cuidar: a família e o que lhe é próprio – bens, prole, interesses afins (GONÇALVES, 2013, p.27). A aproximação do direito de família ao direito público não importa no afastamento do caráter privado pois não existe uma relação direta entre o Estado e o indivíduo. Isto é, a intervenção estatal consiste tão-somente na tutela às famílias, não tendo o Estado obrigações e/ou responsabilidade na solução de litígios ou observância dos deveres impostos à família – cabendo exclusivamente aos sujeitos da relação de maneira privada (RIZZARDO, 2011, p.5).

Para Paulo Netto Lôbo (2004, p.8-9), a família deve ser constituída essencialmente por laços de afetividade, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. A igualdade de filiação trazida pela Constituição Federal, por exemplo, só é possível porque o interesse afetivo foi elevado ao principal fundamento das relações parentais – o que explica, também, a aceitação e proteção estatal à todos tipos de entidades familiares, sem qualquer discriminação, pois há comunhão do amor. Neste sentido, entende Rolf Madaleno (2013, p.67) que a nova família foi

repersonalizada a partir de um afeto especial, estabelecido no projeto de vida comum, que completa a relação familiar.

O reconhecimento de todos modelos familiares é o único caminho para o alcance da dignidade humana de cada um, dado que a exclusão de qualquer deles acarreta diretamente na violação do referido princípio – aqui, tem-se modelos familiares como toda entidade com fins afetivos, tanto as explícitas quanto as implícitas no art. 226 da CF/88. Considera-se “família”, assim, todas entidades que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, não existindo modelos ou regras únicas. A unificação das famílias encontra-se no *locus* de afetividade – é onde as pessoas se sentem seguras, podendo então se desenvolverem e garantido sua realização pessoal (LÔBO, 2004, p.17-18). Neste sentido, expõe Dimas de Carvalho:

A entidade familiar atualmente é reconhecida como uma comunidade de afeto, de ajuda mútua, de realização da dignidade como ser humano. O *affecio familiae* torna-se o elemento radiador da convivência familiar. Nesse entendimento, o conceito de entidade familiar ultrapassa as previstas na Constituição Federal (casamento, união estável e monoparental) para reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros, enxergando uns aos outros como seu ente familiar, escolhem para viver como família (CARVALHO, 2017, p.46).

Entre tantos tipos de entidades familiares – recompostas, poliafetiva, monoparental, anaparental, substituta, etc. – a família eudemonista merece destaque. Esta entende o sentido da vida na busca do indivíduo pela sua felicidade, transferindo a tutela estatal da família como “instituição” para cada sujeito que a integra. Essa busca pela felicidade, por sua vez, compreende o afeto como o único meio de atingir o desenvolvimento total do ser humano, sendo a própria definição da família (DIAS, 2013, p.58). A doutrina classifica a afetividade como “elemento constitutivo dos vínculos familiares”, que deixam de ser meio de produção econômica e passam a ser o caminho para promoção do desenvolvimento humano (CARVALHO, 2017, p.60).

Maria Berenice Dias (2013, p.33) defende as novas famílias concluindo que “houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”. Essa visão pluralista das famílias, que apesar de tão diferentes se assemelham pelo elo que as unem, só foi possível – entre outros motivos - com o fim da discriminação pela forma de filiação. A partir do artigo 227, §6º da

CF/88, não fala-se mais em filhos legítimos ou ilegítimos, assim como, não distingue-se entre filhos biológicos ou não – o critério é a filiação da afeição. Neste seguimento é o texto do artigo 1.596 do CC/2002, e também o artigo 20 do ECA.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2002)

A doutrina aponta que subsiste uma diferenciação nestes dispositivos, pois classifica de acordo com o caráter matrimonial ou extramatrimonial da filiação, ou se advém da adoção. Porém nada se compara ao terrível período anterior a CF/88, quando eram divididos em legítimos (oriundos do casamento), legitimados (caso os pais se cassassem posteriormente), ou ilegítimos – que se subdividiam em naturais (pais não casados) ou espúrios (pais que não poderiam casar; dividindo ainda em adulterinos ou incestuosos) (MADALENO, 2013, p.485-486).

A filiação é assim conceituada pelo professor Flávio Tartuce (2018, p.423), “relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Em suma, trata-se da relação jurídica existente entre pais e filhos.” Vale ressaltar que o artigo 1.593 do CC/2002 prevê que o parentesco pode ser natural ou civil conforme resulte de outra origem, assim, a filiação civil não mais limita-se a adoção, podendo ser também por reprodução assistida heteróloga e socioafetividade (CARVALHO, 2017, p.551). Assim entende Diniz sobre a filiação:

[...] a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram vida, podendo, ainda (CC, art. 1.593 a 1.597 e 1.618 e ss.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga (Diniz, 2011, p.478-479).

Atenta-se também para a presunção da paternidade decorrente da Lei, precisamente no art. 1.597 do CC/2002, hipótese em que a relação filiatória segue o critério legal e supera a verdade biológica – é possível apenas quando os pais constituem matrimônio, presumindo que o pai é o marido da mãe (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p.661-662). Portanto, a filiação pode fundar-se por meio de três critérios: biológico, jurídico e socioafetivo. O primeiro, autoexplicativo, advém do vínculo consanguíneo; o segundo, nos casos em que há a presunção prevista na lei;

e por último, do vínculo baseado nos princípios do melhor interesse da criança e adolescente e na dignidade da pessoa humana (FELL; KUNZLER, 2013, p.121).

A filiação emerge através da diária construção cultural e afetiva entre pai e filho. É o sentimento nutrido um pelo outro, de respeito, responsabilidade e amor, que sustenta a verdadeira relação paterno-filial, cuja nada depende de laço biológico. A filiação vinda do ato de escolha, da vontade de enxergar-se como pai e filho em virtude da afetividade, deve prevalecer sobre o vínculo biológico, segundo Dimas de Carvalho (2017, p.556). O autor explica que o Direito de Família passou a valorizar mais a paternidade socioafetiva do que a genética, levando a *desbiologização da paternidade*.

3.1 POSSE DE ESTADO DE FILHO: PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A filiação jurídica pode ser biológica ou civil por outra origem, nos termos do art. 1.593 do Código Civil de 2002. A primeira é originada na consanguinidade, onde o pai e mãe são aqueles que por meio da cópula geram o filho, ou através de reprodução medicamente assistida homóloga. Já a filiação civil é baseada na relação e convívio afetivo que faz com que os pais e filho se enxerguem como tais, mesmo sem vínculo genético. A adoção e a reprodução heteróloga, por exemplo, são duas hipóteses expressamente reconhecidas pelo CC/2002, podendo ser também socioafetiva, pela ampliação genérica “por outra origem”, onde a filiação é reconhecida graças a posse de estado de filho (CARVALHO, 2017, p.554-556).

Seguindo a teoria da aparência, diz-se que a pessoa detém “posse de estado” quando usufrui de condição jurídica que não condiz com a verdade. Isto é, goza de tutela que garante juridicidade à materialização de uma realidade que não existe, mas que não pode ser ignorada pelo direito. Assim, quando a filiação é fundada na afetividade há a posse de estado de filho – pois mesmo sem o vínculo biológico, trata-se de uma aparente relação paterno-filial. A posse de estado de filho se origina em um ato de vontade e se consolida pelo valor jurídico dado ao afeto, estando seu reconhecimento ligado a três aspectos: *tractatus* (tratar, criar e educar o filho como tal), *nominatio* (possuir o nome da família) e *reputatio* (ser conhecido como filho de seus pais) (DIAS, 2013, p.380-381).

Tal tutela concede o *status* de filho mesmo que essa não seja a realidade legal e natural, devido ao vínculo que se consolida na convivência diária, no

cumprimento dos deveres de amparo da paternidade e na afeição entre pai e filho, isto é, em razão da relação que se revela na realidade fática (CARVALHO, 2017, p.556). A ânsia de adequação do direito de família à realidade e evolução social consagrou, então, o reconhecimento da posse de estado de filho – o que, por sua vez, levou à aceitação da filiação socioafetiva, constituída pelo elo de afetividade entre aqueles que se escolheram. Conclui Dimas de Carvalho:

A posse de estado de filho permite, portanto, o reconhecimento da paternidade socioafetiva ou sociológica e o registro da filiação, independentemente da origem biológica. A paternidade socioafetiva é um ato de opção fundado no afeto e no amor de quem escolhe ser pai, materializando-se, em uma de suas formas, na posse de estado de filho, que nada mais é do que o tratamento recíproco paterno-filial, reconhecidos como tais publicamente, sendo o filho socioafetivo criado educado pelo pai afetivo como próprio. [...] a *verdade real* é o fato de o filho gozar da *posse de estado de filho*, que prova o *vínculo parental civil de outra origem* (CARVALHO, 2017, p.557).

A filiação socioafetiva se apresenta na conexão entre duas pessoas que escolhem ter-se como pai e filho, em razão do sentimento de amor, zelo, atenção, proteção, enfim, do afeto nutrido diariamente um pelo outro. Resguarda a tutela geral da dignidade humana uma vez que a única forma de atingir o desenvolvimento saudável (físico, intelectual e moral) é vivendo em um ambiente de ternura e cuidado, de modo que a filiação é parte essencial no processo de construção da identidade e personalidade (DIAS, 2013, p.381-382). Pai é aquele que movido por um afeto inesgotável, cuida, protege, alimenta e educa a criança, “dando-lhe o suporte necessário para que se desenvolva como ser humano” (DONIZETTI, 2007, p.15). Sobre o afeto e a posse de estado de filho, leciona Dias:

Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família (DIAS, 2013, p.73).

A repersonalização da família, ao colocar o ser humano no centro do discurso político e se entender como *locus* de realização pessoal, elevou o afeto a posição de elemento fundamental da relação familiar. O afeto é a mola propulsora e a afetividade é o axioma que permeia as relações familiares (CARVALHO, 2017, p.558).

A tutela do afeto pela CF/1988 dá-se pela articulação das três dimensões dos direitos humanos: dimensão singular, dimensão social categorial e dimensão social difusa. O afeto surge na primeira dimensão, como o direito individual de afeiçoar-se a outro, é o próprio direito ao afeto. Todavia, por ser uma relação entre indivíduos que progride e gera responsabilidades entre sujeitos, ele evolui para fato social jurígeno. Ele obriga naturalmente – desenvolve uma função social crescente, gerando direitos e obrigações (BARROS, 2006, p.885).

Assim, a liberdade individual de afeiçoar-se a alguém está diretamente ligada com a responsabilidade pelos seus efeitos. Desta maneira ocorre na filiação socioafetiva, que é sujeita a todas obrigações e direitos impostos pela paternidade. A relação paterno-filial mesmo que fundada no afeto obriga os indivíduos da relação, tornando-se um “fato jurídico configurado na posse de estado de filho” (CARVALHO, 2017, p.560). Vale ressaltar que parte da doutrina não considera o afeto como princípio jurídico por não possuir exigibilidade jurídica, isto é, não pode-se obrigar alguém a afeiçoar-se a outro – portanto, alegam que ele não possui força vinculante, normativa (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p.74).

Todavia, explica Dimas de Carvalho, mesmo que de fato o afeto não possa ser obrigado, a partir do momento que for estabelecida a relação familiar e gerado o fato social, a afetividade ganha valor jurídico. Leia-se:

Entretanto, afeiçoando e fazendo surgir uma relação afetiva, externada por elementos objetivos apreensíveis pelo direito, por comportamentos que envolvem relações familiares comprovadas pela convivência e formando um núcleo familiar, a afetividade assume valor jurídico regulado pelo Direito. A espontaneidade, apresentada voluntariamente, ao evoluir em uma relação entre as pessoas, assume caráter de responsabilidade, surgindo o vínculo socioafetivo, obrigando e vinculando (CARVALHO, 2017, p.560-561).

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RE 1.159.242/SP, se manifestou acerca da distinção entre amor e dever de cuidado. O voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi explica que o amor, por ser dotado de subjetividade e impossibilidade de materialização, não existindo parâmetros para o mensurar, não configura uma obrigação e sim uma faculdade – ultrapassa os limites legais e habita a esfera matajurídica da filosofia, psicologia ou religião. Entretanto, o cuidado contém valor jurídico visto que é possível sua verificação e comprovação a partir de elementos objetivos. Assim, havendo a relação paterno-filial, tanto biológica quanto por outra origem, nasce o dever jurídico de cuidar.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. [...] Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (STJ, 3ª Turma, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24-4-2012)

A citada decisão reconheceu o abandono afetivo por parte do pai, mesmo que pagando as pensões alimentícias, e o condenou a indenização por danos morais. Isto pois, o dever de cuidar abrange a convivência como forma de atingir o pleno desenvolvimento psicológico dos filhos, evitando traumas com rejeição e afins. Esse precedente judicial confirma a afetividade como princípio jurídico dotado de obrigatoriedade, e por isso “a convivência afetiva gera a posse do estado de filho e vincula juridicamente, concedendo ao filho o direito subjetivo ao estado de filiação socioafetiva, com os mesmos direitos e deveres da filiação biológica” (CARVALHO, 2017, p.562-563).

A filiação socioafetiva em sentido amplo divide-se em quatro espécies: adoção, reprodução medicamente assistida heteróloga, “adoção à brasileira”, e pela socioafetividade em sentido estrito. A primeira constitui-se pela sentença em processo judicial se atendidos os requisitos legais do ECA, nos termos do art. 1.619 do CC/2002. A reprodução heteróloga é igualmente prevista e regulada em Lei, na qual o óvulo e espermatozoide são oriundos de terceiro mas há a presunção da filiação, se os filhos forem tidos na constância do casamento e com consentimento, conforme art. 1.597, V do mesmo código. A “adoção à brasileira”, por sua vez, não só não possui legislação como é uma fraude da previsão legal. Verifica-se quando a pessoa/casal registra filho alheio como próprio – essa prática constitui infração penal (art. 242 do CP), porém no Direito de Família é válida havendo o reconhecimento da filiação, pois prevalece o melhor interesse da criança e adolescente e protege a convivência familiar afetiva (CARVALHO, 2017, p.564-565).

A filiação socioafetiva em sentido estrito é constituída na própria convivência diária como pais e filho. É a relação parento-filial que nasce da vontade dos integrantes de constituir a família, se tratando, cuidando, protegendo e amando como tais – é uma filiação construída culturalmente. Não é prevista expressamente na legislação mas fundamenta-se no princípio da afetividade e na posse de estado de

filho (CARVALHO, 2017, p.565). Para essa relação socioafetiva projetar-se no direito são necessários quatro elementos: pessoas que comportam-se como pai, mãe e filho; convivência familiar; estabilidade no relacionamento; e afetividade (LÔBO, 2008, p.6).

A essência da socioafetividade é o próprio exercício da autoridade parental na realidade fática. Enquanto na filiação biológica o dever de cuidar da prole é corolário da paternidade/maternidade, isto é, a titularidade da autoridade parental surge em virtude de os pais terem concebido a criança, devendo assumir a obrigação legal, na filiação socioafetiva acontece ao inverso. O vínculo nasce justamente porque alguém, desobrigado, assume as responsabilidades da autoridade parental, educando e protegendo a criança como se seu filho fosse. Na filiação socioafetiva, é o exercício do poder parental sobre alguém que não possui vínculo biológico que gera o vínculo jurídico da parentalidade (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.194).

A filiação socioafetiva instituída na posse de estado de filho, que é a aparência concreta da relação parento-filial na realidade fática, deve ser reconhecida juridicamente para que produza os efeitos legais e como forma de efetivar os direitos fundamentais, atendendo ao princípio do melhor interesse e da dignidade humana (CARVALHO, 2017, p.568). Sendo reconhecida, produz todos os efeitos da filiação jurídica, tanto pessoais quando patrimoniais, desfrutando o filho socioafetivo de todos os direitos no âmbito do direito de família e em sede sucessória, sendo proibida qualquer forma de discriminação e diferenciação entre estes e biológicos (DIAS, 2013, p.383-385).

O reconhecimento judicial é possível através de ação declaratória de filiação socioafetiva, que pode ser postulada mesmo que a criança já tenha pais registrais – é direito subjetivo personalíssimo e imprescritível. Pode ocorrer, ainda, o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva, considerando-se que a Lei legitima o parentesco civil por outra origem e não há nenhuma vedação legal para tal, desde que exista laços afetivos consolidados. Pode dar-se por escritura pública ou escrito particular arquivado em cartório, por testamento ou por manifestação direta ao juiz, conforme art. 1.609 do CC/2002. Não pode, contudo, no registro de nascimento – pois não existe convivência familiar que comprove a afetividade – e se a criança já possuir pais registrais (CARVALHO, 2017, p.585).

O reconhecimento da filiação é irrevogável (como a biológica e adoção) e uma vez transcrita no registro civil adquire o efeito de *estado de filiação* – a relação paterno-filial não se resume mais a posse de estado de filho, conquista o *status*

familiae gerando efeito a todos demais parentes. Transforma a árvore genealógica, isto é, a relação de parentesco: importa em novos ascendentes e colaterais. Entre os efeitos do estado de filho, cita-se: concede ao filho o direito ao nome da família; também, o direito recíproco a alimentos, que torna o filho socioafetivo credor e devedor de alimentos em relação aos ascendentes, descendentes e irmãos socioafetivos; confere o poder familiar aos pais, tornando-os responsáveis por todos deveres quanto à pessoa (dever de cuidado e criação) e seus bens (dever de administração e direito ao usufruto); outorga direito sucessório recíproco entre o filho reconhecido e os parentes em linha reta e colateral até o quarto grau (CARVALHO, 2017, p.586-589).

3.2 PATERNIDADE RESPONSÁVEL

A paternidade responsável pode ser vista a partir de dois enfoques: planejamento familiar ou direito parental. O primeiro é relativo à liberdade de escolha do indivíduo para decidir se quer ou não ter filhos, bem como quantos deseja ter. O segundo concerne aos direitos e deveres que surgem com a paternidade, isto é, refere-se ao que deve ser proporcionado pelos pais para garantir o desenvolvimento efetivo do filho, em decorrência do poder familiar. A paternidade responsável é também um princípio constitucional e juntamente ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, “constituem a base para a composição da família no ordenamento jurídico brasileiro, pois retratam a ideia de responsabilidade, que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família.” (OLIVEIRA; RANGEL, 2018, p.122). Assim prevê o art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[omissis]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Assim, conceituando, a paternidade responsável é o “encargo que os pais têm para com sua prole, provando assim a assistência moral, afetiva, intelectual e material”, sendo a única forma de garantir os direitos fundamentais e a dignidade humana (OLIVEIRA; RANGEL, 2018, p.123). Além dos art. 226 da CF/88, a paternidade responsável está também prevista implicitamente no bojo da Lei nº

9263/96, que regulamenta o planejamento familiar, assim como nos art. 3º e 4º da Lei nº 8.069/90 (ECA), e por fim, explicitamente no art. 27 da mesma Lei, que garante o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O antigo “pátrio poder”, do Código Civil de 1916, que entendia o pai como chefe da família e concedia à ele o poder de decisão conforme seus interesses, transformou-se no novo instituto do “poder familiar”, como trata o atual Código Civil, que consiste na autoridade e deveres que os pais têm para com o filho, uma vez que a prioridade máxima da criança e adolescente coloca seus interesses como o centro da relação. É mais um dever do que um poder, pois trata-se de encargo legalmente atribuído aos pais, que não podem deixar de proporcionar ao filho condições para sua formação como pessoa. O art. 227 da CF/88 traz um conjunto de deveres a serem garantidos por quem detém o poder familiar (LÔBO, 2011, p.19-20).

Extraí-se do art.227 da Constituição o conjunto mínimo de deveres cometidos à família, a *fortiori* ao poder familiar, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos correspectivos a direitos cujo titular é o filho (LÔBO, 2011, p.21).

Neste seguimento o art. 22 do ECA, “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 1990).

O poder familiar, também chamado de autoridade parental pela doutrina, é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e suas obrigações são personalíssimas. Ou seja, os deveres impostos pela paternidade são irrenunciáveis, assim como os filhos (DIAS, 2013, p.436-438). Isto pois a paternidade responsável inicia desde o momento que os pais decidem ter o filho – o que deve ser uma decisão planejada e consciente (planejamento familiar) – e sendo fruto de uma escolha/liberdade do indivíduo, este é o responsável pelo cumprimento dos deveres decorrentes (poder familiar).

O Capítulo V do Código Civil de 2002 discorre sobre o poder familiar e determina que os pais são igualmente responsáveis pelo filho, dividindo a titularidade e exercício da autoridade parental. Ainda, apesar de o Código mencionar que os filhos estão “sujeitos” a tal poder, na verdade é um *múnus* (complexo de direitos e deveres)

do qual os filhos, enquanto menores, também são titulares – portanto tal instituto possui titulares recíprocos de direitos. Nessa seara, há uma crítica bastante presente na doutrina: o Código menciona apenas a titularidade dos pais enquanto casados ou em união estável, não preocupando-se com as outras entidades familiares. Contudo, aplica-se o princípio da interpretação conforme à Constituição abrangendo todas elas. Neste seguimento, importante ressaltar que a separação dos pais em nada influencia o poder familiar – a convivência dos pais entre si e dos pais com o filho não é determinante para a titularidade (LÔBO, 2011, p.24). Assim entende M. Berenice Dias:

O exercício do encargo familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio, o que não modifica os direitos e deveres em relação aos filhos (CC 1.579). Também a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar. [...] A falta de convivência sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever dos pais, que permanece íntegro [...] (DIAS, 2013, p.438-439).

Acerca do exercício da autoridade parental, além dos deveres determinados pelos art. 226 e 227 da CF/88 e art. 22 do ECA, o art. 1.634 do CC/2002 elenca nove competências dos pais para com os filhos: criação e educação; tê-los sob sua guarda; conceder ou negar consentimento para casar/viajar para o exterior/mudar o município de residência; nomear tutor; representar e assistir nos atos da vida civil; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição. Além disso, há um dever primordial que não está elencado no citado rol: o dever do afeto. O poder familiar não compreende apenas deveres de natureza patrimonial, sua essência existencial se revela também na afetividade responsável – no elo criado pela convivência familiar (DIAS, 2013, p.440).

Lôbo (2011, p.26) ressalta que, a possibilidade de exigir *serviços próprios de sua idade e condição* surgiu no antigo contexto da família, quando era vista como unidade de produção e admitia-se submeter os filhos à trabalhos não remunerados, com fins econômicos – atualmente é considerado abuso, aplicando a norma apenas para tarefas domésticas e desde que não prejudique a educação dos filhos. Maria Berenice Dias (2013, p.441), na mesma linha, entende que tal faculdade “[...] é incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Trata-se de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores, o que pode ser considerado abuso (CF 227 §4º)”.

Outro dever da família é promover o ensino e educação, sendo este um direito subjetivo público – isto é, estão obrigados o Estado e a família (art. 205 e 208, §1º da CF). Os pais devem manter os filhos na escola e se não o fizerem, estão cometendo delito de abandono intelectual (art. 246 do CP) e infração administrativa (art. 249 do ECA). Quando adolescentes, se os pais não conseguirem obrigar os filhos a irem para escola, cabe ao Estado intervir e prestar acompanhamento ao menor. Se os pais forem negligentes quanto a formação escolar de seus filhos, cabe responsabilidade civil e indenização por danos morais/materiais. Os pais são responsabilizados, também, pelos atos dos filhos menores que gerarem danos a outrem, é a responsabilidade civil objetiva por ato de terceiro (DIAS, 2013, p.441).

O dever de assegurar a educação, na realidade, faz parte do dever de prestar alimentos, leia-se, amparo ou sustento. Previsto no art. 1.694 e ss. do CC/2002, os alimentos abrangem o conjunto de recursos necessários para garantir a subsistência daqueles que não podem fazer por si, no caso, em virtude da idade. Nas palavras de Rolf Madaleno (2013, p.853), “os alimentos são destinados a satisfazer as indigências materiais de sustento, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e também para responder às requisições de índole moral e cultural [...]”. A prestação de alimentos é faculdade que os parentes e cônjuges podem requerer uns aos outros, quando não puderem promover seu sustento.

Contudo, atenta-se a diferença entre dever de prestar alimentos e obrigação alimentar. O primeiro é vinculado ao poder familiar, faz parte do *múnus* da paternidade de sustentar os filhos menores possibilitando seu desenvolvimento. É um dever *lato sensu* e ilimitado, que faz os pais irem ao extremo para garantir a dignidade e o sustento dos filhos. O segundo é um direito entre parentes, uma obrigação *stricto sensu* onde precisa-se provar a necessidade – ao contrário do dever alimentar, em que os alimentos são sempre devidos em razão do poder familiar. A obrigação alimentar é um direito recíproco entre pais e filhos, que surge com a maioridade e findado o poder familiar, sujeito aos pressupostos de necessidade/possibilidade e que configura uma obrigação de dar (MADALENO, 2013, p.947).

Sobre o direito a alimentos leciona M. Berenice Dias (2013, p.531), “Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver. [...] é o maior compromisso do Estado: garantir a vida. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana” – é, por fim, um direito personalíssimo que garante a inviolabilidade do direito à vida. Ainda, tem-se que é

obrigado aquele que desempenha as funções parentais, portanto, o pai socioafetivo deve prestar o sustento ao filho, que, contudo, pode também reclamar ao pai biológico. O fundamento é que “a responsabilidade alimentar antecede o reconhecimento civil ou judicial da paternidade”, de forma que os tribunais reconhecem a concorrência da obrigação entre o pai registral, biológico e afetivo (DIAS, 2013, p.558).

A Constituição Federal, o ECA e o Código Civil estão repletos de garantias que elevam as crianças e adolescentes a sujeitos de direitos e os deixam a salvo de qualquer forma de negligência. Esses mecanismos visam garantir o desenvolvimento sadio e harmonioso, que está condicionado a paternidade responsável. Até mesmo o direito de convivência é um dever, visto que o abandono afetivo gera sequelas psíquicas que interferem na personalidade do filho. Assim, “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação” (DIAS, 2013, p.469-470). Ou seja, caso a ausência do pai cause danos comprovados ao filho, este poderá reclamar por indenização.

Da extrema importância da relação paterno-filial e seus direitos-deveres na formação do caráter dos indivíduos, decorre a necessidade dos entendimentos jurisprudenciais como forma de garantia e proteção da vida de todos, como será tratado no próximo capítulo.

4 MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade significa ter no registro de nascimento dois pais ou duas mães, totalizando três ou quatro pessoas na certidão. Ela acontece, por exemplo, quando o filho possui, além da mãe, um pai biológico e um pai socioafetivo. Com a possibilidade de (des)constituição familiar e a diversidade de entidades familiares, se fez necessário reconhecer e tutelar a relação parental que se cria quando a criança é posta em um novo arranjo familiar. Esse vínculo paterno-filial nasce do afeto, do cuidado e da convivência diária, que nesses casos, a criança possui com outras pessoas, além dos pais biológicos (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.204).

O processo de reconhecimento da multiparentalidade iniciou com a Lei nº 11.924 de 2009, que modificou o art. 57 da Lei dos Registros Públicos – acrescentou o parágrafo 8º possibilitando que enteados(as) pudessem requerer ao juiz a averbação do nome de família do padrasto/madrasta em suas certidões de nascimento, quando do desejo de ambos, tendo em vista que na realidade fática eram criados como seus próprios filhos. Ressalta-se, contudo, que a inclusão do nome não atribui poder familiar e não gera efeitos patrimoniais. A primeira decisão que reconheceu a multiparentalidade em primeira instância foi proferida em 2011 – autos nº 0012530-95.2010.8.22.002 (ROSA; GONÇALVES, 2016, p.132/134).

Tratava-se de ação de investigação de paternidade c/c anulatória de registro, onde a genitora representando a infante, requereu fosse reconhecida a paternidade biológica e anulada a paternidade socioafetiva com a substituição no registro civil. No caso pioneiro, a genitora e o pai socioafetivo mantinham união estável na época do nascimento, motivo pelo qual registraram a infante nos seus nomes – o pai tinha ciência que não era sua filha biológica e deu seu consentimento para o registro. Criou e educou a criança como se fosse sua filha, estabelecendo o vínculo parento-filial. Findada a união entre o pai registral e a genitora, esta requereu a retirada do seu nome do registro da filha (SOUZA, 2016, p.70).

Realizado estudo social, verificou-se o vínculo parental entre a infante e o pai socioafetivo, assim como com a avó paterna. Com a nítida relação de amor e afeto e a posse de estado de filho configurada, não havia o que se falar em desconstituição da paternidade socioafetiva. Contudo, a infante demonstrou alegria em conhecer o pai biológico e sua família, manifestando o desejo de ter tal relação igualmente

reconhecida no registro civil. A magistrada de Ariquemes/RO, então, ousou e decidiu pelo duplo registro paternal, assim como fixou alimentos, direito de visitas e demais deveres para o pai biológico também – a decisão foi fundamentada na preservação dos direitos fundamentais de todos envolvidos, uma vez que não poderia desconstituir a relação de afeto construída, nem ignorar a paternidade biológica reconhecida (SOUZA, 2016, p.71/72).

Nesse sentido aduz Teixeira e Rodrigues (2015, p.25): “não se trata aqui de relações excludentes ou mutuamente impeditivas, mas complementares”. A família contemporânea abandonou o padrão “pai, mãe e filho”, o caráter excludente hoje é tomado pela multiplicidade e por esse motivo merecem tutela jurisdicional todos aqueles em que a criança/adolescente assimilar a imagem parental. Em vista da proteção especial, o que deve ser priorizado é o mundo fático: quem realmente cumpre e exerce as funções da tríade criar, educar e assistir – o reconhecimento desse novo paradigma é o caminho seguro para alcance dos direitos fundamentais que garantem o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes.

Ignorar o fenômeno da multiparentalidade pode representar agressão a direitos fundamentais da criança e do adolescente, por lhes suprimir convivência familiar, assistência moral e material em relação àqueles que se responsabilizaram faticamente pela prática de condutas típicas da tríade criar, educar e assistir. E não fazê-lo apenas pelo aprisionamento a um paradigma codificado anterior, não é razão suficiente para ilidir a diretriz constitucional de ampla tutela dos menores (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2015, p.28).

Corroborando, também, o entendimento de Belmiro Pedro Welter (2009, p.06), o autor defende que o reconhecimento da multiparentalidade, assim como de todos efeitos jurídicos, é a consolidação da *existência tridimensional do ser humano* (condição genética, afetiva e ontológica). Os efeitos jurídicos da multiparentalidade é assunto que apresentava divergências tanto na doutrina, quanto nas jurisprudências; parte acreditava que a paternidade socioafetiva se sobrepunha à biológica, outra parte o contrário e outra, que ambas são igualitárias podendo coexistirem. Vejamos o que se coleta dos julgados:

Apelação cível. Recurso adesivo. Investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil. Adoção à brasileira e paternidade socioafetiva caracterizadas. Alimentos a serem pagos pelo pai biológico. Impossibilidade. Caracterizadas a adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva, o que impede a anulação do registro de nascimento do autor, **descabe a fixação de pensão alimentícia a ser paga pelo pai biológico, uma vez que, ao prevalecer a paternidade socioafetiva, ela apaga a paternidade**

biológica, não podendo coexistir duas paternidades para a mesma pessoa. Agravo retido provido, à unanimidade. Apelação provida, por maioria. Recurso adesivo desprovido, à unanimidade (TJRS; Apelação Cível 70017530965; 8ª Câmara; Rel. Des. José S. Trindade; j. 28.6.2007; p. 5.7.2007)

Apelação cível. Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva. Efeitos meramente patrimoniais. Ausência de interesse do autor em ver desconstituída a paternidade registral. Impossibilidade jurídica do pedido. **Considerando que o autor, embora alegue a existência de paternidade socioafetiva, não pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico, o pedido configura-se juridicamente impossível, na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais.** Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida de ofício. Processo extinto. Recurso prejudicado (TJRS; Apelação Cível 70027112192; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. 2.4.2009).

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de DNA. **Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica pelo princípio da dignidade da pessoa humana.** O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Apelo provido (TJRS; Apelação Cível 70029363918; 8ª Câmara; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. 7.5.2009).

No primeiro julgado, o Desembargador entendeu por desconstituir a paternidade biológica em razão da relação socioafetiva reconhecida. Junto, desobrigou de todas consequências inclusive patrimoniais. Já no segundo, ao contrário, mesmo o autor reconhecendo o pai socioafetivo, o julgado não assim o fez pois já havia pai biológico e o Desembargador entendeu pela impossibilidade de coexistirem, negando as consequências da paternidade em relação ao pai afim. O terceiro julgado, por sua vez, adota a teoria tridimensional citada por Belmiro Welter e, assim, reconhece a dupla paternidade como direito fundamental, conferindo os efeitos jurídicos da paternidade a ambos por entender que são iguais.

Adentrando em uma explicação filosófica, dita teoria entende que o comportamento do ser humano é definido a partir da interação entre três mundos: das coisas (genético), da relação social/familiar (afetivo) e relação consigo mesmo (ontológico). O primeiro, *ser-no-mundo-genético*, diz respeito a perpetuação da linhagem, a ligação genética entre aqueles que concebem e o ser concebido, que carregam características em comum e por isso mantêm-se intrínsecos, traduzindo-se no direito fundamental de o ser humano conhecer sua origem e identidade. O segundo, *ser-no-mundo-(des)afetivo*, compreende o indivíduo na sua singularidade e

liberdade de autocriação a partir de relações pessoais e sociais, com base naquilo que se afeiçoa, isto é, entende a afetividade como forma de manifestação. O último, *ser-no-mundo-ontológico*, tem o ser humano como um ser único, que se molda e se cria, é o mundo do autoconhecimento (WELTER, 2010, p.114/117).

Assim, a teoria tridimensional do direito de família, defende a multiparentalidade pois por meio dela é possível a otimização dos três mundos da existência humana e a formação da personalidade-identidade da criança envolvida. O reconhecimento da paternidade biológica possibilita conhecer sua origem e todo complexo de particularidades advindos da genética, assim como o reconhecimento da paternidade socioafetiva, que se deflagra na realidade da vida, admite como verdadeira a forma como se identifica/relaciona. A interação de ambas promove o desenvolvimento pessoal, um real autoconhecimento abrangente de tudo que a pessoa é. Conclui a doutrina de Belmiro Welter:

Por isso, a importância no direito de família de desvelar, de descobrir, de abrir uma clareira hermenêutica, de examinar a realidade da vida, para que surja do ente humano o ser genético, o ser (des)afetivo e o ser ontológico, o que unicamente será possível mediante a compreensão do texto familiar pela fenomenologia, pelo acontecer da tridimensionalidade do ser humano, pelo surgimento das coisas mesmas, buscando a verdade nos dados originários de todos os episódios da experiência, da realidade da vida pessoal, familiar e social (WELTER, 2010, p.117).

A multiparentalidade é forma de tutelar os interesses das crianças e adolescentes, pois objetiva proteger as relações criadas no mundo fático reconhecendo a influência que esses pais e mães possuem na vida e formação psíquica, física e moral daqueles que têm como filhos. Negar essa realidade acarreta em prejuízos para aqueles que possuem especial proteção constitucional, sendo portanto caminho inviável. Por outro lado, reconhecer juridicamente o novo paradigma familiar social é conceder mais segurança de direitos e, assim, garantia de desenvolvimento responsável.

Nesse sentido, o 9º enunciado do IBDFAM disciplina: “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos”. A doutrina de Teixeira e Rodrigues (2010, p.30) defende que, com base no princípio da isonomia, existindo a relação parental – seja biológica, socioafetiva ou cumuladas – os efeitos se efetivam da mesma forma e extensão. Isto pois, não existe hierarquia entre elas, sendo impossível a diferenciação das consequências paternas pelo tipo de parentesco. Contudo, como supracitado, os

entendimentos jurisprudenciais quanto à aplicabilidade destes efeitos eram controversos, de forma que o assunto gerou repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que, então, pacificou o assunto fixando tese a ser aplicada nos futuros julgamentos.

4.1 ANÁLISE DA TESE FIRMADA NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898.060

O recurso extraordinário nº 898.060 foi interposto contra decisão do TJSC, que reconheceu a paternidade biológica do recorrente, estabelecendo deveres como a obrigação alimentar e direito sucessório. A inconformidade do recorrente era pois a filha já possuía pai socioafetivo, inclusive no registro civil, e no seu entendimento e conforme alegado, tal paternidade era preponderante à biológica, excluindo seus deveres. O RE teve repercussão geral reconhecida ante as controvérsias sobre o assunto e tratava de poderosa matéria constitucional, afeta diretamente aos direitos da personalidade, a filiação. Buscou-se pacificar a discussão: prevalência ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica. Por fim, o plenário negou provimento e no voto, o Relator Ministro Luiz Fux fixou a seguinte tese a ser aplicada nos casos semelhantes:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais (BRASIL, 2016, p.21).

A decisão inicia discorrendo acerca da evolução das entidades familiares a partir da Constituição Federal de 1988. Relembra como a família era tida no Código Civil de 1916, quando os filhos eram radicalmente distinguidos como legítimos ou ilegítimos, isto pois o ponto basilar da família era o casamento – “vínculo indissolúvel e objeto de proteção especial da lei”. Paradigma que, ao longo dos anos, passou por completa transformação exigindo a evolução da tutela legal e jurisdicional também.

Visto que a matéria é correlata a dignidade da pessoa humana, o seu eixo central é ampliado, deixando de ser uma discussão normativa e deslocando-se para o plano constitucional. Destaca-se da decisão que, a Constituição Federal representa o conjunto axiológico-normativo que conduz a interpretação dos demais institutos e

que, portanto, era preciso uma “reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana e da busca pela felicidade”.

O primeiro ponto empregue na fundamentação foi, então, o principal e maior princípio, base de todo ordenamento jurídico: a dignidade humana. Nessa seara analisada segundo a capacidade e liberdade de escolha do indivíduo, que detém preferência absoluta em relação aos modelos preconcebidos pela lei. Defende o voto que formulações legais não podem ser obstáculos à realização pessoal do indivíduo, revelando-se o direito à busca da felicidade – portanto, o princípio da dignidade atua garantindo o desenvolvimento dos diversos formatos de família. Acerca da relação entre Constituição, dignidade e entidades familiares, reforça a doutrina de Paulo Lôbo:

Não se pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipo ou tipos exclusivos de família ou da família como valor em si, com desconsideração das pessoas que a integram. Não há, pois, na Constituição, modelo preferencial de entidade familiar, do mesmo modo que não há família de fato, pois contempla o direito à diferença. Quando ela trata de família, está a referir-se a qualquer das entidades possíveis. Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade (LÔBO, 2004, p.18).

Acerca do direito à busca pela felicidade, destacou-se a Declaração de Independência do Estados Unidos, assim como as Constituições dos estados da Virginia, Massachusetts e Wisconsin. Estas trazem a felicidade como direito inalienável e inerente, devendo-se considerar a possibilidade da sua busca no momento de interpretação da lei. Explica a busca pela felicidade como um “preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político”, promovendo e exaltando a autonomia de escolha, servindo inclusive como limitação do poder do Estado.

Isto é, o ordenamento jurídico não pode impedir o indivíduo de viver da maneira que lhe convém, em harmonia com aqueles que tem afeto. A família não pode ter um modelo engessado pelos governantes, a família deve ser *locus* de felicidade, de atenção às vontades particulares – assim, a atuação do Estado deve ser na extensão da garantia desse direito. Coleta-se do voto, neste sentido:

Transportando-se a racionalidade para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidade das pessoas, não o contrário [...] (BRASIL, 2016, p.14).

O voto traz, ainda, famosos casos norte-americanos em que a felicidade foi utilizada como fundamentação de direito e decisão, ganhando força normativa. Cita-se aqui a primeira vez, no caso *Meyer vs. Nebraska* de 1923, em que foi reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei que proibia o ensino em idiomas estrangeiros (como o alemão), pois atentava contra a liberdade de adquirir conhecimento e “gozar de tudo o que for reconhecido como essencial para a busca ordenada da felicidade de homens livres”. A lei havia sido criada na época da primeira guerra mundial, como perseguição aos alemães, de onde extrai-se a lição do Relator Ministro Luiz Fux, “[...] sequer em tempos de guerra, excepcionais por natureza, poderá o indivíduo ser reduzido a mero instrumento de consecução da vontade dos governantes” (BRASIL, 2016, p.14).

Adentrando no universo familiar, a tese em análise foi também baseada em casos como *Loving vs. Virginia* de 1967, que por sua vez, foi precedente para *Obergefell vs. Hodges* em 2015. O primeiro, um casal formado por homem branco e mulher negra, sentenciados a um ano de prisão por infringirem estatuto que proibia casamentos “inter-raciais” – sentença revertida e proibição declarada inconstitucional com base no direito à liberdade de casamento e busca da felicidade. O segundo, casal formado por dois homens, decisão que reconheceu o casamento homoafetivo como direito decorrente da busca da felicidade. Tal direito já foi igualmente reconhecido no Brasil, pelo próprio Supremo Tribunal Federal – conforme já mencionado - sendo plenamente aplicável no caso em questão.

Assim, a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito a felicidade embasa a afirmativa de que a família não pode ser posta em um molde em atenção a tradições ou por mera satisfação da Lei, pelo contrário, a Lei é que precisa se adequar as mudanças da sociedade visto que o indivíduo deve ser o verdadeiro protegido pela Constituição Federal. O princípio fundamental do Estado Democrático de Direito eleva a pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico, de forma que o reconhecimento das suas preferências pessoais - o que lhe traz felicidade - é condição para o pleno respeito da sua liberdade e dignidade. O reconhecimento das duas paternidades, portanto, é tido como meio de atender as estas prerrogativas.

A tese fixada é fruto da possibilidade criada pela nova forma de enxergar a entidade familiar, a concepção eudemonista da família. Nesta ótica tem-se que a família existe para a realização pessoal do indivíduo, abandonando a antiga perspectiva em que o casamento e entidade familiar eram vistos como núcleo

econômico, hierarquizado e para procriação. Assim, cita a legitimidade da diversidade familiar já amparada pela Constituição Federal e enfatiza a igualdade das espécies de filiação, sem qualquer discriminação ou tipo de hierarquia. São dessas vedações que surge a indispensabilidade da contemplação de todas as formas de parentalidade sob o âmbito jurídico, o que foi disciplinado pela tese.

Acerca da paternidade socioafetiva, a decisão aponta que desde o Código Civil de 1916, a partir de uma interpretação do art. 349, II que expunha que a comprovação da filiação poderia ser por “veementes presunções de fato já certo” quando da falta de registro, a doutrina e jurisprudência, a fim de evitar maior desrespeito, por analogia reconheciam a posse de estado de filho quando presentes os requisitos *nominatio*, *tractatio* e *reputatio*. Assim defende que, entre outras inovações, o Código Civil de 2002 deu abertura para a paternidade socioafetiva e iniciou a construção do seu conceito, quando no seu art. 1.593 admitiu o parentesco por outra origem – o que inclui a afetividade.

A tese assenta que a paternidade socioafetiva independe de registro público, sendo este o primeiro ponto decisivo e determinante. O seu reconhecimento é devido quando consolidado o vínculo afetivo entre os sujeitos relacionados pela conjuntura da posse de estado de filho. Sobre o registro público, alguns Tribunais de Justiça possuem portarias/provimentos no sentido de desobrigar a necessidade de declaração judicial para registrar o filho em nome do pai socioafetivo, existindo, também, ações judiciais com intuito do seu reconhecimento registral. Contudo, é uma relação que se deflagra na realidade fática e, portanto, existe independente do seu registro.

Ressalta, também, o direito de conhecer a origem genética em decorrência do direito de personalidade. Direito que é, inclusive, garantido no art. 48 do ECA. Daí se extrai que, o fato de o indivíduo possuir pai socioafetivo não pode ser óbice para investigação do pai biológico – não cabe a Lei proibir alguém de saber fator tão determinante na sua vida, tampouco forçar uma escolha tão cruel entre aquele que o criou e amou ou o desejo de conhecer quem lhe deu a vida. A paternidade não é algo que possa ser excluído ou escolhido.

Assim, deliberadas as diversas origens da relação paterno-filial, todas em pé de igualdade, inicia-se a discussão acerca da solução jurídica quando do concurso entre elas. Partindo da premissa que é devido o reconhecimento dos múltiplos arranjos familiares em atenção aos princípios e direitos supramencionados, se

exprime que é devido, portanto, o acolhimento de ambas as relações paterno-filiais construídas, quando assim for atendido o melhor interesse da criança e adolescente:

O espectro legal deve acolher, nesse prisma, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, §7º da Constituição. [...] nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. (BRASIL, 2016, p.19)

Voltando ao Direito Comparado, embasando este entendimento a decisão expõe o caso *Smith vs. Cole* de 1989, no qual a Corte de Louisiana/EUA reconheceu a paternidade do marido atual da mãe da criança, sem excluir a paternidade biológica e tão menos suas obrigações. Colhe-se da jurisprudência que “[...] o pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele a responsabilidade”. Após revisão do Código Civil estadual, em 2005, Louisiana incluiu a dupla paternidade no seu texto legal e tornou-se o primeiro Estado norte-americano a possibilitar que um filho tenha dois pais com igualdade de direitos.

Finalizando, então, o Relator Ministro Luiz Fux entendeu que, não obstante a legislação brasileira não reconheça a dupla paternidade explicitamente, não era cabível deixar de tutelar sobre essa nova realidade-paradigma. Sob a ótica do melhor interesse da criança e adolescente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a concomitância dos dois tipos de filiação garantindo os direitos e obrigando os deveres em ambas as relações – desde os direitos de família (obrigação alimentar, por exemplo) até os direitos sucessórios.

Isto pois qualquer forma de diferenciação não condiz com os preceitos constitucionais que vedam a discriminação e/ou hierarquia e que defendem a paternidade responsável. A paternidade carrega consigo os encargos do poder familiar, seja decorrente da genética ou da posse de estado. A dupla paternidade é protetora dos interesses da criança e adolescente, tanto por favorecer o plano emotivo e pessoal, quanto o plano material com os direitos patrimoniais. Nesse sentido, Dimas de Carvalho elenca alguns efeitos do reconhecimento da paternidade:

- a) Estabelecer liame de parentesco entre o filho, seus pais e os parentes destes; [...]
- b) Dar ao filho reconhecido, que não reside com o genitor que o reconheceu, direito à assistência e alimentos;
- c) Sujeitar o filho reconhecido,

se menor, ao poder familiar do genitor que o reconheceu, e se reconhecido por ambos os pais, o deferimento de guarda compartilhada ou a apenas um dele, observando o que melhor atender os interesses do menor; d) Conceder direito à prestação alimentícia tanto ao genitor que reconhece como ao filho reconhecido, estendendo-se aos parentes; e) Equiparar, para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza; f) Autorizar o filho reconhecido a propor ação de petição de herança ou a de nulidade de partilha, por causa da condição de herdeiro. (CARVALHO, 2017, p.620)

Conquanto o autor utilize a palavra “genitor”, com reflexo da tese firmada igualando as paternidades em todas consequências, certo que tais direitos imputam ao pai biológico e ao socioafetivo. Desta forma, atualmente, é facultado ao indivíduo que reconheça o pai biológico embora já tenha um socioafetivo/registral, assim como, que reconheça aquele que enxerga/sinta como pai, mesmo já possuindo o biológico – sendo resguardado os efeitos de ambas paternidades em prol do melhor interesse da criança e adolescente.

4.2 PONDERAÇÕES ACERCA DA DUPLA PATERNIDADE

Ressalta-se, contudo, que o julgamento e a fixação da tese não foram unânimes. A divergência defendia que havendo as duas paternidades apenas a socioafetiva produziria efeitos, pois entendia que o vínculo genético não necessariamente gera a paternidade jurídica. O voto foi vencido dado que o dever de cuidar é corolário da paternidade - junto da liberdade de escolha (procriar) nasce a obrigação legal pelo resultado (filho concebido), dever que não é excluído pela paternidade socioafetiva. Além disso, outras indagações surgiram com a fixação da tese, por exemplo, quanto ao interesse patrimonial e o reflexo sobre a adoção.

O Procurador Anderson Schreiber (2017), doutor em Direito Privado Comparado e mestre em Direito Civil, aponta o receio de surgirem demandas para reconhecimento da paternidade biológica por exclusivo interesse patrimonial, quando o filho estiver com dificuldades financeiras ou descobrir a chance potencial de receber expressiva herança. Tal prática é completamente contrária ao fim normativo-axiológico da dupla paternidade, que visa atender aos anseios paterno-filiais e não a mera necessidade econômica – o efeito patrimonial é parte integrante, mas não o todo. Assim, cabe ao judiciário no momento de análise do caso concreto, identificarem o abuso de direito e violação da boa-fé objetiva.

Ainda na esfera patrimonial, outro ponto levantado é quanto aos direitos dos múltiplos pais em relação ao filho. Que a prole tem direito ao recebimento de alimentos e herança de ambos os pais fez-se claro, entretanto, na eventual possibilidade das hipóteses reversas surgem alguns enigmas. O art. 1.836 do Código Civil fixa que, no caso de falecimento do filho anterior ao dos pais, a herança se divide metade para o pai, metade para a mãe – no caso da dupla paternidade, questiona-se como será feita essa partilha: metade para a mãe e 1/4 para cada pai ou igualmente entre os três? Ainda, outro problema surge caso ambos os pais vierem a necessitar a prestação de alimentos, o que pode ocasionar em ônus elevado para o filho – que deveria ser o beneficiado pela decisão (SCHREIBER, 2017).

Indaga-se também quanto ao reflexo da decisão nos casos de adoção e doação de material genético. De acordo com o art. 41 do ECA, a adoção rompe com os vínculos biológicos e no mesmo sentido manifestaram-se os ministros, afirmando que a decisão em nada alterava tal instituto – surgindo uma possível incoerência. O transtorno é ainda mais significativo nos casos de “adoção à brasileira”, que na realidade fática se assemelha e confunde com a paternidade socioafetiva, “de modo que disciplinas jurídicas diversas podem gerar inconsistências injustificadas no que tange aos efeitos produzidos sobre o dado real”, aponta o jurista. Surge também um potencial temor dos doadores de material genético, pela possibilidade de terem reconhecida a paternidade biológica (SCHREIBER, 2017).

Sobre estes aspectos, conclui Schreiber (2017) que “à corte suprema do país não compete redesenhar, em cada decisão, todo o sistema jurídico”. Mas sim, fixar paradigmas que conduzam e delimitem futuras interpretações e julgamentos, que reconheçam a realidade fática e acolha-a na verdade jurídica. Ao STF cumpre não excluir da tutela do direito a atual diversidade de famílias, de forma que as respostas mais específicas surgirão com o tempo. O primordial, no momento, era pacificar a igualdade das paternidades em prol do melhor interesse da criança e adolescente.

Neste sentido entende também o jurista Ricardo Calderón (2016), diretor nacional do IBDFAM, que atuou como *amicus curiae* no julgamento em questão. Reconhece os desafios que ainda precisarão ser analisados, porém, e principalmente, identifica três aspectos louvados pela decisão: o reconhecimento jurídico da afetividade; a plena igualdade entre a paternidade biológica e socioafetiva, sem qualquer hierarquia; e, a possibilidade jurídica da multiparentalidade. Assim, a tese em análise, iniciou o caminho para um direito de família plural e democrático no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Ante os pontos apresentados, se faz evidente a importância da Constituição Federal de 1988 e seu princípio fundamental da dignidade humana para o Direito de Família. Com a igualdade declarada e a ascensão do ser humano, a família e filiação passaram por transformações que modificaram todo ordenamento jurídico. O caráter patrimonial/discriminatório foi vencido pelo afeto, que por tamanha relevância ganhou valor jurídico; uma entidade antes tratada como “instituição”, hoje é vista como meio de realização pessoal. Essa transição que possibilitou a diversidade de entidades familiares e formas de filiação configuradas atualmente.

A família tida como base da sociedade e detentora de proteção especial é uma confirmação do destaque que este vínculo (familiar) tem para o desenvolvimento humano e, portanto, para a sociedade. Da mesma maneira, a prioridade absoluta da criança e adolescente demonstra a preocupação da Lei em atender e garantir todos os direitos e melhores condições para um crescimento saudável e responsável. Isto pois, atualmente, o ser humano ocupa posição central na ordem jurídica e a atenção aos seus anseios é indispensável ao alcance da plena dignidade humana.

A necessidade da Lei em se adequar à realidade fática é reflexo dessa concepção que atrela a dignidade humana à realização pessoal, pois o indivíduo só é digno quando possui liberdade para buscar sua felicidade e essa só é plena quando tutelada pela lei. Por essa razão o afeto ganhou valor jurídico e a paternidade socioafetiva foi recebida; inconcebível seria negar juridicidade para uma relação completamente benéfica para todas as partes. O afeto que caracteriza a relação paterno-filial é aquele construído na convivência diária, no desejo de criar e educar – o que claramente atende ao princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

Com a possibilidade de diversidade familiar, se fez cada vez mais frequente a coexistência de paternidade biológica e socioafetiva – o que implica diretamente nos direitos dos infantes. Assim, o presente trabalho buscou analisar se a tese que permitiu a dupla paternidade atende ao melhor interesse e a prioridade absoluta dos infantes. Como demonstrado, a paternidade responsável inclui a garantia de amplos direitos e deveres a fim de possibilitar o desenvolvimento (físico, psíquico e moral) desses indivíduos que ainda não podem cuidar de si próprios.

A tese analisada, ao reconhecer a paternidade concomitante, atribuiu esse dever em completa igualdade a ambos os pais. O que, constata-se, está de acordo

com os preceitos constitucionais que vedam qualquer discriminação e/ou hierarquia entre tipos de parentesco – não caberia a lei decidir entre dois tipos de paternidade que são legítimas e igualitárias e caso o fizesse, seria um retrocesso incompatível com o Direito de Família. A possibilidade da múltipla paternidade é a materialização do princípio da dignidade humana e da busca pela felicidade, é a reafirmação do direito de escolha, liberdade e personalidade.

Quanto aos interesses do infante, de igual maneira não seria justo impor que o filho escolhesse entre duas figuras tão importantes para si. Tanto o vínculo biológico quanto o afetivo implicam diretamente no direito de personalidade do indivíduo em formação, que apenas dispondo dos dois (quando for o caso) pode atingir a dignidade plena. Obrigar tal escolha causaria grande trauma, o que afetaria seu desenvolvimento psicológico e seria contrário ao melhor interesse. Quanto ao desenvolvimento físico, também é favorecido pela decisão afinal trata-se de duas pessoas responsáveis em prover o sustento do infante, sendo então uma garantia multiplicada.

Entende-se que a existência de possíveis lacunas não é motivo determinante para deixar de tutelar essa nova realidade-paradigma, tampouco, exprime risco ao melhor interesse. Impasses futuros serão igualmente e devidamente solucionados pelo judiciário, sempre em prol da criança e adolescente, como ocorreu na decisão objeto. O assunto imediato, a matéria em divergência, que por sua vez era afeta as crianças e adolescentes, foi amparada com excelência pelo Supremo Tribunal Federal; Reconhecendo juridicamente o afeto como o verdadeiro elo dos vínculos familiares e prestigiando o desenvolvimento saudável e responsável das crianças e adolescentes como prioridade absoluta.

Conclui-se, assim, que a tese fixada pelo STF no Recurso Extraordinário 898.060 não apenas atende ao melhor interesse, como enaltece a posição prioritária das crianças e adolescentes lhes concedendo ainda mais garantia de direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMIN, Andréa Rodrigues; SANTOS, Ângela Maria Silveira; MORAES, Bianca Mota de; CONDACK, Cláudia Canto; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; RAMOS, Helane Vieira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers; TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 21, n. 1, jan. 2012.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 14, 2002.

_____. A tutela constitucional do afeto. In: **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BORGES, Rosângela Mara Sartori. Os princípios constitucionais e o transexualismo. **Revista de Ciências Jurídicas** (UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.), Londrina, v. 4, n. 1/2, mar./set. 2003.

BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. **Revista Intertemas**, Presidente Prudente, v. 13, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Lei 13.257/2016, de 8 de março de 2016. **Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância.** Brasília, DF, disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm> Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Brasília, DF, disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Brasília, DF, disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 15 abr. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898.060. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>> Acesso em: 8 abr. 2019.

CALDERÓN, Ricardo. **Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>> Acesso em: 20 maio 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** v. 5. Direito e família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

DRIVER, Stéphanie Schwartz. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos,** tradução de Mariluce Pessoa, São Paulo: Jorge Zahar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** v. 6. Famílias. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____. **Curso de Direito Civil.** v. 6. Famílias. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FELL, Elizângela Treméa; KUNZLER, Michelle Cristina. A dupla filiação registral como solução para os conflitos entre o biológico e socioafetivo e a sua repercussão

nos direitos patrimoniais e não patrimoniais inerentes à filiação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 132, dez. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Civil Brasileiro**. v. 6. Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre-desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

IBDFAM. **Enunciados**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 12 maio 2019.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v. 13, n. 67, set. 2011.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para Além do *Numerus Clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Coord.) **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, n. 5, ago/set 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MANERICK, Rosa Maria dos Santos. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.1, n.1, set. 2006.

MENEZES, Rita de Cassia Barros. **A aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança em decisões de reconhecimento da pluriariedade**. In: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO, 12, 2013, Aracaju. Universidade Tiradentes.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 2. Direito de Família. 38. Ed. Ver., atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA NETO, Fábio Marques. **A dignidade da pessoa humana e as medidas sócio-educativas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2007. Tese de Mestrado – Programa Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdán. Princípio da Paternidade Responsável e Sua Aplicabilidade na Obrigação Alimentar. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo: Síntese, n. 105, dez/jan 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed São Paulo: Saraiva, 2012.

PESSANHA, Jackelline. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <
http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf> Acesso em: 11 abr. 2019.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; BUBLITZ, Michelle Dias. Pessoa como sujeito de direitos na sociedade da informação: um olhar sob a perspectiva do trabalho e do empreendedorismo. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 68, jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAND, Ayn. **The Ayn Rand Lexicon: objectivism from A to Z**. Penguin Books: New York, 1986.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSA, Letícia Carla Babbista; GONÇALVES, Rebeca Fabíolla. O surgimento da multiparentalidade como pressuposto da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 96, jul. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 9, jan./jun. 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

SCHAFRANSKI, Marcelo. **Medicina da felicidade**. São Paulo; Matrix, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/10/30/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos/>> Acesso em: 20 maio 2019.

SOARES, Josemar Sidnei; LOCCHI, Maria Chiara. O papel do indivíduo na construção da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 1, jan/jun. 2016.

SOUZA, Danni. Multiparentalidade: a possibilidade jurídica do reconhecimento simultâneo da paternidade biológica e socioafetiva e seus efeitos. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 16, n. 94, mar. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** v. 5. Direito de Família. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. 2010. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>> Acesso em: 6 abr. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A Multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Fórum, v. 4, jun. 2015.

_____. Multiparentalidade como fenômeno jurídico contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 14, mar. 2010.

_____. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Método, 2008.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. 3. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Teoria Tridimensional no direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, n. 8, mar. 2009.

ANEXO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SÃO PAULO
RELATOR : MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S) : A. N.
ADV.(A/S) : RODRIGO FERNANDES PEREIRA
RECDO.(A/S) : F. G.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do

sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

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

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação

dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja

necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SÃO PAULO
RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : A. N.
ADV.(A/S) : RODRIGO FERNANDES PEREIRA
RECDO.(A/S) : F. G.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E
PLURIPARENTALIDADE.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e demais presentes.

O caso ora em julgamento, seja qual for o resultado proclamado pelo colegiado, constituirá precedente essencial para a definição do estatuto constitucional das famílias, em especial a densificação conceitual de um dos componentes mais elementares dos direitos da personalidade: a filiação.

Admissibilidade do recurso extraordinário

A recorrida arguiu questões processuais preliminares atinentes à admissibilidade recursal que devem ser enfrentadas antes de se adentrar no mérito do recurso extraordinário, a saber: (i) a matéria constitucional discutida nesta sede não teria sido objeto de prequestionamento nas instâncias ordinárias (óbices das Súmulas 282 e 356 do STF); e (ii) haveria necessidade de reexame de fatos

controvertidos e de provas produzidas nos autos (óbice da Súmula 279 do STF).

Primeiramente, quanto à arguição de falta de prequestionamento, ressoa inequívoco que a controvérsia sobre a prevalência ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica, à luz do artigo 226, caput, e outros dispositivos constitucionais, foi amplamente debatida nas instâncias ordinárias, como se verifica da simples leitura dos acórdãos proferidos pela Quarta Câmara de Direito Civil do TJSC, em sede de apelação, e pelo Grupo de Câmaras de Direito Civil do TJSC, em sede de embargos infringentes. Nesse sentido, destaco os seguintes excertos desses julgados (grifos meus):

“Estabelece o Código Civil de 2002, em seu art. 1.603, que ‘a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil’.

Ao tratar sobre a filiação, Luiz Edson Fachin registra que ‘a prova da filiação mencionada no art. 1.603 pode também sustentar a posse do estado de filho, fundada em elementos que espelham o nome, a tractatio, e a fama (reputação). Por conseguinte, o termo de nascimento pode espelhar uma filiação socioafetiva’ (in Comentários ao novo Código Civil, Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 89).

(...)

A Carta Magna estabelece, in verbis, que

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

[...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

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

E o prelado Luiz Edson Fachin, ao discorrer acerca da posse do estado de filho – com destaque para a paternidade sócio-afetiva -, afirma que

*[...] o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento (quer em público, quer na intimidade do lar) revelam no comportamento a base da parentalidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética que deveria pressupor aquela e serem coincidentes. Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, 'reside antes no serviço e amor que na procriação' (in *A tríplice paternidade dos filhos imaginários. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais. Teresa Arruda Alvim (coord.). Ed. RT, v. 2, 1995, p. 178/179.*)*

(...)

Por isso, em que pese ter o vínculo de afetividade origem em registro cuja informação não corresponde à verdade biológica, ante a consolidação dos laços sentimentais/afetivos entre F. G. e I. G., o estado de filiação que esta última agora vindica em relação ao réu/apelante, não poderá ser reconhecido, simplesmente porque outro já se estabeleceu antes, com o pai registral, o qual

não deverá ser desfeito.” (Apelação Cível 2011.027498-4)

“Não há, data venia, como se conceber que, diante da expressa vontade da embargante de desvendar a sua verdadeira ascendência genética, possa prevalecer no registro a paternidade sócio-afetiva iniciada por ignorância da verdade.

(...)

A dignidade da pessoa humana encontra proteção constitucional, sendo, inclusive, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal).

E é a própria Constituição Federal que estabelece, expressamente (art. 227, § 6º), o princípio da igualdade entre os filhos, in verbis: ‘Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’.

(...)

Dessa forma, não se pode negar o direito de todas as partes envolvidas em relações de filiação – genitores biológicos, afetivos e filhos – de ver respeitado tal princípio, porquanto, nas palavras de Claudete Carvalho Canezin, ‘A dignidade constituiu-se num fato primordial à formação da personalidade humana, sendo essencial ao relacionamento paterno-filial’ (CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 8).” (Embargos Infringentes 2012.038525-9).

Fica claro, portanto, que não apenas a discussão jurídica dotada de repercussão geral foi travada nas instâncias ordinárias, mas também que o seu deslinde foi alcançado mediante fundamentação expressamente baseada nos preceitos constitucionais pertinentes,

razão pela qual não há que se falar em ausência de prequestionamento.

No que diz respeito à alegação da ora recorrida de que incidiria, na espécie, o óbice da Súmula 279 do STF, saliente-se que todas as controvérsias relativas a fatos e provas, no presente caso, já foram devidamente equacionadas pelo tribunal de origem, remanescendo apenas a controvérsia relativa à prevalência ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica, matéria estritamente de direito.

Superadas essas questões preliminares, o recurso é tempestivo, preparado e apresenta preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, estando igualmente presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Por tais motivos, deve ser conhecido o recurso extraordinário, passando-se ao exame do seu mérito, nos limites da questão constitucional de repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual, sintetizados na ementa transcrita abaixo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL.”

(ARE 692.186 RG, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário Virtual, DJe de 21/02/2013)

Mérito do recurso extraordinário

Nos presentes autos, o recorrente sustenta a necessidade de 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. Cumpre definir, assim, nos

casos em que há vínculo parental previamente reconhecido, quais os efeitos jurídicos da descoberta posterior da paternidade biológica.¹

A Constituição de 1988 promoveu verdadeira revolução no campo do Direito de Família. Sabe-se que, sob a égide do Código Civil de 1916, a família era centrada no instituto do casamento, vínculo indissolúvel e objeto de especial proteção da lei. Era estabelecida vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, baseando-se a filiação na rígida presunção de paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). O paradigma de então não era nem o afeto entre os familiares, nem sequer a origem biológica, mas sim a presunção baseada na centralidade do casamento.

Ocorre que, com o passar dos anos, a sociedade evoluiu e novas formas de organização familiar à margem do casamento começaram a proliferar. Sociedades de fato, uniões estáveis, coabitações concubinárias, famílias monoparentais, entre outras estruturas familiares passaram a se tornar cada vez mais frequentes. Esse quadro é muito bem retratado pelo sociólogo britânico Anthony Giddens, ex-professor das universidades de Cambridge e London School of Economics:

“Ao longo das últimas décadas, a Grã-Bretanha e outros países ocidentais passaram por mudanças nos padrões familiares, que seriam inimagináveis para gerações anteriores. A grande diversidade de famílias e formas de agregados familiares tornou-se um traço distintivo da época actual. As pessoas têm

¹ Art. 226, § 4º “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Art. 226, § 7º “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Art. 227, § 6º “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Art. 229. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Art. 230. “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

menos probabilidades de se virem a casar do que no passado, e fazem-no numa idade mais tardia. O índice de divórcios subiu significativamente, contribuindo para o crescimento de famílias monoparentais. Constituem-se 'famílias recompostas' através de segundos casamentos, ou através de novas relações que envolvem filhos de relações anteriores. As pessoas optam cada vez mais por viver juntas em coabitação antes do casamento, ou em alternativa ao casamento. Em resumo, o mundo familiar é hoje muito diferente do que o era há cinquenta anos atrás. Apesar das instituições do casamento e da família ainda existirem e serem importantes nas nossas vidas, o seu carácter mudou radicalmente."

Era preciso evoluir. E a necessidade de modernizar a disciplina jurídica da filiação constituiu preocupação central do texto constitucional que informa a democracia em que hoje vivemos. O eixo central do sistema se deslocou do Código Civil para a Constituição, cujo conjunto axiológico-normativo deve informar a interpretação dos institutos que regem o Direito de Família.

Assumindo carácter de sobreprincípio fundante do ordenamento, insculpido logo no art. 1º, III, da Carta magna, a dignidade humana passa a exercer papel fundamental nesse contexto. O núcleo base da dignidade humana é expresso na formulação do imperativo categórico de Immanuel Kant: o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim (*"Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst"* – KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. AA IV. Berlim: Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1900. p. 429).

Como afirma o Tribunal Constitucional Federal alemão, a dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade (*"Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten"*) (BVerfGE 45, 187). Cuida-se, assim, da assunção, pelo ordenamento jurídico, de que a eleição das próprias

finalidades e objetivos de vida do indivíduo tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador. No campo da família, tem-se que a dignidade humana exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais.

Em estreita conexão com a dignidade humana, dela derivando ao mesmo passo que constitui o seu cerne, apresenta-se o denominado direito à busca da felicidade. Se a referência a este direito é relativamente recente no Brasil, a sua origem remonta ao próprio surgimento do conceito moderno de Constituição.

Em 4 de julho de 1776, na Filadélfia, Pensilvânia, foi publicada a declaração de independência dos Estados Unidos da América. Em seu preâmbulo, o documento exhibe a memorável frase elaborada por Thomas Jefferson em seus rascunhos para a declaração e que sobreviveu às revisões posteriores, segundo a qual seriam verdades autoevidentes certos direitos inalienáveis, dentre os quais os direitos à vida, à liberdade e à busca da felicidade (*"We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness"*). Dias antes, a declaração de direitos da Virgínia, pela pena de George Mason, já havia reconhecido a todos os homens certos direitos inerentes, que jamais podem ser molestados na vida em sociedade, em especial o desfrute da vida e da liberdade, com os meios para aquisição de propriedade, bem como a busca e obtenção de felicidade e segurança (*"all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety"*). Massachusetts e Wisconsin adotam preceitos semelhantes em suas Constituições. Muito embora não exista previsão expressa do direito à busca da felicidade no texto da Constituição dos Estados Unidos, é inegável a sua importância histórica e seu enorme valor para a interpretação das demais cláusulas da carta fundamental.

Cuida-se, a busca da felicidade, de preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhecendo-se não

apenas as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, mas também que o Estado, então recém-criado, deveria atuar apenas na extensão em que essas capacidades próprias fossem respeitadas. Traduz-se em um mandamento a que o governo se abstenha de eleger finalidades a serem perseguidas nas mais diversas esferas da vida humana, bem assim a que não se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Nenhum arranjo político é capaz de prover bem-estar social em caso de sobreposição de vontades coletivas a objetivos individuais.

O primeiro caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a força normativa do direito à busca da felicidade foi no caso *Meyer v. Nebraska*, de 1923 (262 U.S. 390). Na oportunidade, um professor de alemão chamado Robert T. Meyer desafiou a constitucionalidade de uma lei do Estado de Nebraska de 1919 que proibia o ensino conduzido em idiomas estrangeiros, assim como o estudo de línguas estrangeiras, como objeto de aprendizado, por estudantes até determinado nível. O objetivo da lei, denominada *Siman Act*, era a de perseguição aos imigrantes alemães, no contexto da primeira guerra mundial. Na oportunidade, a Corte reconheceu que a cláusula do devido processo legal (*due process*), prevista na décima quarta emenda à Constituição, sem dúvidas, denota não apenas a mera liberdade contra restrições de ordem corporal, mas também o direito do indivíduo de contratar, de se engajar em qualquer das ocupações ordinárias da vida, de adquirir conhecimento útil e em geral gozar de tudo o que for reconhecido como essencial para a busca ordenada da felicidade por homens livres (“*denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge (...) and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men*”). Ante o reconhecimento do direito à busca da felicidade como norma constitucional implícita, reconheceu-se a invalidade da lei que interferiu na vocação de professores, nas oportunidades dos alunos de adquirirem conhecimento e na prerrogativa dos pais de controlar a educação de seus descendentes (“*Evidently the Legislature has attempted materially to interfere with the calling of modern language teachers, with the opportunities of pupils to acquire knowledge, and with the power of parents to control the education of their own*”). A lição mais importante a ser extraída do caso é a de que sequer em tempos de

guerra, excepcionais por natureza, poderá o indivíduo ser reduzido a mero instrumento de consecução da vontade dos governantes.

Transportando-se a racionalidade para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente.

A Suprema Corte norte-americana teve a oportunidade de aplicar o direito à busca da felicidade no contexto familiar em algumas oportunidades. No caso *Loving v. Virginia*, de 1967 (388 U.S. 1), o referido Tribunal reverteu a condenação de Mildred Loving, uma mulher negra, e de Richard Loving, um homem branco, que haviam sido sentenciados a um ano de prisão por terem se casado em descumprimento do *Racial Integrity Act* de 1924, estatuto que proibia casamentos considerados “interraciais”. Por decisão unânime, a Corte declarou a proibição inconstitucional, adotando, dentre outros fundamentos, o de que o direito à liberdade de casamento é um dos direitos individuais vitais e essenciais para a busca ordenada da felicidade por homens livres (“*freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men*”).

Esse precedente foi essencial para a recente decisão da Suprema Corte sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, no caso *Obergefell v. Hodges*, de 2015 (576 U.S. ___). Neste último, a maioria do colegiado reputou que a Constituição exige o reconhecimento, pelos Estados, do casamento de casais homoafetivos, na medida em que o direito a casar seria decorrência essencial do direito à busca da felicidade. Cumpre transcrever a primeira frase do voto do *Justice Anthony Kennedy*, que escreveu pela maioria vencedora: “A Constituição promete liberdade a todos aqueles sob seu alcance, uma liberdade que inclui certos direitos específicos que permitem a pessoas, dentro de um âmbito legal, definir e expressar sua identidade” (“*The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity*”).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de invocar o direito à busca da felicidade, como se colhe dos seguintes arestos:

“O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.”

(RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011)

“Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual.”

(ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011)

Tanto a dignidade humana, quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte.

Sob essa lógica merece ser interpretada a legislação infraconstitucional, abdicando-se o operador do direito de pré-compreensões e formatos padronizados de família para atender, na sua totalidade, às idiossincrasias das formulações particulares de organização familiar. Como explica Gustavo Tepedino, *in verbis*:

“O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se, ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como quisera o Código Civil de 1916, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o texto constitucional.”

A partir da Carta de 1988, exige-se uma inversão de finalidades no campo civilístico: o regramento legal passa a ter de se adequar às peculiaridades e demandas dos variados relacionamentos interpessoais, em vez de impor uma moldura estática baseada no casamento entre homem e mulher. De forma percuciente, esclarece o Ministro Luiz Edson Fachin aquilo que denomina “concepção eudemonista da família”:

“Sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”

A própria Constituição, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º). Por outro lado, a Carta fundamental enfatizou que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia

entre elas. Um exemplo da tradição civilística brasileira é a adoção, capaz de estabelecer um vínculo parental na ausência de casamento ou liame sanguíneo, bastando o amor entre os indivíduos que se recebem como pais e filhos. O art. 227, § 6º, da Constituição é assertivo ao determinar que, *verbis*: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Ante a impossibilidade de engessamento da configuração familiar, esta Egrégia Corte atribuiu a qualidade de entidade familiar às uniões estáveis homoafetivas, em julgamento histórico cujo acórdão estabelece premissa indispensável para o caso ora examinado. Invocando o direito à busca da felicidade, este colegiado declarou a “Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil”, bem como a “Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico” (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

Se o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, nem é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação, afigura-se necessário contemplar sob o âmbito jurídico todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (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 afetividade.

O Código Civil de 2002 promoveu alguns passos à frente nessa concepção cosmopolita do Direito de Família. Conforme observa o Ministro Luiz Edson Fachin, o diploma inovou ao reconhecer o direito fundamental à paternidade, independentemente do estado civil dos pais; a possibilidade de declaração de paternidade sem que haja ascendência genética; o reconhecimento de filho extramatrimonial; a igualdade material entre os filhos; a presunção de paternidade na fecundação artificial, seja ela homóloga ou heteróloga; e a abertura de espaço jurídico para a construção do conceito de paternidade socioafetiva.

Igualmente, a evolução da ciência contribuiu para que a paternidade baseada no casamento, outrora central ao sistema,

perdesse a sua importância para dar lugar a outras modalidades de filiação. A popularização do exame de DNA permitiu o alcance de resultados seguros e rápidos sobre vínculos biológicos para fins de ações de investigação e negatórias de paternidade, tornando despiciendo, na maioria dos casos, o recurso a presunções para a definição da filiação. Inclusive, este Pretório Excelso assegurou a possibilidade de relativização da coisa julgada para a realização posterior de exame de DNA, em homenagem ao “direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser” (RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 16/12/2011). Além de direito constitucional implícito, como esclareceu esta Corte, a busca da identidade genética é garantida pela legislação infraconstitucional, prevendo o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente o “direito de conhecer sua origem biológica”.

Em paralelo à filiação biológica, demanda igual proteção jurídica o vínculo de parentalidade construído apenas a partir do afeto. Para evitar situações de extrema injustiça, desde o Código de 1916 já reconheciam a doutrina e a jurisprudência a figura da posse do estado de filho, mediante interpretação elástica do art. 349, II, daquele diploma, segundo o qual a filiação poderia ser provada, na falta de registro, por “*veementes presunções resultantes de fato já certos*”. Assim, seria considerado filho aquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). Na lição de Silvio Rodrigues, a “posse do estado consiste no desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho legítimo, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à persuasão geral de ser a pessoa, efetivamente, filho legítimo”.

Mais que reproduzir a norma do art. 349, II, do diploma anterior em seu art. 1.605, o Código Civil de 2002 passou a preceituar, em seu art. 1.593, que o “*parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*”. Desse modo, a própria lei passa a reconhecer que a consanguinidade concorre com outras formas de parentesco, dentre as quais certamente se inclui a afetividade.

Um exemplo bastante comum na realidade pátria é a chamada “adoção à brasileira”, em que o sujeito se vale da presunção de veracidade do registro público para declarar a paternidade em relação a criança que sabe não possuir sua herança genética. Cuida-se de

gesto nobre, decorrente da vontade de preencher um espaço afetivo que de outra forma restaria vago na vida do menor. Por isso mesmo, alguns Tribunais de Justiça já regulamentaram o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva diretamente perante o Registro Civil de Pessoas Naturais, independentemente de declaração judicial. Tal regramento já existe, por exemplo, no âmbito do TJMA (Provimento 21/2013), do TJPE (Provimento 9/2013), do TJCE (Portaria 15/2013), do TJSC (Provimento 11/2014) e do TJAM (Provimento 234/2014), por exemplo. A filiação socioafetiva, porém, independe da realização de registro, bastando a consolidação do vínculo afetivo entre as partes ao longo do tempo, como sói ocorrer nos casos de posse do estado de filho.

Estabelecida a possibilidade de surgimento da filiação por origens distintas, é de rigor estabelecer a solução jurídica para os casos de concurso entre mais de uma delas.

O sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher, nesse prisma, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição.

Não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário.

O conceito de pluriparentalidade não é novidade no Direito Comparado. Nos Estados Unidos, onde os Estados têm competência legislativa em matéria de Direito de Família, a Suprema Corte de Louisiana ostenta jurisprudência consolidada quanto ao reconhecimento da “dupla paternidade” (*dual paternity*). No caso *Smith v. Cole* (553 So.2d 847, 848), de 1989, o Tribunal aplicou o conceito

para estabelecer que a criança nascida durante o casamento de sua mãe com um homem diverso do seu pai biológico pode ter a paternidade reconhecida com relação aos dois, contornando o rigorismo do art. 184 do Código Civil daquele Estado, que consagra a regra “*pater ist est quem nuptiae demonstrant*”. Nas palavras da Corte, a “aceitação, pelo pai presumido, intencionalmente ou não, das responsabilidades paternas, não garante um benefício para o pai biológico. (...) O pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele da responsabilidade” (“*The presumed father's acceptance of paternal responsibilities, either by intent or default, does not ensure to the benefit of the biological father. (...) The biological father does not escape his support obligations merely because others may share with him the responsibility.*”).

Em idêntico sentido, o mesmo Tribunal assentou, no caso *T.D., wife of M.M.M. v. M.M.M.*, de 1999 (730 So. 2d 873), o direito do pai biológico à declaração do vínculo de filiação em relação ao seu filho, ainda que resulte em uma dupla paternidade. Ressalvou-se, contudo, que o genitor biológico perde o direito à declaração da paternidade, mantendo as obrigações de sustento, quando não atender ao melhor interesse da criança, notadamente nos casos de demora desarrazoada em buscar o reconhecimento do *status* de pai (“*a biological father who cannot meet the best-interest-of-the-child standard retains his obligation of support but cannot claim the privilege of parental rights*”).

A consolidação jurisprudencial levou à revisão do Código Civil estadual de Louisiana, que a partir de 2005 passou a reconhecer a dupla paternidade nos seus artigos 197 e 198 (PALMER, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012). Louisiana se tornou, com isso, o primeiro Estado norteamericano a permitir legalmente que um filho tenha dois pais, atribuindo-se a ambos as obrigações inerentes à parentalidade (McGINNIS, Sarah. You Are Not The Father: How State Paternity Laws Protect (And Fail To Protect) the Best Interests of Children. *In: Journal of Gender, Social Policy & the Law*, v. 16, issue 2, 2008, pp. 311-334).

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. É imperioso o reconhecimento, para todos os fins de direito, dos vínculos parentais de

origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos. Na doutrina brasileira, encontra-se a valiosa conclusão de Maria Berenice Dias, *in verbis*: “não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. (...) Tanto é este o caminho que já há a possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto no registro do enteado” (Manual de Direito das Famílias. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 370). Tem-se, com isso, a solução necessária ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

No caso concreto trazido à Corte pelo Recurso Extraordinário, infere-se da leitura da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Família da Comarca de Florianópolis e dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a autora, F. G., ora recorrida, é filha biológica de A. N., como ficou demonstrado, inclusive, pelos exames de DNA produzidos no decorrer da marcha processual (fls. 346 e 449-450). Ao mesmo tempo, por ocasião do seu nascimento, em 28/8/1983, a autora foi registrada como filha de I. G., que cuidou dela como se sua filha biológica fosse por mais de vinte anos. Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade, devendo ser mantido o acórdão de origem que reconheceu os efeitos jurídicos do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança.

Ex positis, nego provimento ao Recurso Extraordinário e proponho a fixação da seguinte tese para aplicação a casos semelhantes: **“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”**.

É como voto.