



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Tatiana Dias da Cunha Dória

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número da candidata: 20161175

Setembro de 2019

Lisboa

“Ao meu pai (in memoriam), à minha mãe, meu marido e à minha filha que, com muito carinho, apoio e paciência, não mediram esforços para que pudesse concluir mais esta etapa da minha vida.”

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo presente da vida e por me permitir realizar mais essa etapa, por me permitir errar, aprender, tentar e conseguir. Obrigado por ter me presenteado com uma família tão especial, compreensiva, motivadora.

Ao meu pai João (*In memoriam*) que não mediu esforços para dar o melhor a mim, que sempre me incentivou nos estudos, mesmo não tendo tido oportunidade de cursar uma faculdade, sabia que o estudo era o caminho certo. Tenho certeza que estaria orgulhoso de ver a filha se tornar Mestre.

À minha mãe Fátima, por toda compreensão, companheirismo, incentivo e por abdicar momentos de sua vida para cuidar da minha. Sinto-me orgulhosa e privilegiada por ter uma mãe tão especial quanto você.

Ao meu irmão Renan por, de maneira enviesada, sempre aplaudiu os meus esforços e abdições em momentos em família, para me dedicar aos meus estudos.

Ao meu amado marido Adevilson Maia, por tamanho incentivo em todos os meus projetos de vida, sejam eles pessoais, profissionais ou acadêmicos, por mover o “mundo” para que pudesse continuar trilhando o caminho para a realização pessoal. Obrigada pela compreensão e apoio em tantos momentos difíceis nesta longa jornada. Obrigada por estar ao meu lado, mesmo depois de tantas ausências em inúmeros momentos de lazer perdidos e em datas especiais. Mesmo que escrevesse todas as páginas dessa Dissertação, não seriam suficientes para agradecer por tudo que já fez por mim. Muito obrigada!

À minha princesa “pirulita” Mariah, por ter me proporcionado sentir o amor incondicional e a riqueza de ser Mãe de você! Obrigada por, mesmo com sua tenra idade, pois contava com apenas 3 aninhos quando comecei o curso, ter sido tão compreensiva com a minha ausência, o que me fortalecia a continuar e concluir o Mestrado. Te amo!

À Professora Doutora Stela Barbas pela preciosa orientação, competência, profissionalismo e dedicação que foram de suma importância para o desenvolvimento do trabalho. Obrigada por acreditar em mim e sempre estar disposta a ajudar no que fosse necessário para o aprimoramento das pesquisas e conclusão do trabalho. Tenho certeza que não teria finalizado sem o seu infundável apoio, uma verdadeira Mestre.

Aos Professores da Universidade Autônoma de Lisboa por compartilharem seus preciosos conhecimentos.

Aos meus caros amigos da Turma 12 do Mestrado, que me acolheram como um verdadeiro membro da família, em especial às minhas amigas de “casa” Marcielly Garcia, Marcielly Rosa e Márcia, que me apoiaram e me deram colo quando mais precisei no curso de Mestrado, meu muito obrigada!

A todos os funcionários da Universidade Autônoma de Lisboa, em especial à Roberta, que sempre me atendeu com muita presteza, atenção e carinho.

A todos aqueles que contribuíram de forma direta ou indireta para a realização desta dissertação, o meu Muito Obrigada.

RESUMO

Buscou-se com o presente trabalho verificar a importância do Ordenamento Jurídico Brasileiro em reconhecer extrajudicialmente a filiação socioafetiva, concedendo os mesmos direitos e deveres que são atribuídos aos filhos biológicos, de forma mais célere e menos dispendiosa que a via judicial, permitindo que as situações de fato que ficavam à margem da sociedade, passassem a ter proteção pelas leis do ordenamento jurídico, atendendo aos princípios universais como o da igualdade entre os filhos, melhor interesse da criança e adolescente e da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, demonstramos que ao permitir o reconhecimento de filiação socioafetiva diretamente nos Cartórios de Registro Civil trouxe maiores benefícios aos cidadãos que se encontravam nessa situação, indo ao encontro da evolução das famílias, que não se resumem mais ao modelo tradicional, consagrado antigamente pelas religiões. A presente Dissertação pretendeu demonstrar os benefícios que essa possibilidade traz aos interessados, assim como o avanço da legislação brasileira está repercutindo em Portugal, trazendo como exemplo a Petição 451/XIII/3 protocolada na Assembleia da República para proposta de Emenda possibilitando o reconhecimento de filiação socioafetiva inspirada nos grandes avanços conquistados pela legislação brasileira.

Palavras Chave: Filiação; Histórico; Socioafetiva; Efeitos; Legislação Brasileira; Legislação Portuguesa.

ABSTRACT

The purpose of this study was to verify the importance of the Brazilian Legal System in extrajudicially recognizing the socio-affective affiliation, granting the same rights and duties that are assigned to biological children, in a faster and less expensive way than the judicial process, allowing situations in fact that they were on the margins of society, would be protected by the laws of the legal system, in accordance with Brazilian principles such as equality between children, the best interests of children and adolescents, and the dignity of the human person. In this context, we show that by allowing the recognition of socio-affective affiliation directly in the Civil Registry Offices, it brought greater benefits to the citizens who were in this situation, meeting the evolution of families, which are no longer limited to the traditional model, This dissertation aimed to demonstrate the benefits that this possibility brings to the interested parties, as well as the advancement of the Brazilian legislation, is having repercussions in Portugal, taking as an example the Petition 451/XIII/3 filed in the Assembly of the Republic for proposal of Amendment allowing the recognition of socio-affective affiliation inspired by the great advances achieved by Brazilian legislation.

Keywords: Affiliation; Historic; Socio-affective; Effects; Brazilian legislation; Portuguese legislation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 FAMÍLIA E FILIAÇÃO	11
1.1 O que é filiação socioafetiva?	11
1.2 A evolução do núcleo familiar	15
1.2.1 A família na antiguidade	15
1.2.2 O estudo da família na idade média sob a forte influência do código canônico	17
1.2.3 O surgimento do protestantismo e os reflexos na estrutura familiar.....	19
1.2.4 O avanço na configuração das famílias.....	20
1.3 Reconhecimento da tutela constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e afetividade	24
1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	26
1.3.2 O fim do tratamento desigual por meio do princípio da igualdade.....	27
1.3.3 Afetividade como valor e princípio do direito de família e princípio do melhor interesse da criança	29
1.4 Análise comparativa da evolução do instituto da união estável como uma forma de família-semelhante ao processo evolutivo da filiação socioafetiva	33
1.4.1 Requisitos para caracterização do instituto	37
1.4.1.1 Da União Estável no Brasil.....	37
1.4.1.2 Da União de Facto em Portugal	41
1.4.1.3 Comparativo dos institutos luso-brasileiro	43
2 PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE	46
2.1 Filiação	46
2.1.1 Conceito	46

2.1.2 A filiação no direito brasileiro na vigência do Código Civil de 1.916.	48
2.1.3 Semelhanças entre a “adoção à brasileira” e “apadrinhamento civil” do Direito Português.....	50
2.2 Legislação reconhecendo a filiação socioafetiva	52
2.3 Da Multiparentalidade.....	55
2.3.1 Efeitos	59
2.3.1.1 Dos alimentos.....	59
2.3.1.2 Da guarda e do direito de visitação	63
2.3.1.3 Impedimento Matrimonial	67
2.3.1.4 Da sucessão – direitos e deveres sucessórios.....	69
2.3.1.5 Ação negatória de filiação socioafetiva	75
2.3.1.6 Reconhecimento da filiação socioafetiva post mortem	80
2.3.1.7 Poder familiar: emancipação. Autorização para casamento. Representação do relativamente incapaz. Usufruto dos bens dos filhos menores. Responsabilidade pela reparação civil.....	82
3 FORMAS DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	84
3.1 No Brasil	84
3.1.1 Reconhecimento voluntário diretamente no cartório	84
3.1.2 Escritura Pública	91
3.1.3 Decisão Judicial	93
3.2 Em Portugal.....	95
3.2.1 Reconhecimento diretamente nas Conservatórias do Registro Civil.....	102
3.2.2 Decisão Judicial	103

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, nos dispusemos a dissertar sobre a evolução histórica da entidade familiar e os reflexos que trouxe para as sociedades ao longo do tempo, como a mudança de olhar do que realmente é considerada uma família, não apenas àquelas oriundas de laços consanguíneos, mas sim, as decorrentes dos elos afetivos.

A família é o ponto de partida de todo indivíduo, uma vez que assegura o crescimento e o pleno desenvolvimento humano, cumprindo, portanto, um importante papel nas relações sociais como um todo.

A base da organização do Estado como conhecemos, foi fortemente influenciada pela organização das famílias. Sabemos que em seus primeiros moldes a principal preocupação era a continuidade do núcleo familiar sem se levar em consideração o que há de mais importante, o afeto.

No Primeiro Capítulo, abordaremos a gênese da família nas civilizações antigas e como a religião exercia papel determinante nas relações interpessoais, sendo que muitas vezes, não era o laço sanguíneo que falava mais alto, mas sim, os laços desenvolvidos pelo compartilhamento de um mesmo culto.

Demonstraremos a forte influência da igreja católica, a sacralização do matrimônio, que era considerado o único ato capaz de constituir uma família, inclusive fazendo uma comparação de sua evolução, o que levou os ordenamentos jurídicos brasileiro e português a aceitarem as uniões estáveis e uniões de facto, demonstrando uma mudança de paradigma no que tange ao conceito de família. Iremos abordar os princípios que sustentam o reconhecimento da filiação socioafetiva, como o da dignidade da pessoa humana, igualdade e afetividade,

Com a ocorrência das revoluções industrial e francesa, começou-se a ter uma maior preocupação com o que o ser humano sente, começando a olhar para a pessoa como um ser com sentimentos e vontades próprias, dando origem as relações de afeto.

No Segundo Capítulo iremos tratar sobre a parentalidade socioafetiva e multiparentalidade, a legislação aplicável, assim como os efeitos trazidos pela multiparentalidade decorrente desse reconhecimento de filiação socioafetiva.

Por fim, no Terceiro Capítulo será tratado especificamente sobre as formas de reconhecimento de filiação socioafetiva já aceitas no Brasil, assim como estudaremos

as formas de reconhecimento de filiação em Portugal, que por enquanto não há legislação, assim como jurisprudências que permitam o reconhecimento de filiação socioafetiva.

Com o avanço da sociedade, novos modelos familiares foram e ainda continuam surgindo, devendo a comunidade jurídica se adaptar e dispor de elementos para regulamentar os inúmeros efeitos que podem surgir dessas relações familiares.

Sabemos que ainda não temos uma legislação concreta sobre esse tema, mas vários doutrinadores de renomes já veem se posicionando sobre o assunto, assim como há jurisprudências dando concretude ao direito nestas novas relações.

A ampliação do conceito da filiação é algo evidente em nosso ordenamento jurídico e, portanto, a normatização de tal realidade jurídica se mostra de suma importância para que não haja conflito entre a consanguinidade e o afeto gerando discrepâncias nos tratamentos aos filhos.

Dessa maneira, levando em consideração a importância da proteção da entidade familiar e sua influência no desenvolvimento da personalidade, abordaremos a relevância do afeto e a possibilidade do reconhecimento de filiação socioafetiva perante o extrajudicial, o que possibilitou a efetivação do Estado Democrático de Direito por meio da desjudicialização do procedimento, facilitando o acesso à concretude dos direitos.

1 FAMÍLIA E FILIAÇÃO

1.1 O que é filiação socioafetiva?

Para conceituar ou, pelo menos, tentar delimitar o que vem a ser filiação socioafetiva, faz-se necessário conceituar o que é parentesco sob o ponto de vista jurídico.

Para o doutrinador Diogo de Campos Leite¹ parentesco é “(...) é uma relação de sangue: são parentes as pessoas que descendem umas das outras (parentesco em linha recta ou directa), ou descendem de progenitor comum (parentesco em linha transversal ou colateral).”

O artigo 1.593 do Código Civil² estabelece como se dá o parentesco: “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

O doutrinador Lôbo³ busca conceituar parentesco nos seguintes termos:

(...) o vínculo jurídico, estabelecido pela lei ou por decisão judicial, entre pessoas, Principalmente em decorrência de relações familiares, que as identificam como pertencentes a um grupo social que as enlaçam num conjunto de direitos e deveres. (...). Para o direito, [...] o parentesco não se confunde com família, ainda que seja nela que radique suas principais interferências, pois delimita a aquisição, o exercício e o impedimento de direitos variados, inclusive no campo do direito público. Por outro lado, a família, para diversas finalidades legais, pode estar contida na relação entre pais e filhos, constitutiva do mais importante parentesco, a filiação.

Acrescenta a doutrinadora Maria Berenice Dias⁴ que:

Parentesco e família não se confundem, ainda que dentro do conceito de família esteja contido o parentesco mais importante: a filiação. As relações de parentesco são identificadas como vínculos decorrentes da consanguinidade e da afinidade, ligando as pessoas a determinado grupo familiar.

De mais a mais, cumpre asseverar que o termo "outra origem" permite o reconhecimento do parentesco além das hipóteses expressamente previstas em lei, como o

¹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de- **Lições de Direito de Família**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 29.

² LEI nº. 10.406/2002. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (11-01-2002), p. 1.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto- **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693**. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI. p.26.

⁴ DIAS, Maria Berenice- **Manual de direito das famílias**. 8. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.345

biológico e afinidade. Assim, permite-se reconhecer o parentesco decorrente de adoção, de inseminação artificial heteróloga e da relação socioafetiva.

A doutrinadora Maria Berenice Dias conceitua filiação socioafetiva como a que “é definida quando se está presente o que se chama de posse de estado de filho: é reconhecido como filho de quem sempre considerou seu pai”.⁵

A maternidade ou paternidade não pode estar ligada apenas à verdade biológica, mas sim, ao real elemento basilar de uma relação entre pessoas – o afeto-, pois, mais importante do que ter nas veias o mesmo tipo sanguíneo pulsando, é partilhar os momentos, é se doar com sentimentos e receber mais afeto em troca.

A figura do pai diferencia-se da do genitor, como bem explicita o antigo ditado popular que “Pai é quem cria”, podemos concluir que genitor é quem gera. A paternidade:

(...) envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos, principalmente, na convivência familiar durante a infância e adolescência. A paternidade é múnus, direito dever, construída na relação afetiva, e assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação, isto é, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar “(art. 227 da Constituição). É o pai quem assumiu esses deveres, embora não seja o genitor.”⁶

O jurista João Baptista Villela⁷, então Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, escreveu no ano de 1979 sobre a *desbiologização da paternidade*, veja:

(...) a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao

⁵ DIAS, Maria Berenice- **Manual de direito das famílias**. 5.^a ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.46.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto- **A paternidade socioafetiva e a verdade real**. Revista CEJ [Em linha] n. 34. Brasília:2006, p.16. Consult. 26 de fevereiro de 2019]. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/723/903>>.

⁷ VILLELA, João Baptista- Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito-UFMG**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito. ISSN 0304-2340. Ano XXVII, n. 21, (1979). p. 400-418. p. 400-418.

esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade.

Seguindo essa linha de raciocínio, ensinam Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona que: “Descortina-se, hoje, na vereda da afetividade, o importante reconhecimento das relações filiais desbiologizadas, mitigando-se, assim, com Justiça, o entendimento, até então dogmático, da supremacia genética decorrente do laudo de exame de DNA, [...]”⁸

O laço de afetividade consubstancia-se com o reconhecimento mútuo entre os indivíduos da filiação, construída a partir da afinidade, cuidado e zelo daquele que meramente possui o estado de pai/mãe.

A presença dos elementos acima mencionados, colaboram para o bom desenvolvimento da personalidade daquele que é tratado como filho, nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança.”⁹

Com o reconhecimento da socioafetividade, passa-se a garantir e a estender ao filho afetivo todos os direitos que a filiação biológica ou a adotiva detém.

O reconhecimento pela esfera jurídica da verdade socioafetiva, não é menos importante que a verdade biológica, contudo demonstra que na realidade é o afeto que rege as relações humanas e não apenas os laços consanguíneos.

Marcos Costa Salomão assevera¹⁰:

De qualquer forma, independente da forma de paternidade, se afetiva ou biológica, um fator importante é o reconhecimento do pai em relação ao filho. Não apenas o reconhecimento jurídico, mas também o reconhecimento da importância da pessoa e do seu lugar dentro da família. Reconhecer um filho, de sangue ou não, é um ato de fraternidade e solidariedade, que está sob o manto da dignidade humana.

⁸GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**: volume VI - Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 628.

⁹ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número REsp 450.566/RS, TERCEIRA TURMA, de 03 de Maio de 2011.

¹⁰ SALOMÃO, Marcos Costa – **A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ**. [Em linha]. [Consult. 26 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>

Stela Marcos de Almeida Neves Barbas¹¹ pontua que: “O aspecto biológico é necessário mas não é suficiente para criar a relação humana autêntica; e a paternidade não deve corresponder a uma operação puramente fecundativa. Não é a proveta sozinha que pode distribuir a paternidade em plenitude.”

Pode-se afirmar que toda essa construção doutrinária e jurisprudencial é a confirmação de um antigo ditado popular - *pai é quem cria*, o que denota a clara valorização do afeto como valor jurídico.

No estágio evoluído que nosso Ordenamento Jurídico se encontra, não há mais que se fazer a distinção ou maior proteção de uma em detrimento da outra, mas sim, reconhecer que a filiação se trata de um direito inerente a personalidade.

A parentalidade socioafetiva pode ser conceituada como a filiação nascida a partir do afeto partilhado entre indivíduos, que não estão ligados pelo laço da consanguinidade.

Não podemos olvidar que todo ser humano é detentor de uma carga genética dos seus pais, mas que a carga cultural e social contribuem, e muito, para o desenvolvimento da pessoa como um todo.

Nesse sentido, a Doutora Stela Barbas nos ensina que:

O ser humano é herdeiro de uma carga genética dos seus pais mas, também de um património cultural: fala a língua, recebe o seu nome, aprende os seus modos e hábitos e, ainda, de um património social: fica inserido num conjunto de relações sociais que não precisou escolher. Dissociar a estrutura do parentesco equivale a romper com o espaço fundamental que a família representa para o desenvolvimento do ser humano.¹²

A conceituação acima descrita é bem ampla e corrobora os ensinamentos de Belmiro Pedro Welter:

Filiação afetiva pode também ocorrer naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção, denominado filho de criação, (des) velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim família, “cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família cujo único vínculo probatório é o afeto.”¹³

¹¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves- **Direito ao património genético**. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 166.

¹² *Idem- Ibidem*.

¹³ WELTER, Belmiro Pedro- **Filiação biológica e socioafetiva: igualdade**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 2002, p.133, nº14.

Diferentemente do pensamento trazido acima, assevera sobre a conceituação de filiação socioafetiva Fábio Ulhoa Coelho¹⁴ “a filiação socioafetiva como aquela que se constituiu pelo relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente”.

O fenômeno da multiparentalidade vem ocorrendo com maior frequência no ordenamento jurídico brasileiro, por refletir nova realidade social.

Há quase que um predomínio nas sociedades contemporâneas da existência de núcleos familiares plurais, que surgem da reconstrução dessas após o término de um relacionamento, onde um ou ambos os indivíduos possui filhos e vem a se relacionar com outra pessoa.

O desenvolvimento do laço afetivo entre a criança ou adolescente com o novo companheiro de seu genitor pode vir a se tornar tão forte que perante a sociedade passam a ser reconhecidos como verdadeiros pais e filhos, em razão do zelo, cuidado e a plena assistência que é dado ao infante.

Com o surgimento de tais afeições e mesmo havendo genitores biológicos, podemos afirmar que surge o instituto da multiparentalidade que possibilita a existência da dupla maternidade/paternidade de forma pacífica.

1.2 A evolução do núcleo familiar

1.2.1 A família na antiguidade

Podemos afirmar que a família é a entidade que mais sofreu alterações em sua composição ao longo dos séculos. Os primeiros núcleos familiares constituídos durante a idade antiga, por exemplo, tinham a religião como elemento principal, não sendo necessária a existência de sentimentos.

Na antiguidade, durante o período compreendido entre os séculos VIII a.C., e o século V d. C., as famílias se organizavam em torno da figura do pai de família, conhecido como *pater familias*. Todo o poder dentro do grupo se concentrava nas mãos dessa figura, cabia a ele todas as decisões de cunho patrimonial e pessoal.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa- **Curso de Direito Civil. v. 5.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Dentre as decisões pessoais que essa figura poderia tomar em relação aos seus filhos, tinha a de decidir sobre a vida ou a morte deles, bem como a venda e transformação em escravo como forma de punição.

Relacionando as demais atribuições que cabiam ao *pater*, ensina Caio Mario da Silva Pereira que:

O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritari*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis demintuio pérpetua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ingnoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.¹⁵

Da lição trazida acima por esse ilustre civilista, podemos chegar à conclusão de que a autoridade emanada pelo *pater* era absoluta e que cada um dentro da família exercia seu papel previamente determinado, como o da mulher que tinha como função cuidar dos filhos.

Cada entidade familiar tinha como característica peculiar a religião. Entre os antigos, cada família cultuava seus mortos, que eram tidas como verdadeiras divindades.

Cultuar os mortos era o principal motivo para a continuação da família, pois aqueles que não tivessem filhos deixariam sua religião cair em esquecimento, o que era algo imperdoável para esta sociedade.

Frise-se que o dever de cultuar os mortos cabia somente ao filho homem, uma vez que a filha mulher, no ato do casamento, deixaria de cultuar suas divindades para poder adorar os ancestrais de seu marido.

A continuidade da família era algo tão importante que aquele que não tivesse filhos biológicos tinha o dever de adotar um filho homem, para que este pudesse dar continuidade às obrigações que aquele deixaria quando falecesse. Ensina Coulanges¹⁶

¹⁵ PEREIRA Caio Mário da Silva- **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**- 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.31.

¹⁶ COULANGES, Fustel de- **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 1984.p. 53.

que “o adotado será, ao contrário, um verdadeiro filho, porque, se não tem o laço de sangue, terá algo ainda melhor, a comunidade do culto”.

Outro costume muito comum nessa sociedade visando a continuação do grupo familiar era a substituição dos membros que a compunham pois, se descobrissem que a família não estava continuando por causa de infertilidade da mulher, ela era devolvida; já quando o problema estava na esterilidade do homem ou caso este falecesse antes de ter filhos, caberia ao seu irmão ou parente mais próximo substituí-lo.¹⁷

Acima de qualquer outra coisa, era ensinado para essa sociedade que independentemente da existência ou não do parentesco consanguíneo, a família deveria continuar pelo fato de algo muito maior estar envolvido, o culto dos antepassados.

Mesmo sendo uma sociedade com algumas características tão peculiares quando o assunto era a continuação da célula familiar, havia uma clara distinção na forma como eram tratados os filhos. Ao filho homem mais velho, eram transferidos a herança e todas as atribuições que cabiam ao *pater*; já a filha mulher e o filho emancipado não eram sujeitos de direitos.

A filha mulher era tratada de forma desigual, pelo fato de que ao contrair núpcias, esta abdicava de sua família e de seu culto para cultuar os ancestrais de seu esposo, pois não havia que se falar em liberdade de culto.

O fundamento dessa disposição é de que apenas ao varão eram transmitidos os direitos de herança, pois este seria o responsável pela perpetuação do culto da religião paterna, uma vez que a herança acompanha o culto.

Ao filho emancipado era denegado esse direito, porque no ato de sua emancipação este se desligava de todas as formas de sua família.

1.2.2 O estudo da família na idade média sob a forte influência do código canônico

Diferentemente do que ocorria nas sociedades greco-romanas, que tinham como base da estrutura familiar seus cultos específicos (cada casa possuía sua divindade), o direito canônico é marcado por apenas uma religião, o cristianismo.

¹⁷ *Idem*. p. 63.

Diogo Leite de Campos¹⁸ acrescenta:

O matrimónio romano clássico não era celebrado através da realização de actos taxativamente determinados, adequados à produção do vínculo matrimonial e dos efeitos jurídicos a ele ligados. Enquanto, ainda hoje, nos Direitos de raiz europeia, o vínculo conjugal nasce de um contrato, da troca de declarações de vontade inicial, salvos os casos, pré-fixados no ordenamento, de interrupção ou de dissolução do vínculo. Pelo contrário, o matrimónio romano clássico é um estado assente num consenso.

O direito canónico surge a partir de meados do século V, em razão da decadência da estrutura da idade antiga. Um dos reflexos mais notáveis desse direito é que, sob o óbice da religião, retira do *pater* a responsabilidade de ser o chefe do culto religioso e o transmitem às mãos do chefe da Igreja Católica Apostólica Romana. Em decorrência deste fato, as famílias se constituem apenas por meio de uma cerimônia religiosa, que elevou o casamento ao patamar de sacramento.

Apenas se constituiria a família por meio do casamento e, em razão disso, a Igreja passa a combater de forma severa tudo aquilo que pudesse denegrir o seio familiar, tais como o aborto, o adultério e o concubinato, que se tornaram sob a ótica cristã, condutas criminosas.

O Direito Canónico estabelece que o casamento é o instrumento pela qual a família é criada, não podendo ser dissolvido por meio da livre vontade dos cônjuges baseado no preceito bíblico “*O que Deus uniu, não poderá jamais o homem separar*” (*Marcos 10:8,90*). Evidenciando assim, que apenas pela morte é que o casamento se extinguiria.

Observar-se-á que entre os Cidadãos Antigos, o divórcio era uma forma de extinguir o vínculo matrimonial e familiar desde que fundado nas leis estabelecidas por estes, enquanto que no Direito Canónico, somente haveria a extinção com a morte, conforme dispõe o Código Canónico¹⁹: “*Cân. 1141 — O matrimónio rato e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa além da morte.*”

¹⁸ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de- **Lições de Direito de Família**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 70.

¹⁹CODIGO DE DIREITO CANÔNICO-1983- Tradução Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Comentada por Jeús Hortal. 1º ed. São Paulo: Edições Loyola, 1983.

No transcorrer da Idade Média, a religião e a procriação continuaram intimamente ligadas derivando do preceito bíblico: "*Crescei e multiplicai-vos. Ide e enchei a terra*" (Gênesis 9:7). Assim o casamento tinha por finalidade a geração de filhos, razão pela qual as famílias eram muito numerosas.

Além disso, importante citar o exemplo trazido pela Doutora Stela Barbas²⁰ quando faz alusão aos Mossi, do Alto Volta, que:

(...) os chefes têm diversas mulheres (dez, quinze, vinte) algumas das quais podem ser estéreis. Para “esconder” a esterilidade, os bebês nascidos são divididos por todas as mulheres (inclusive pelas que são fecundas). Todas elas criam as crianças como se fossem seus filhos (mesmo que na realidade não o sejam). Existem expressões diferentes para designar as mães que deram à luz e as restantes. As crianças só poderão conhecer a verdadeira identidade genética da sua mãe quando atingirem a idade adulta. E tais dados só são revelados para evitar casamentos dentro da mesma família.

Logo, podemos vislumbrar que não é recente a importância do afeto nas relações paternas e que, por diversas vezes, considerava-se mãe/pai aquele que de fato criava o seu “filho”.

1.2.3 O surgimento do protestantismo e os reflexos na estrutura familiar.

A influência exercida pela igreja católica tanto na estrutura governamental como na estrutura familiar começa a perder força em meado do século XVI, quando diversos países se insurgem contra o poder exercido pela igreja.

A criação de leis que disciplinavam o casamento foi o primeiro passo tomado para se libertar dos desígnios da igreja.

A manutenção apenas dos entes de cada família é deixada em segundo plano e se passa a pensar no bem-estar e desenvolvimento social, uma vez que a manutenção da qualidade de vida nesse período é feita por todos os membros da entidade familiar. Uma das motivações nesse modo de agir está a revolução industrial, que muito contribuiu para o início da mudança do modelo de família fechado.

²⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves- **Direito ao património genético**. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 144.

Todavia, ainda não podíamos falar em um núcleo familiar construído com base nas afeições, conforme ensina Bevilaqua²¹ que “no direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade.”.

Os ideais das pessoas realmente começam a mudar com a revolução francesa, como essa estava pautada em liberdade, igualdade e fraternidade, as sociedades puderam enxergar novos modelos de famílias, desvinculados da igreja.

O afeto passa a ser levado em consideração como elemento norteador das relações interpessoais no século XIX, em razão da forte influência da literatura romancista, contrariando as concepções das épocas anteriores que se baseavam na crença religiosa e na razão para se constituir o seio familiar.

1.2.4 O avanço na configuração das famílias

As famílias remontam há muitos e muitos anos, não sendo possível determinar um período exato em que ela surgiu, assim como não é possível mencionar a origem das famílias.

Segundo a escritora Shirley Hill²², a família está intimamente interligada à forma como determinada sociedade se organiza, em razão das necessidades de cada momento e época.

Hironaka²³ nos ensina que a família:

(...) é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos. Sabe-se, enfim, que a família é, por assim dizer, a história e que a história da família se confunde com a história da própria humanidade.

A união entre membros de um mesmo grupo formava a família consanguínea²⁴, não existindo o matrimônio.

²¹ BEVILAQUA, Clóvis- **Direito da família**. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p.16.

²² HILL, Shirley A. – **Families: A social class perspective** [Em Linha]. Los Angeles: Sage, 2012. [Consult, 14 Fev 2019. Disponível em <https://www.worldcat.org/title/families-a-social-class-perspective/oclc/694393963>

²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes- **Família e casamento em evolução**. [Em linha] Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, 1999. [Consult. 14 de Fev. 2019]. Disponível em www.ceap.br/material/MAT23082011195148.doc.

Antigamente, as relações familiares não eram estruturadas e não havia a monogamia, assim os homens praticavam a poligamia e as mulheres a poliandria, resultando em filhos sem vínculos sanguíneos definidos.²⁵ O acasalamento de pessoas não aparentados ou com grau de parentesco distante, as chamadas relações exogâmicas, começaram a ser mais aceito, já que geravam maiores chances de sobrevivência dos nascituros.

O valor funcional da exogamia seria o de manter a sobrevivência dos grupos. As trocas estabelecidas entre os diferentes grupos através dos casamentos manteriam a coesão dos agrupamentos, evitando o fracionamento e o isolamento dos mesmos em pequenas unidades de famílias consanguíneas. As alianças formadas entre os grupos pelos casamentos fortaleciam redes de parentesco, asseguravam a paz entre diferentes grupos, garantiam a reprodução e a multiplicação da força de trabalho necessárias à sobrevivência.

Com o passar do tempo, as relações interpessoais foram se organizando e começaram a se formar em torno de uma única liderança ancestral, conhecido como “patriarca”, o qual simboliza a proteção dos descendentes, compartilhando parentesco e patrimônio.

Esses conjuntos de pessoas, unidos por laços consanguíneos de parentesco, foram o primeiro modelo de família, que eram denominados de *clãs*.

O desenvolvimento territorial e populacional desses *clãs* desencadeou a formação das primeiras tribos, ou seja, comunidades formadas por descendentes.

Naquela época, o casamento era o padrão das uniões e assim perdurou por muitos e muitos anos.

O casamento nas tribos era regulamentado pelos costumes, que também regimentava a sua realização e, caso houvesse a união de casais que não seguissem os costumes, era considerado um fato social e essas pessoas eram fadadas a existirem à margem do seu clã.²⁶

²⁴ ENGELS, Friedrich- **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. [Em linha].Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. [Consult. 10 Jan. 2014]. Disponível em: <https://professorstiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/engels-a-origem-da-familia-da-propriedade-privada.pdf>>.

²⁵ *Idem – Ibidem*.

²⁶ XAVIER, Fernanda Dias - **União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade** [Em linha]. Brasília: TJDF, 2015. [Consult. 10 Jan 2019] Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e--books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento>>.

Dessa maneira, as uniões entre pessoas se apresentavam de diversas formas, tanto pelo casamento, quanto as não celebradas pelo matrimônio, assim como as que não tinham o objetivo de constituir família.

Vários relatos bíblicos revelam relações extramatrimoniais, nas quais os homens praticavam relações poligâmicas, com esposas e concubinas.

A Idade Média trouxe relevantes mudanças, pois ao lado da família, constituída pelo casamento, verificou-se a *frèreche*, decorrente da linhagem de gerações, em que agrupava indivíduos de diferentes gerações. Era considerada uma:

família do tipo extensa ou abrangente, que incluía outros parentes, amigos e vassalos” (...) “na família feudal da Idade Média era a linhagem, e não o casamento, que estava no centro da vida familiar. A mulher era considerada como pertencente à linhagem do marido e quando este morria ela era excluída da linhagem. (...) [A família] mantinha laços comunitários de dependência com a aldeia, a qual regulava a vida cotidiana através dos costumes e da tradição. (...) A mãe camponesa dividia a criação dos filhos com outras mulheres da comunidade, não estando tão isoladas quanto na família burguesa. Além disso, na medida em que as mulheres precisavam trabalhar, as crianças não eram o centro da vida familiar, nem o papel materno idealizado como viria a ser mais adiante.²⁷

O mesmo doutrinador explica:

A partir do século XIV, processos importantes marcam a separação definitiva entre família e linhagem. A prática costumeira do filho primogênito suceder o pai em todo o patrimônio existiu desde a Antiguidade, atravessando os séculos e permeando diferentes sociedades, até a Revolução Francesa. Esta prática funcionou como uma estratégia de proteção patrimonial, dando ao patriarca da família, o direito e o dever de conservar os bens comuns, como: i) o enfraquecimento da figura da mulher, tornando-se, praticamente, uma incapaz, de modo que seus atos deveriam ser autorizados pelo marido ou pela justiça; ii) a consolidação da autoridade patriarcal, nos moldes da Roma Antiga, por meio da qual mulher e filho estariam submetidos ao poderio do marido/pai; e c) a retomada do antigo direito à primogenitura - em contraposição à solidariedade da linhagem -, onde o *pater* e, posteriormente, o filho primogênito administrariam todo o patrimônio da família.²⁸

A maior influência sobre o conceito de família decorrerá do Direito Canônico, que trouxe a sacralização do casamento.

A cerimônia do casamento, até então, era realizado pelo pai da noiva, vindo a ser substituído pelo sacerdote católico, contribuindo para aproximar leigos à religião.

²⁷ ARIÈS, Philippe - **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981. pag.211.

²⁸ *Idem- Ibidem*

O Direito Canônico possibilitou que o casamento unisse uma entidade de cunho físico e espiritual, indissolúvel, de modo que só a morte poderia dissolvê-lo.²⁹

O Concílio de Trento (1553) foi proposto com o escopo de definir maneiras de enfrentamento dos efeitos da reforma protestante, uniformizando normas, padrões e procedimentos para a celebração do casamento.

O instituto do casamento, entretanto, tornou-se subordinado à autoridade eclesiástica, que estaria incumbida em zelar pelos impedimentos oficiais, como por exemplo, regulamentar as dispensas nos casos cabíveis; proibir a coabitação de noivos; assegurar a bênção do pároco como requisito para o matrimônio; e garantir a publicidade da cerimônia com a exigência de duas testemunhas.³⁰

Ao ser sacralizado o matrimônio, a Igreja se tornou a legítima fonte da entidade familiar. O Direito Canônico passou, assim, a ter especial influência nas raízes históricas e culturais do Direito Civil Ocidental³¹

Por outro lado, o concubinato foi condenado pela Lei Canônica, sendo admitido apenas como um casamento “clandestino” ou “presumido”.

As revoluções liberais que vieram depois, embasadas nos princípios de igualdade e liberdade, não conseguiram alterar o efeito das discriminações das famílias não decorrentes do casamento, inclusive não lhes dava qualquer tipo de proteção.

O direito das concubinas só foi reconhecido com um julgamento do tribunal em Rennes, na França, em 1883, que possibilitou à concubina o direito em receber uma parte dos bens deixados pelo seu companheiro pré-morto a título de serviços prestados.

Somado a outros julgados no mesmo sentido, foi editada a primeira lei civil francesa disciplinando o instituto do concubinato, editada em 16 de novembro de 1912, cuja Lei acabou por influenciar inúmeros textos normativos pelo mundo, mormente no Ocidente, como

²⁹ DIAS, Maria Berenice- **Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo CPC**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <http://docs10.minhateca.com.br/995240871,BR,0,0,Maria-Berecine-Dias--Manual-de-Direito-de-Fam%C3%ADlia-2016.pdf>.

³⁰ PIMENTEL, Helen Ulhôa - O casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico. **Em Tempos de Histórias**. Brasília. n° 9, (Maio 2005), p. 20-38.

³¹ TAVARES, Osvaldo H- **A Influência do Direito Canônico no Código Civil Brasileiro** [Em linha]. São Paulo: Justitia, v. 47, n.º 132; p. 49-56, out/dez 1985. [Consult. 20 Dez. 2018] Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/zwaz5b.pdf>.

por exemplo, o Código Civil Mexicano de 1928 que previu a regulamentação para a concubina no concernente a alimentos e ordem hereditária, ao passo que a Venezuela (Código de 1942) reconhecia efeitos patrimoniais para o concubinato e a Guatemala (em 1947) adotou o Estatuto das Uniões de Fato, equiparando os efeitos patrimoniais aos do casamento. Já a Colômbia, no ano de 1978, estabeleceu prazo mínimo de dois anos de convivência para que fossem atribuídos efeitos patrimoniais aos concubinos.

1.3 Reconhecimento da tutela constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e afetividade

A filiação era um campo muito sensível e repleto de obstáculos, mas com o passar dos tempos veio superando as barreiras que a legislação vigente lhe impunha e, a partir do momento em que a Constituição Federal passou a se pautar em princípios, como o da dignidade da pessoa humana, igualdade e afetividade, começou a ser possível dar um tratamento igualitários aos filhos, independentemente de sua origem.

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo podemos conceituar a palavra princípio como sendo:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.³²

Ainda, acerca da importância dos princípios dentro de uma ordem constitucional, leciona Robert Alexy que: “Princípios prescrevem que, algo deve ser cumprido da melhor forma possível, dentro das possibilidades práticas e jurídicas”.³³

O estudo dos princípios nos permite a melhor compreensão de seus reflexos no direito de família, ainda mais com a constitucionalização deles, consagrados como fundamentos do Estado Democrático de Direito.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de- **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed.^a. São Paulo: Malheiros, 2014. p.22.

³³ ALEXY, Robert- **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo. 211 ed.^a. 2015.p. 75.

O princípio da afetividade se fundamenta em quatro pilares que representam a evolução da família nas últimas décadas do século XXI, e que se encontram positivados na Constituição Federal de 1988, quais sejam:³⁴

- A) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção como vínculo de parentesco e igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) o reconhecimento da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º);
- d) o direito à convivência familiar, em detrimento da origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput).³⁵

Além disso, a Constituição da República Portuguesa³⁶ também traz a previsão expressa que não pode haver discriminação entre os filhos, independentemente de sua origem.

Artigo 36.º

Família, casamento e filiação

(...) 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

Sobre a não discriminação entre filhos, Diogo de Campos Leite³⁷ escreve:

Na sua vertente formal, o princípio proíbe o uso de designações discriminatórias, como as de “filho ilegítimo”, “natural”, etc., ou quaisquer outras que não se limitem a mencionar o puro facto do nascimento fora do casamento dos progenitores. (...) Sob o ponto de vista material, também se não permite qualquer discriminação: não poderá criar-se para os filhos nascidos fora do casamento um estatuto de inferioridade em relação aos outros que não decorra de insuperáveis motivos derivados do próprio facto do nascimento fora do casamento. (...)

Mais à frente conclui³⁸: “A norma constitucional levou, nomeadamente, à revogação das regras de direito civil que atribuíam melhores Direitos sucessórios aos filhos

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto- **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693**. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

³⁵ *Idem* – *Op. Cit.* p. 42

³⁶ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República I Série**, N.º 86 (10-04-76).

³⁷ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de- **Lições de Direito de Família**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 100.

³⁸ *Idem- Op. Cit.* P. 101.

“legítimos” em relação aos ‘ilegítimos’, ou que limitavam o reconhecimento de certas categorias de filhos ‘ilegítimos’.”

Ao trazer essas previsões, o legislador promoveu a igualdade entre os filhos, excluindo as situações discriminatórias que vigoravam no regime jurídico-constitucional anterior, passando a receber o mesmo tratamento, tanto os filhos havidos ou não em decorrência do casamento, quanto por adoção, sendo detentores dos mesmos direitos e qualificações.

1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Considerado a base de sustentação do ordenamento jurídico contemporâneo e um dos princípios norteadores do direito de família, a dignidade da pessoa humana vem consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.”

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem sua origem nos anos VIII e II a.C., quando surgiram e coexistiram alguns dos maiores nomes da História, como Zaratrusta, Buda, Lao-Tsé, Confúcio, Pitágora e Deutero-Isaías e, é neste período que nasce a Filosofia, provocando uma profunda reflexão da alma humana, com os questionamentos sobre a liberdade e a razão.³⁹

A dignidade é uma:

[...] qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.⁴⁰

A consagração e proteção da dignidade da pessoa humana busca assegurar aos indivíduos uma ampliação da tutela de seus direitos, nesse sentido ensina Moacir Pena Junior:

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder- **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang- As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In **SARLET, Ingo Wolfgang (org). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p.19.

Este princípio constitucional superior aglutina em torno de si todos os demais direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal desde o direito à vida passando pelo direito à liberdade até chegar à realização plena, ao direito de ser feliz. Ele fundamenta-se na valorização da pessoa humana como fim em si mesmo e não como objeto ou meio para consecução de outros fins.⁴¹

O Estado Democrático de Direito pauta-se na promoção dos Direitos Humanos e da Justiça, objetivando a realização dos valores norteadores das relações humanas. Acerca desta afirmação ensina Maria Berenice Dias que “a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”.⁴²

Disciplinar a dignidade da pessoa humana no texto constitucional, demonstra a preocupação do legislador em assegurar os direitos indispensáveis aos seres humanos, e qualquer ato que afronte ou viole esse princípio magno, deve ser reprimido em razão de sua proteção constitucional.

Com a elaboração da Carta Magna de 1.988, percebemos que o legislador constitucional ao consagrar a dignidade, trouxe uma grande inovação para o direito de família, que é o mais intimamente ligado ao bem-estar social, quando no artigo 227, §6º modificou o sistema de filiação e proibiu qualquer distinção dentro da unidade familiar.

1.3.2 O fim do tratamento desigual por meio do princípio da igualdade.

Uma das primeiras leis que buscou trazer um tratamento mais igualitário entre homem e mulher foi a Lei n.4.121/1.962, conhecida popularmente como “Estatuto da Mulher Casada”. Esse diploma legal revogou diversas disposições existentes no Código Civil de 1.916, garantindo o direito de exercer conjuntamente com o marido o

⁴¹ PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

⁴² DIAS, Maria Berenice- **Manual de direito das famílias**. 5.ª ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.67.

pátrio poder e, em caso de declaração de ausência do marido, o exercício sozinho desta atribuição, bem como possibilitou que em caso de desavenças entre o casal sobre o modo de criação dos filhos, àquela poderia buscar o auxílio do Judiciário para obter a solução mais adequada.

A disposição que mais chocou a sociedade à época foi a hipótese de a mulher que fosse desquitada/divorciada poder contrair novas núpcias sem perder os direitos aos filhos da união finda.

Mesmo com tamanho avanço legislativo, a ideia de poder marital dentro da célula familiar, onde cabia ao homem os encargos de sustento do lar e à mulher apenas a boa administração e o zelo pela educação dos filhos, ainda resistia, demonstrando de forma clara a influência do patriarcalismo, conforme a lição trazida por Carlos Roberto Gonçalves:

O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.⁴³

Ao inserir a igualdade e a liberdade como princípios constitucionais no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, encerrou-se a ideia ultrapassada de desigualdade entre homem e mulher, assim como colocou uma pá de cal na diferenciação do tratamento dos filhos pelo artigo 227, §6.º, da Constituição Federal⁴⁴.

Conforme assevera Marcos Costa Salomão⁴⁵:

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto- **Direito Civil Brasileiro: Direito de família. Vol. 6.** 12^a ed., São Paulo: Saraiva, 2015. p.23.

⁴⁴“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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

[...]§ 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.”

⁴⁵ SALOMÃO, Marcos Costa – **A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ.** [Em linha]. [Consult. 26 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>

O princípio da igualdade da filiação foi uma longa batalha do Brasil colonial e da atual sociedade multicultural. Antes da atual Constituição, os filhos eram catalogados conforme a sua origem, cada qual com seus direitos, ou nenhum direito, um resquício histórico, fruto do Domínio da Igreja e consolidado pelo Código de Napoleão.

A Constituição Federal de 1988 encerrou com a discriminação legal que existia em relação aos filhos que não eram frutos do casamento, comparando- os, de forma igualitária, aos filhos nascidos na constância do matrimônio. Os filhos adotivos também receberam o mesmo tratamento. Agora, todos são iguais e possuem os mesmos direitos.

O § 6.º do artigo 227 da Carta Magna ao preceituar que: *“Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”* está se referindo aos elementos constantes nos assentos de nascimento lavrados nos cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, que é o primeiro documento público da pessoa e que dele extrairá todos os outros documentos necessários a sua vida civil.

Insta salientar que o Registrador Civil não poderá mencionar no registro de nascimento o estado civil dos pais, tampouco poderá publicizar se aquele assento é oriundo de mandado judicial, adoção ou reconhecimento de paternidade tardio. Isso se dá para respeitar o princípio da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem.

1.3.3 Afetividade como valor e princípio do direito de família e princípio do melhor interesse da criança

O princípio da afetividade não está expressamente disciplinado no nosso Ordenamento Jurídico, mas talvez seja o afeto o principal princípio norteador das relações familiares.

O afeto começa a ganhar força e *status* de princípio quando as sociedades passam a se preocupar com o bem-estar de seus indivíduos, deixando um pouco de lado os interesses meramente patrimoniais, que durante muitos anos era o principal elemento a se observar para a constituição de um núcleo familiar.

A valorização do afeto dentro do ordenamento jurídico busca assegurar a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não podemos falar nos dias atuais em um núcleo familiar completo e bem desenvolvido sem que esteja presente o principal elemento característico, ou seja, o afeto.

Nesse sentido aduz Sergio Resende de Barros que:

“(...) um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas- de vivência, convivência e sobrevivência- quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e de todo que formam”⁴⁶.

O doutrinador Paulo Lobo⁴⁷ nos ensina que: “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”. A afetividade é um estado psicológico, uma relação de carinho ou de cuidado que uma pessoa tem pela outra.”

A afetividade foi reconhecida como princípio inerente e imanente à ordem civil-constitucional brasileira, como mencionado no voto do Ministro Luiz Fux, citando Fachin, no Recurso Extraordinário 898060/SC⁴⁸:

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.

Embora a Constituição Federal do Brasil não traga expressamente a paternidade socioafetiva em seu texto, de maneira implícita há vários dispositivos que demonstram a

⁴⁶ BARROS, Sérgio Resende de- **A ideologia do Afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM, v.4, n.14, p.9, jul/set.2002.

⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto- O Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: família e sucessões**. Vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.392.

⁴⁸ FUX, Luiz relat.- Acórdão do Supremo Tribunal Federal com o número 898060, de 01 de julho de 2015. [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2019]. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>

importância da afetividade na filiação, como por exemplo podemos citar o artigo 227, § 6.º que equipara a filiação biológica à filiação adotiva, o artigo 226, § 4.º, que conceitua também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, o artigo 226, § 7.º, ao mencionar a paternidade responsável e liberdade do casal no planejamento familiar, assim como no artigo 227, caput, quando se refere à liberdade da criança e do adolescente e o seu direito à convivência familiar.⁴⁹

Ademais, o Código Civil também não cuidou da paternidade socioafetiva de forma expressa, mas pela interpretação do artigo 1.593 é possível abranger essa forma de filiação: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.⁵⁰

À expressão “outra origem” podemos acrescentar a paternidade socioafetiva, tanto é que a redação do artigo 1.593 do Código Civil levou o Conselho da Justiça Federal do Brasil a aprovar diversos enunciados sobre o tema, quais sejam:

Enunciado 103 - Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art.1.593, outras espécies de parentesco civil, além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente, quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho.

Enunciado 256 - Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Enunciado 519 - Art.1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude da socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse de estado de filho, para que produza seus efeitos pessoais e patrimoniais.⁵¹

De mais a mais, importante acrescentar o princípio do melhor interesse da criança, que além de ser decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, está intrinsecamente ligado ao princípio da afetividade.

Salomão explica a origem do princípio do melhor interesse da criança⁵²:

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha- Parentalidade socioafetiva: o ato que se torna relação jurídica. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM. Vol. 9, 2015

⁵⁰ LEI nº. 10.406/2002. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (11-01-2002), p. 1.

⁵¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil, 2002-2013**. Brasília/DF. [Em linha]. Consult. 27 de fevereiro de 2019]. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente surgiu junto com a mudança estrutural da família no século XX, quando ela passou a ser um local de companheirismo e afetividade. Ele aparece, como norma, pela primeira vez, em 1959, na “Declaração Universal dos Direitos da Criança”. Em 1989, a Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a “Convenção sobre os Direitos da Criança” a qual foi resultado do esforço conjunto de vários países para definir quais os direitos humanos comuns a todas as crianças, consagrando a “Doutrina Jurídica da Proteção Integral” que deve ser aplicada de forma integrada entre família, sociedade e Estado.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está descrito no artigo 227 da Constituição Federal Brasileira, onde estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente uma série de direitos com absoluta prioridade.

A regulamentação do prefalado artigo se deu pela Lei n. 8.069/90- Estatuto da Criança e do Adolescente, um microsistema que traz normas de natureza civil e penal que buscam o fortalecimento dos vínculos familiares e, possui como exceção, o encaminhamento para adoção, sempre que isso atender à dignidade e ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente.⁵³

Stela Barbas⁵⁴ nos ensina sobre o princípio da garantia do desenvolvimento integral da criança que:

Com efeito, para garantia do desenvolvimento integral da criança (artigo 69.º da Constituição da República Portuguesa) é ideal ter pai e mãe, como resulta, também, do artigo 68.º deste Diploma ao determinar que os progenitores “têm direito à proteção da Sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos”(número 1) e, ainda, que “a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes”(número 2).

E conclui asseverando que⁵⁵: “Nestes termos, parece indiscutível que, uma vez que a criança tem direito à estrutura biparental da filiação para o seu mais perfeito desenvolvimento, a norma jurídica não deve facilitar a criação de famílias monoparentais.”

⁵² SALOMÃO, Marcos Costa – **A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ.** [Em linha]. [Consult. 26 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva- **Instituições de direito civil: direito de família.** v.5. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁵⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves- **Direito ao património genético.** Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 133.

⁵⁵ *Idem- Ibidem.*

Sobre o tema, Diogo de Campos Leite⁵⁶ escreve:

(...) o artigo 69º da Constituição da República, atribui às crianças um Direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral. O n.2 concede-lhes uma especial proteção da sociedade e do Estado contra todas as formas de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade da família e demais instituições.

Mais uma vez é possível verificar o quanto o reconhecimento da filiação socioafetiva proporciona o respeito aos princípios basilares de proteção à criança, sejam àquelas que já possuem ambos os pais biológicos em seus registros, quanto às que têm apenas um, ou que pelo evento morte, passa a ser criada por um só dos pais biológicos.

Para arrematar, a Stela Barbas⁵⁷ elucida com maestria o que vem a ser o melhor interesse da criança:

A título de curiosidade chamo à colação a célebre sentença de Salomão, prova de sua notória sabedoria, ao dirimir o conflito existente entre duas mulheres que se diziam mãe da mesma criança. A ordem dada ppor Salomão para que se dividisse a criança ao meio é interpretada como sendo um estratagema para descobrir a verdadeira progenitora, através de uma demonstração de amor. Brecht renovou a história na sua lenda do círculo de giz, em que uma vez mais, o verdadeiro afecto pôs termo à querela entre duas mulheres pela posse de uma criança. Em ambos os casos, prevaleceu o que na linguagem de hoje se designa de ‘best interest of the child’.

Logo, vem a fortificar a presença do afeto há muito tem na história da civilização.

1.4 Análise comparativa da evolução do instituto da união estável como uma forma de família-semelhante ao processo evolutivo da filiação socioafetiva

Em razão da colonização portuguesa e da influência direta da Igreja Católica no Brasil, durante muito tempo só se reconheceu o casamento como base da família, recebendo proteção legislativa em detrimento dos demais institutos e relações de cunho familiar.

⁵⁶ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de- **Lições de Direito de Família**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 102.

⁵⁷ *Idem- Op. Cit.* p. 148.

Seguindo as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1514) e Filipinas (1603), e sob as diretrizes do Direito Canônico e do Direito Romano, o concubinato era considerado relação espúria, devendo ser excluído pela sociedade.

As Ordenações Portuguesas condenavam o relacionamento adúltero e estabelecia penas diversas dependendo da classe social e do sexo da pessoa que praticou a infidelidade.⁵⁸

Além disso, o casamento tinha um relevante papel social, ou seja, às pessoas casadas era conferidas uma melhor posição social.⁵⁹

A Carta Política de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, não fez referência a qualquer estrutura familiar⁶⁰. Ainda assim, o Art.5º determinava a Igreja Católica Apostólica Romana como a religião do Estado, mantendo a tradição portuguesa, fundada no matrimônio religioso entre homem e mulher. Com o Decreto n.º 181 de 24 de janeiro de 1890, oficializa-se o casamento civil como base da família, assim, apenas eram reconhecidos como membros de determinado núcleo familiar aqueles que tivessem contraído matrimônio, sendo assegurada proteção aos seus filhos e sucessores.

As uniões extramatrimoniais, portanto, ficavam de fora da regulamentação legal, sem qualquer tipo de proteção⁶¹.

A Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, dispôs em seu Art. 72, §4º, que a República somente reconhecia o casamento civil, cuja celebração seria gratuita, ou seja, este seria o único instituto pelo qual se poderia constituir uma família legítima.

A Constituição de 1934 também se posicionou de forma semelhante, dispondo que a família era o ente constituído pelo casamento indissolúvel, estando sob a proteção especial do Estado (Art. 144), assim como as Constituições de 1937, 1946 e 1967.

⁵⁸ PIMENTEL, Helen Ulhôa - O casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico. **Em Tempos de Histórias**. Brasília. n° 9, (Maio 2005), p. 20-38.

⁵⁹ *Idem – Ibidem*.

⁶⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus- **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. Tese de Doutorado em Direito). [Consult. 10 Jan. 2019] Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>

⁶¹ BARON, Kelly- **A União de Facto no Direito Comparado: Portugal e Brasil**. Porto: Faculdade de Direito – Escola do Porto Universidade Católica Portuguesa, 2016. Dissertação (Mestrado).

No que tange a legislação infraconstitucional, o Código Civil de 1916 também privilegiou o instituto do casamento, de modo que os filhos só eram considerados legítimos se fossem oriundos do vínculo matrimonial (art. 332).

O doutrinador Neumann⁶² pontua que:

“A perseguição à família ilegítima foi inserida na sociedade moderna pela igreja católica, seguindo-a as demais correntes do cristianismo. Como país católico, Portugal regia suas colônias e súditos com normas do direito Canônico, as derradeiras foram as Ordenações Filipinas que negavam qualquer direito a concubina salvo o de indenização pelo comércio sexual que na década de 1930 foi substituído pela expressão de serviços prestados inclusive punindo os que praticassem, considerando o casamento religioso a única forma de constituição de família. Esta regra perpetuou-se no Código Civil de 1916 com uma pequena adaptação: não mais o casamento religioso, mas o casamento civil legitimaria a família.”⁶³

Todavia, embora o Estado apenas reconhecesse as famílias decorrentes do casamento, também se formavam as famílias extramatrimoniais paralelamente, indo de encontro com a rejeição da sociedade, assim como do legislador.

As uniões de pessoas decorrentes de outra origem que não a do casamento, eram conhecidas como concubinato.⁶⁴

Todavia, a sociedade evoluía a passos largos, de modo que as relações interpessoais não se amoldavam ao padrão familiar estabelecido pelo Código Civil Brasileiro de 1916.

Dessa maneira, passou-se a exigir regulamentação, para que as pessoas que estivessem na situação de união entre pessoas separadas de fato pudessem ter a proteção legal, já que na época não poderiam novamente se casar, uma vez que no Brasil não se admitia o divórcio como forma de dissolução do vínculo matrimonial.⁶⁵

O professor Tartuce⁶⁶ acrescenta:

⁶² NEUMANN, Juarez Rosales- **Do casamento ao concubinato**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. P.101.

⁶³ *Idem- Ibidem*

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice- **Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo CPC**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <http://docs10.minhateca.com.br/995240871,BR,0,0,Maria-Berecine-Dias--Manua1-de-Direito-de-Fam%C3%ADlia-2016.pdf>.

⁶⁵ TARTUCE, Flávio- **Manual de Direito Civil: volume único**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. pag. 288.

⁶⁶ *Idem- Ibidem*

“(…) uma primeira norma a tratar do assunto foi o Decreto-Lei n.º 7.036/1944, que reconheceu o direito à companheira em ser beneficiária de indenização em caso de acidente de trabalho sofrido por seu companheiro. A Lei n.º 6.015/73, em seu art. 57, § 2º, admitiu que a mulher solteira, desquitada ou viúva, que vivesse com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, pudesse requerer, judicialmente, a inclusão do patronímico de companheiro, mediante averbação da decisão à margem de seu assento de nascimento.”

Com o advento dessas novas realidades familiares, sobretudo nas situações de rompimento das uniões existentes, somado a necessidade de estabelecer direitos e deveres dos concubinos e conviventes, o Judiciário é provocado para resolver os conflitos e dar um norte jurisprudencial.

Nesse sentido, podemos citar a Súmula n.º 354 do Supremo Tribunal Federal, que reconhecia o direito à indenização acidentária em favor da companheira, como também a Súmula 380, editada em sessão plenária de 3 de abril de 1964, foi um marco relevante, uma vez que reconheceu a possibilidade de partilha de bens entre companheiros quanto ao patrimônio adquirido pelo esforço comum: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Importante salientar que a Súmula não equiparou essas relações pessoais às uniões matrimoniais, mas que apenas atribuiu *efeitos obrigacionais* às partes, dando uma aparência de negócio jurídico. E, nas situações em que não há patrimônio a ser partilhado ou na ausência de prova de esforço comum, a jurisprudência reconhecia a união como uma relação de trabalho, concedendo à mulher uma indenização por serviços domésticos prestados.⁶⁷

A Emenda n.º 9 de 1976, que trouxe a edição da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), alterou significativamente o instituto da família previsto na Lei, possibilitando aos casais a extinção do vínculo matrimonial, assim como a constituição de novas famílias, tanto pelo casamento como pela união de duas pessoas sem o casamento, que posteriormente veio a ser denominada União Estável.

O paradigma, por sua vez, foi o texto da Constituição Federal de 1988 que reconheceu a União Estável no direito brasileiro como entidade familiar diversa do

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice- **Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo CPC**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <http://docs10.minhateca.com.br/995240871,BR,0,0,Maria-Berecine-Dias--Manua-l-de-Direito-de-Fam%C3%ADlia-2016.pdf>.

casamento, sem qualquer diferença entre eles (226, § 3º), sendo alçada a um instituto do Direito de Família.

A primeira Lei que disciplinou a matéria foi a Lei n.º 8.971/94, regulamentando a questão dos alimentos e a sucessão dos companheiros, bem como estabeleceu os requisitos mínimos (qualidade de solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados dos companheiros e requisito temporal de convivência, entre outros).

Após, veio a Lei n.º 9.278/96 que disciplinou a união estável de forma geral e abrangente, estabelecendo a meação em favor dos companheiros quanto aos bens adquiridos onerosamente durante o tempo de convivência, assim como assegurou o direito do usufruto viual e o direito real de habitação, omitindo requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de união ou existência de prole.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as mencionadas Leis foram revogadas, passando o instituto da União Estável ser disciplinado pelo Art. 1.723 e seguintes, mantendo-se ainda em vigor o direito real de habitação previsto pelo Art. artigo 7º, parágrafo único, da Lei n.º 9.278/96.

Portanto, vê-se que a União Estável não era reconhecida como forma de família, assim como não eram conferidos direitos aos nubentes, o mesmo que ocorreu por muito anos com os filhos socioafetivos, que não lhe eram atribuídos o *status* de filhos, bem como não lhe eram estendidos quaisquer direitos.

1.4.1 Requisitos para caracterização do instituto

1.4.1.1 Da União Estável no Brasil

O instituto da União Estável decorre da situação fática cuja origem remonta ao antigo concubinato.

Tem como uma das principais características a informalidade, tanto é que a Constituição Federal inovou a matéria ao denominar esta situação fática de União Estável⁶⁸.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto- **Direito Civil brasileiro. v. 6: Direito de família.** 1 1 . ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A doutrinadora Fernanda Dias Xavier⁶⁹ assim conceitua: “(...) é a união livre do homem e da mulher, coabitando-se como cônjuges e na aparência geral de casados, isto é, de marido e mulher”.

O escritor Rizzardo⁷⁰ acrescenta:

(...) a união entre si do homem e da mulher para a convivência em um mesmo local, no recesso de uma moradia, passando a partilhar das responsabilidades da vida em comum e dos momentos de encontros, um devotando-se ao outro, entregando os corpos para o mútuo prazer ou satisfação. (...) Está diante do que se convencionou denominar união estável, ou união livre, ou estado de casado, ou concubinato, expressões que envolvem a convivência, a participação de esforços, a vida em comum, a recíproca entrega de um para o outro, ou seja, a exclusividade não oficializadas nas relações entre o homem e a mulher. (...) A palavra “união” expressa ligação, convivência, junção, adesão; já o vocábulo “estável” tem o sinônimo de permanente, duradouro, fixo. A expressão corresponde, pois, à ligação permanente do homem com a mulher, desdobrada em dois elementos: a comunhão de vida, envolvendo a comunhão de sentimentos e a comunhão material; e a relação conjugal exclusiva de deveres e direitos inerentes ao casamento.

O art. 1723 do vigente Código Civil Brasileiro dispõe que a união estável consiste na convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher com o objetivo de constituir família. Para a proteção das relações homoafetivas, foi necessária a provocação do Judiciário para receber a tutela estatal. Assim, após as decisões do colegiado do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, com a posterior edição da Resolução n.º 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

O Código Civil de 2002 não estabeleceu período mínimo de convivência ou a necessidade de prole comum para sua configuração, o que demonstra uma maior flexibilidade e liberdade aos companheiros.

Para o doutrinador Flávio Tartuce, devem ser atendidos alguns requisitos mínimos para que se configure a União Estável, de modo que ela deve ser “pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem interrupções, sem o famoso

⁶⁹ XAVIER, Fernanda Dias - **União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade** [Em linha]. Brasília: TJDFT, 2015. [Consult. 10 Jan 2019] Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e--books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento>>.

⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo- **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 815

‘dar um tempo’ que é tão comum no namoro) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (*animus familiae*).⁷¹

O eminente jurista Carlos Roberto Gonçalves⁷² estabelece requisitos ou pressupostos para a configuração da União Estável, desdobrando-os em subjetivos e objetivos. Os pressupostos subjetivos são: a) convivência *more uxoria*, no sentido de comunhão de vidas, envolvendo a mútua assistência moral, material e espiritual; e b) o *affectio maritalis*, ou seja, o ânimo ou o objetivo de constituir família. Do ponto de vista objetivo, os requisitos seriam: a) diversidade de sexo, o que já foi rechaçado no julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, conforme acima citado; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica.

No que tange à questão necessidade da coabitação, o art. 1723 do Código Civil não fazer referência, alguns doutrinadores afirmam que, para a União Estável, o viver sob mesmo teto é um dos elementos caracterizadores do instituto, sendo “elemento objetivo da relação, a mostra, o sinal exterior, a fachada, o fato de demonstração inequívoca da constituição de uma família.”⁷³

Todavia, não é este posicionamento que prevalece, conforme explicita Carvalho Filho:⁷⁴

“Dúvida há sobre a coabitação, se ela constitui ou não requisito para o reconhecimento da união estável ou mesmo dever dos companheiros. Regina Beatriz Tavares da Silva (*op. cit.*) considera que a lei em vigor não exige a convivência sob o mesmo teto e que, deve ser reconhecida a união estável mesmo com domicílios diversos.”

Além disso, inúmeros julgados dos Tribunais Superiores Brasileiros reconhecendo a união estável sem a presença da coabitação.

⁷¹ TARTUCE, Flávio- **Manual de Direito Civil: volume único**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. pag. 292.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto- **Direito Civil brasileiro. v. 6: Direito de família**. 1 1 . ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pag. 200.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto- **Direito Civil brasileiro. v. 6: Direito de família**. 1 1 . ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 619-620

⁷⁴ PELUSO, Ministro Cezar (coord.)- **Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Manole, 2014.

Para a existência da União Estável devem estar afastadas as causas impeditivas para o casamento, por expressa disposição legal no artigo 1.727 do Código Civil, aplicando regra de interesse público. Nestes casos, quando houver algum impedimento para o casamento, configura-se o concubinato, salvo se a pessoa casada encontrar-se separada de fato ou judicialmente.

Como a união estável é considerada uma situação de fato, não há necessidade de qualquer tipo de formalização para a sua devida caracterização, podendo-se prová-la por todos os meios lícitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, o próprio Código Civil prevê a possibilidade de que seja feito acordo escrito, por meio de contrato, ou até mesmo escritura pública, sendo que esta poderá ingressar no registro civil, para fins de oponibilidade e eficácia *erga omnes*.

Os efeitos decorrentes da União Estável devem ser verificados sob aspecto pessoal e patrimonial.

Sob o aspecto pessoal, vê-se a constituição de uma entidade familiar, recebendo a proteção estatal destinada à toda forma de família.

Farias e Rosenthal⁷⁵ defendem que o Código de 2002 restringiu os efeitos pessoais decorrentes da União Estável, já que não se aplica, como no casamento, a emancipação do companheiro, a presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância da relação, assim como, a alteração do estado civil dos companheiros.

Importante ressaltar que esse cenário tem se alterado, principalmente pela jurisprudência pátria. É o caso, por exemplo, do posicionamento da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo que, ao disciplinar norma dirigida aos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, estendeu a presunção da paternidade à União Estável, conforme disposto pelo item 41, Capítulo XVII, do Tomo II das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais, desde que seja apresentado um documento escrito de declaração de união estável.

No que tange aos efeitos patrimoniais, além daqueles decorrentes da aplicação análoga de regime de bens à União Estável, por força do disposto no Art. 1.725, e os direitos a alimentos do Art. 1.694, os direitos sucessórios foram alterados em razão julgamento dos Recursos Extraordinários de n.º 878694/MG, sob a relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, e

⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed. Lumen Juris Editora, 2010.

de n. 646.721/RS, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, que geraram, respectivamente, as Teses de Repercussão Geral de n.º 8099 e 49810, e que culminaram no julgamento a favor da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil quanto ao tratamento diferenciado dado ao companheiro supérstite em caso de sucessão.

1.4.1.2 Da União de Facto em Portugal

A União de facto é regulamentada pela Lei Portuguesa n.º 7/2001⁷⁶ - Medidas de Proteção das Uniões de Facto - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, na qual consiste a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos (art. 1º, alínea 2). Embora haja essa denominação de que a união de facto é uma situação semelhante à dos cônjuges, discute-se se estaria realmente atrelada ao instituto de Direito de Família.

Nessa toada, inspirada nas disposições da Constituição da República Portuguesa, somada aos ensinamentos de Canotilho e Moreira⁷⁷, os artigos 36º e 67º do texto constitucional teriam estendido à União de Facto, o conceito de família e relação familiar.

Por outro lado, Baron⁷⁸ e Coelho e Oliveira⁷⁹, sustentam que a União de Facto é uma relação parafamiliar, alegando que são “conexas com relações de família, estão equiparadas a elas para determinados efeitos ou são condições de que dependem, em certos casos, os efeitos que a lei atribui à relação conjugal e às relações de parentesco, afinidade e adoção.”

Moreira⁸⁰, em sua dissertação de Mestrado esclarece ainda:

⁷⁶ LEI n.º 7/2001, de 11 de maio. **Diário da República I Série**, n. 109. p. 2797-2798

⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital- **Constituição da República Portuguesa Anotada- artigos 1º a 107º**. 4a ed. vol.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁷⁸ BARON, Kelly- **A União de Facto no Direito Comparado: Portugal e Brasil**. Porto: Faculdade de Direito – Escola do Porto Universidade Católica Portuguesa, 2016. Dissertação (Mestrado).

⁷⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de- **Curso de Direito da Família**. Coimbra:Coimbra Editora, 2011, Volume I. p. 34-35.

⁸⁰ MOREIRA, Daniel António Raimundo- **União de Facto: Um estudo sobre a regulamentação dos Efeitos Patrimoniais pelo Contrato de Coabitação**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. Dissertação em Mestrado.

A união de facto sempre foi regulada por uma comparação aos que constituem matrimónio, não sendo esta uma fonte de matrimónio, nem uma fonte de relações jurídicas familiares, como disposto no art. 1576º Cciv. Aqueles que vivem numa situação análoga à dos cônjuges por um determinado período de tempo, no caso concreto dois anos, são considerados, se pretenderem que os efeitos da união de facto se concretizem, unidos de facto. Para existir um reconhecimento da união de facto, para lhe serem atribuídos os direitos ou benefícios fundados na união de facto, é necessário o decurso do tempo e, para além disso, que os unidos de facto realizem uma prova dessa união de facto com tal duração, e esta depende da vontade dos próprios unidos de facto, de quererem ou não efetuar essa prova. Difere das demais formas de relacionamento interpessoal, porque não se baliza na eventualidade, e difere-se do casamento pela ausência das formalidades para a devida manifestação de vontade.

A União de Facto, portanto, é a liberdade que os interessados tem para estabelecer/constituir, tanto é que poderá ser provado e demonstrado por qualquer meio legalmente admissível, como testemunhal ou declaração escrita firmada pelos companheiros.

Nessa toada, a Mestre Baron⁸¹ explicita:

Para evitar transtornos, e como na união de facto não há o conceito de património comum, os membros do casal podem celebrar, entre si, um contrato de coabitação. Este contrato é uma manifestação expressa de vontade de ambas as partes, de regularem os efeitos patrimoniais da união de facto segundo um regime de bens. Assim, em caso de extinção da união, não haverá complicações na hora de liquidar e partilhar o património do “casal”.

No que tange aos efeitos decorrentes da União de Facto, o art. 3.º da Lei n.º 7/2001 elenca uma lista ampla, dentre os quais a proteção da moradia de família, o direito ao subsídio por morte e à pensão de sobrevivência, direito às prestações por morte resultantes de acidente de trabalho ou doença profissional e direito à pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País.

Moreira⁸² acrescenta que:

Tendo em conta a parca regulamentação dos unidos de facto, tendo estes em vista a sua segurança jurídica, e não existindo nenhuma regulamentação em face dos efeitos patrimoniais, poderão os unidos de facto, proceder a essa regulamentação? Será o contrato de coabitação uma resposta a esta necessidade de regulamentação dos aspetos patrimoniais dos unidos de facto? Em decorrência da ausência de lei e, especialmente, por força da oposição e veto presidencial ao Decreto n.º 349/12, os

⁸¹ *Idem - Ibidem*

⁸²MOREIRA, Daniel António Raimundo- **União de Facto: Um estudo sobre a regulamentação dos Efeitos Patrimoniais pelo Contrato de Coabitação**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. 25 f. Dissertação em Mestrado.

efeitos patrimoniais da União de Facto tem sido objeto de Contrato de Coabitação, em que determinam e delimitam regras sobre a propriedade dos bens móveis e imóveis.

Ao celebrar o acordo escrito, os interessados estabelecem uma forma de estatuto patrimonial que irá vigorar durante a união, podendo optar ou não por qualquer um dos regimes previstos em lei, sendo que, na ausência desse contrato escrito, prevalece o entendimento doutrinário sobre a aplicação do regime da separação de bens.⁸³

No que se refere a sucessão, o sobrevivente não é considerado como herdeiro legal do falecido, assim, não poderá reivindicar a herança, todavia, poderá ser beneficiado por meio de testamento. Em contrapartida, o Art. 5º da Lei n.º 7/2001⁸⁴ garantiu, ao companheiro sobrevivente, o direito real de habitação sobre a casa de morada de família, e o direito de preferência na alienação deste imóvel e da transmissão do arrendamento (artigo 1.106º, n.º 4, do Código Civil).

Ademais, o art. 2020º do Código Civil Português⁸⁵ assegura ao companheiro sobrevivente da União de Facto o direito de exigir alimentos da herança do falecido, caducando esse direito nos dois anos subsequentes à morte do autor da sucessão.

1.4.1.3 Comparativo dos institutos luso-brasileiro

A União Estável no Brasil foi alçada ao texto constitucional de 1988, demonstrando claramente a constitucionalização do Direito de Família.

Em contrapartida, a Constituição Portuguesa de 1976 sequer fez referência à União de Facto e, conseqüentemente, não a identificou como entidade familiar. O Código Civil

⁸³BARON, Kelly- **A União de Facto no Direito Comparado: Portugal e Brasil**. Porto: Faculdade de Direito – Escola do Porto Universidade Católica Portuguesa, 2016. Dissertação (Mestrado).

⁸⁴ “Lei n.º 7/2001: Artigo 1º - Objecto:

1 A presente lei adopta medidas de protecção das uniões de facto.

2 A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges a mais de dois anos.”

⁸⁵ NETO, Abílio- **Código civil anotado**. 19.ª ed. Lisboa: Ediforum, 2016. ISBN 978-989-8438-14-0.p. 1540.

Português trata da união de facto de forma singela, propondo regramento protetivo aos seus membros, sem novamente enquadrá-la como instituto do Direito de Família.

A Lei Portuguesa de 2001 trouxe inovações ao disciplinar inúmeros direitos assistenciais, assim como o direito real de habitação. Além disso, disciplinou a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, o que somente seria assegurado, no Brasil, após decisão do Supremo Tribunal Federal no ano de 2014.

No que tange à exigência do limite temporal para a configuração da União de Facto do prazo de dois anos, não encontra respaldo no Brasil, assim como a convivência em comunhão de leito, mesa e habitação. No Brasil, para que se configure a União Estável, exige-se a convivência pública, duradoura e reconhecida, com objetivo de constituir o vínculo familiar entre os conviventes.

Quanto à questão patrimonial, o tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, segundo a jurisprudência brasileira, foi equiparado, não havendo mais cabimento para a aplicação do art. 1790 aos conviventes, passando estes a concorrer, com os demais herdeiros, à herança do companheiro falecido nos termos do art. 1829 do Código Civil. A União de Facto, por sua vez, não tem o mesmo tratamento, já que o convivente sobrevivente não tem direito na herança do premorto e, ainda, os bens adquiridos na constância da união não são objeto de partilha, exceto se houve acordo escrito que indique que os bens adquiridos na constância da união são de ambos os conviventes. Lembrando que este acordo escrito tem caráter obrigacional e não familiar ou sucessório.

Baron⁸⁶ explica que “não há bens comuns sujeitos à partilha quando a relação comum chega ao fim.”

Já na União Estável há presunção da existência de patrimônio comum que, se adquirido na constância da convivência e inexistindo contrato escrito, será partilhado entre os companheiros sob o regime da comunhão parcial de bens.

Conclui-se que embora a União de Facto seja inovadora sob o ponto de vista de prever a união homoafetiva, vê-se que o direito português privilegia o casamento como instituto sacralizado, não abrangendo a União de Facto como um Direito de Família.

⁸⁶ BARON, Kelly- **A União de Facto no Direito Comparado: Portugal e Brasil**. Porto: Faculdade de Direito – Escola do Porto Universidade Católica Portuguesa, 2016. 32 f. Dissertação (Mestrado).

Tal posicionamento mais conservador do Direito Português também reflete no que tange à questão da filiação socioafetiva, já que no Brasil estamos em um momento de evolução e normatização dessa situação de fato consolidada, enquanto que em Portugal, não há sequer decisões judiciais reconhecendo essa forma de filiação.

A história da família se confunde com a história da própria civilização e, dessa forma, as normas e leis devem se adaptar, sendo originadas em razão do anseio que a sociedade almeja naquele determinado momento e realidade social. Diante disso, é possível verificar que cada país concede um tratamento distinto ao Direito de Família e a outros ramos do Direito em razão dos próprios interesses e anseios distintos que existe entre brasileiros e portugueses.

2 PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE

2.1 Filiação

2.1.1 Conceito

O conceito de filiação sofreu várias mudanças no decorrer dos anos, pois por muito tempo considerou-a como a advinda de laços consanguíneos ou do vínculo de adoção, tanto é que o consagrado doutrinador Silvio Rodrigues conceitua em seus clássicos livros a filiação como sendo: “A relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquela que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado.”⁸⁷

A conceituação feita se mostra muito restrita, pois ao realizarmos a leitura do artigo 1.593⁸⁸ do Código Civil Brasileiro, podemos ampliar seu sentido como sendo a relação de parentesco entre indivíduos que estão ou não ligados por um vínculo biológico.

O aludido artigo, ao consagrar a expressão “outra origem”, nos permite o reconhecimento do valor jurídico do afeto nas relações. Neste sentido, Leite⁸⁹ explica que: o termo “*ou outra origem*” “escancara as portas a uma nova forma de parentesco, nem natural, nem civil, mas que fundamenta a filiação socioafetiva.

O conceito de parentesco para o Direito Português é bastante semelhante ao brasileiro, porém, é mais restrito no que tange ao vínculo consanguíneo.

Jorge Augusto Pais de Amaral⁹⁰ escreve:

“Conforme dispõe o artigo 1578º, o parentesco é o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas descenderem de um progenitor comum. Como resulta de preceito, a origem do parentesco está na procriação,

⁸⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.297

⁸⁸ “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de Família**. São Paulo: RT, 2005. v. 5. p.192.

⁹⁰ AMARAL, Jorge Augusto Pais de- **Direito da Família e das Sucessões**. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 25.

independentemente de ter havido ou não casamento entre os progenitores. Os parentes estão ligados pelos vínculos de sangue, pelo que o parentesco se pode também designar por consanguinidade.”

A tradicional ideia de que a família é apenas a composta por pai, mãe e os filhos advindos dessa relação, há muito tempo vem perdendo espaço para uma nova composição que busca privilegiar o afeto como elemento principal das relações pessoais.

Stela Barbas⁹¹ salienta sobre a existência da tridimensionalidade procriativa: “Neste sentido, teríamos uma dimensão orgânica, física e simbólica. Na primeira incluiríamos o pai/mãe genético (dador de espermatozoides/óvulo); na dimensão física a mãe/pai gestacional (mãe portadora e seu companheiro) e na simbólica o pai/mãe adotivos.”

Para alcançar a plena efetivação dos preceitos constitucionais da base da sociedade, a célula familiar deve se preocupar com o bom desenvolvimento de seus membros, conforme ensina José Bernardo Boeira: “O desenvolvimento da pessoa, por meio da realização dos seus interesses afetivos e existenciais, como suporte imprescindível para sua formação, assim como para a estabilidade na vida em sociedade⁹².”

A filiação é de suma importância na formação da personalidade humana, aqui incluídas tanto a consanguínea, adotiva e a afetiva.

Marcos Salomão Costa acrescenta que:

“Ao analisar a relação afeto e Direito, pode-se concluir que, na paternidade socioafetiva pela posse de estado de filho, o direito nasce do afeto. Na paternidade socioafetiva pela adoção regular ou pelas técnicas de reprodução assistida heteróloga, inverte-se, o direito vem antes, atribuindo à paternidade para alguém que começará uma relação, que se espera que seja afetiva.”

Além disso, podemos acrescentar o estado de filiação, que abrange um complexo de direito e deveres reciprocamente considerados:

“Outra categoria importante é a do estado de filiação, compreendido como o que se estabelece entre o filho e quem assume os deveres de paternidade, correspondentes aos direitos mencionados no art. 227 da Constituição. O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, abrangendo

⁹¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves- **Direito ao património genético**. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 145.

⁹²BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade**: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 23.

um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai é titular do estado de paternidade em relação a ele.”⁹³

Dessa maneira, a filiação pode decorrer de várias origens, seja biológica ou afetiva, mas que a todas essas formas de filiação deve ser dado tratamento e reconhecimento dos direitos e deveres de filhos.

2.1.2 A filiação no direito brasileiro na vigência do Código Civil de 1.916.

O projeto elaborado por Clóvis Beviláqua no ano de 1.889, que posteriormente em 1.º de Janeiro de 1.916 se tornou o Código Civil (lei n.3.071), trazia em seus dispositivos uma distinção sobre o tratamento dos filhos havidos ou não de um matrimônio, bem como fazia uma distinção dos filhos adotivos em razão da forte influência que sofríamos do Direito Canônico⁹⁴.

Eram considerados filhos legítimos aqueles concebidos ou nascidos a partir do matrimônio e os filhos ilegítimos eram os frutos de uma relação extraconjugal.

Dentro dessa classificação dos filhos ilegítimos, a doutrina ainda fazia uma subdivisão em filhos ilegítimos naturais, que eram aqueles cujos genitores não possuíam nenhum impedimento de contrair matrimônio e os ilegítimos espúrios, que por sua vez eram divididos em espúrios incestuosos - que em razão de um parentesco muito próximo eram impedidos de legalizar sua união- e os espúrios adúlteros - que eram aqueles que seus genitores possuíam algum impedimento para se casar.

No ano de 1949 foi promulgada a Lei n.º 883, que disciplinou sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos e direito a alimentos, contudo, para que tal Lei fosse aplicada, era necessário que aquele que fosse casado e tivesse um filho ilegítimo deveria propor primeiramente a ação de dissolução da sociedade conjugal, para poder garantir o mínimo ao filho, como seu nome e a subsistência.

Considerada uma inovação trazida pelo legislador de 1.916, o instituto jurídico da adoção possuía regras que dificultavam a sua utilização, pois estabelecia requisitos desarrazoáveis a serem cumpridos, como por exemplo, que o casal deveria ter mais de

⁹³ LOBO, Paulo-Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 16.

⁹⁴Cân. 1137 — São legítimos os filhos concebidos ou nascidos de matrimônio válido ou putativo.”

50 (cinquenta) anos de idade e que não tivessem nenhuma espécie de filhos (legítimos e ilegítimos).

Assim, para trazer uma maior eficácia ao instituto da adoção, foi promulgada a Lei 3.133/1.957⁹⁵, trazendo uma nova redação ao artigo 368 do Código Civil de 1.916, a redução da idade do adotante de 50 (cinquenta) para 30(trinta) anos, inovou ao dispor que os casais que pretendessem adotar poderiam já ter filhos, contudo, para fins sucessórios, a lei não equiparou a filiação.

Buscando incentivar mais casais a adotar, foi promulgada a Lei n. 4.655/1.965⁹⁶, denominada de “Lei da Adoção Legítima”. Em seu texto foi ampliado o rol de pessoas aptas a adotar, porém, ainda vedava o direito a sucessão hereditária ao filho biológico, nascido posteriormente a adoção.

O doutrinador português Guilherme de Oliveira⁹⁷ comenta sobre o tratamento discriminatório que era conferido às famílias e aos filhos na década de 70:

Nos anos 70, sobretudo nos países latinos, era fácil encontrar algum descontentamento relativamente aos padrões dominantes, por várias razões. Por um lado, os critérios prevalecentes exprimiam os valores sociais da velha ordem social – discriminatória e violenta– que distinguia os filhos legítimos dos ilegítimos e que contemporizava com a vontade arbitrária dos homens que se furtavam facilmente às suas responsabilidades de progenitores. Por outro lado, aqueles valores dominantes já resistiam mal à depreciação crescente das instituições e da heteronomia, designadamente do valor do casamento. Por último, alguns casos mostravam a atribuição da paternidade ao marido da mãe em situações em que a responsabilidade dele era inverosímil, ou a extrema dificuldade para reconhecer juridicamente certos vínculos de progeneritura que eram óbvios na realidade.

Diante de todas as normas editadas no decorrer dos anos de 1.940 até o ano de 1.970, não havia nenhuma norma que de fato resguardava os interesses dos filhos tido por ilegítimos e aqueles que eram adotados. Uma das maiores mudanças nesse cenário ocorreu com a edição da Lei n. 6.515/1.977, que além de disciplinar sobre a dissolução

⁹⁵ LEI n.º. 3.133/1957. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (08-05/1957), p. 1.

⁹⁶ LEI n.º. 4.655/1965. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (02-06-1965), p. 1.

⁹⁷ OLIVEIRA, Guilherme de.- Critérios Jurídicos da Parentalidade. **Textos sobre Direito de Família**. Coimbra. [Em linha]. (2016), p. 271-306. 2016. [Consult. 01 Março de 2019]. Disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/38887>. p 272.

da sociedade conjugal, conferia pela primeira vez o tratamento igualitário entre os filhos.

Todavia, apenas com a promulgação da Constituição Federal em 05 de Outubro de 1.988 é que foi colocada uma pá de cal nessa celeuma, efetivando a igualdade no tratamento dos filhos.

O artigo 227, § 6º da Constituição Federal do Brasil permitiu o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, determinando que todos os filhos, sejam eles legítimos, legitimados, naturais, espúrios adulterinos, espúrios incestuosos ou adotivos, são iguais perante a lei, não podendo ocorrer qualquer discriminação entre eles.

Essa disposição trazida pela CF/88 representa até os dias atuais um grande avanço do ordenamento jurídico brasileiro, pois garantiu aos cidadão, principalmente às crianças, o respeito à dignidade da pessoa humana.

2.1.3 Semelhanças entre a “adoção à brasileira” e “apadrinhamento civil” do Direito Português.

Antes de explicarmos as semelhanças entre os institutos da adoção à brasileira e do apadrinhamento civil do Direito Português, é necessária a conceituação de ambos.

A chamada adoção à brasileira é o ato pelo qual uma pessoa registra como sendo seu o filho de outrem. Por mais nobre que tal conduta demonstra, trata-se de um ilícito penal, tipificado no artigo 242 do Código Penal Brasileiro⁹⁸.

Mesmo sendo uma prática ilícita, é algo cada vez mais recorrente no cotidiano dos brasileiros em virtude da morosidade e da burocracia do processo de adoção.

Guilherme de Oliveira⁹⁹ acrescenta que:

⁹⁸ “Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.”

A utilização da posse de estado também é vulgar no contexto da chamada “adoção à brasileira”. Neste caso, uma criança é registada em nome de pessoas que se fazem passar pelos progenitores, e que pretendem criá-la. Na sua base está uma falsificação do estado civil, que é crime de “parto suposto” (art. 242.º CP). No entanto, a prática da “convivência familiar”, e o decurso do tempo, constituem uma posse de estado de filho que passa a merecer a tutela do Direito, por força da norma constitucional que garante à criança o direito à “convivência familiar” (art. 227.º). Entre a rejeição do comportamento criminoso (que afinal a sociedade aprova) e a proteção constitucional, os tribunais usam a prerrogativa do “perdão judicial” para deixar de aplicar a pena em razão de “reconhecida nobreza”.

O Apadrinhamento Civil do Direito Português é disciplinado pela Lei n.º 103/2009¹⁰⁰, de 11 de setembro de 2009 e posteriormente regulamentada pelo Decreto-lei n.º 121/2010, de 27 de outubro de 2010.

Esse instituto jurídico surge como alternativa no Direito Português para evitar o acolhimento de crianças por instituições de menores, que muitas vezes podem estar em situação de risco, ou até mesmo pela imensa dificuldade na adoção de adolescentes com uma idade avançada, assim, com o apadrinhamento, a pessoa apadrinhada receberá todo o apoio material e emocional de seu padrinho, sem gerar um vínculo obrigacional de responsabilidade de pai para filho, como em uma adoção.

Guilherme de Oliveira¹⁰¹ pontua:

(...) os padrinhos exercem plenamente as responsabilidades parentais, embora não assumam a qualidade de pais. Por sua vez, os progenitores continuam ser juridicamente pais, embora não exerçam mais do que um pequeno conjunto de direitos que são fixados no compromisso de apadrinhamento, de entre um quadro que a lei prevê e de acordo com as circunstâncias do caso; e esse pequeno conjunto pode ser diminuído sempre que o interesse da criança ou do jovem o recomende.

Esses dois institutos se assemelham, visto que buscam garantir ao menor uma qualidade de vida, que muitas vezes não pode ser oferecida pelos genitores biológicos.

Ocorre que no Ordenamento Jurídico Brasileiro, como dito acima, a adoção à brasileira é um crime, por ser um ato informal. Já o apadrinhamento é regulamentado por lei.

⁹⁹ OLIVEIRA, Guilherme de.- Critérios Jurídicos da Parentalidade. **Textos sobre Direito de Família**. Coimbra. [Em linha]. (2016), p. 283. 2016. [Consult. 01 Março de 2019]. Disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/38887>

¹⁰⁰ LEI n.º 103/2009, de 11 de setembro. **Diário da República I Série**, n. 177. 6210-6216

¹⁰¹ OLIVEIRA, Guilherme de.- Critérios Jurídicos da Parentalidade. **Textos sobre Direito de Família**. Coimbra. [Em linha]. (2016), p. 298. 2016. [Consult. 01 Março de 2019]. Disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/38887>

Enquanto que na adoção à brasileira, em razão da observância do princípio da igualdade jurídica dos filhos, esses possuem os mesmos direitos que os biológicos, quanto a sucessão hereditária entre outros. O apadrinhamento, por outro lado, Ana Rita Alfaiate e Geraldo Rocha Ribeiro ensinam que: “(...) o apadrinhamento constitui uma relação jurídica quase-familiar, porquanto os laços de solidariedade que lhe subjazem se mantêm para lá da maioria do afilhado, sendo mais que um mero instituto de suprimento da incapacidade por menoridade.”¹⁰²

Por se tratar de uma relação quase familiar, conforme o ensinamento acima trazido, não garante ao afilhado, por exemplo, participarem da sucessão hereditária.

Apadrinhar no Direito Português é a demonstração de que podem coexistir pacificamente os vínculos afetivos e biológicos para que haja um pleno desenvolvimento da criança ou adolescente que venha a ser apadrinhada.

A socioafetividade é elemento presente tanto na adoção à brasileira, quanto no apadrinhamento civil português, pois revela a real preocupação com o bem-estar e o dever de cuidado que uma família tem.

2.2 Legislação reconhecendo a filiação socioafetiva

A tese da parentabilidade socioafetiva surgiu a partir de um artigo doutrinário do Professor João Baptista Vilela, da UFMG, escrito em 1979 e denominado “Da Desbiologização da paternidade”. O jurista concluiu que o vínculo que une pais e filhos é mais do que um dado biológico, é um dado cultural (“pai ou mãe é aquele que cria”).¹⁰³

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o primeiro Tribunal a aplicar a tese, a partir do ano de 2002 (julgados da relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias)¹⁰⁴.

¹⁰²ALFAIATE, Ana Rita; RIBEIRO, Geraldo Rocha- Reflexões a propósito do apadrinhamento civil. **Revista do CEJ**. São Paulo (2013), pág. 120

¹⁰³ VILLELA, João Baptista- Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito-UFMG**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito. ISSN 0304-2340. Ano XXVII, n. 21, (1979). p. 400-418.

¹⁰⁴ TRIBUNAL de Justiça do Rio Grande do Sul- Apelação Cível n. 70005458, Rel. Maria Berenice Dias, de 19 de fevereiro de 2003.

A parentalidade socioafetiva também pode ser analisada nos casos envolvendo padrastos e madrastas, pois a Lei n. 11924/11- denominada Lei Clodovil-, propiciou que o enteado ou enteada inclua no registro civil o sobrenome do padrasto ou madrasta.

Sobre a paternidade, defende alguns doutrinadores que ela não decorre necessariamente da gestação, tanto é assim que Fabio Ulhoa Coelho¹⁰⁵ pondera que:

A experiência da paternidade ou maternidade não pressupõe necessariamente a gestação do filho. Ela é tão ou mais enriquecedora, mesmo que a criança ou adolescente não seja portador da herança genética dos pais. Perceba, contudo, que são recentíssimos a aceitação dessa ideia pelas pessoas em geral e seu cultivo com valor da sociedade.

O maior exemplo de filiação socioafetiva podemos visualizar na adoção, que é uma das formas de parentesco civil, uma constituição de filiação jurídica, não biológica, mas caracterizada pela convivência e afetividade.

Tem-se atualmente uma valorização do afeto em detrimento do vínculo consanguíneo, com o escopo de buscar atender aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

O Código Civil determina que o parentesco pode ser civil, consanguíneo ou decorrentes de “outras origens”, em que podemos incluir a socioafetiva e a decorrente de reprodução heteróloga.

A constituição do parentesco civil se dá por meio de adoção, sendo a via judicial indispensável para a sua formalização, conforme se depreende do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁰⁶

As hipóteses para formalização do reconhecimento de filho biológico e por socioafetividade são inúmeras. Assim, se o filho biológico pode ser reconhecido voluntariamente pelo pai mediante declaração perante o oficial de registro civil - desacompanhada de qualquer prova- direito igual deve ser conferido ao filho socioafetivo.

Nos Estados do Pernambuco, Maranhão e Ceará, as respectivas Corregedorias Gerais de Justiça foram pioneiras ao editarem Provimentos autorizando o reconhecimento voluntário por socioafetividade perante o registro civil das pessoas naturais (Provimentos n.º 09/2013, 21/2013 e 15/2013).

¹⁰⁵ COELHO, Fabio Ulhoa- **Curso de Direito Civil. v.5.** 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

¹⁰⁶ LEI n.º 8.069/90. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (16-07-1990), p. 1.

Posteriormente, para a uniformidade de atuação nos Registros Civis Brasileiros e para evitar suscitação de dúvidas e ameaça à segurança jurídica dos atos de reconhecimento de paternidade registrados perante os Oficiais de Registro Civil de Pessoas Naturais, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n. 63/2017, possibilitando o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade diretamente nos Cartórios, que posteriormente foi alterado pelo Provimento n. 83/2019.^{107 108}

Vê-se claramente que o prefalado Provimento foi inspirado no Estatuto da Criança e Adolescente no que tange aos requisitos para adoção, como por exemplo a idade mínima de 18 anos daquele que reconhece o filho socioafetivo, a vedação de reconhecimento por ascendentes e irmãos do reconhecido, a diferença mínima de 16 anos entre as partes envolvidas, assim como do consentimento da mãe e do filho maior de doze anos.

Verifica-se aqui que foi dado um passo importante para a extrajudicialização do Direito de Família, que até o momento todas as questões dessa seara eram resolvidas pelo Judiciário e, conseqüentemente, facilitando o acesso dos cidadãos a um Estado Democrático de Direito, pois possibilitou a regulamentação de uma situação de fato que estava à margem da lei, efetivando direitos assegurados na Constituição Federal.

Nesse caminhar, percebe-se que o Conselho Nacional de Justiça, ao publicar esse Provimento, tentou regulamentar as situações de fato há muito já existentes, mas que por ausência legislativa não era possível formalizar essas relações.

Independente de analisar o aspecto formal desse Provimento no que tange à legitimidade, devemos nos ater ao grande benefício que ele trouxe a todos aqueles que estão nessa situação, que dependiam de vários fatores, como financeiro e psíquico, para ingressarem com um processo moroso e, assim, ver sua situação de fato reconhecida pelo Estado.

Pode-se concluir que a socioafetividade está na seara da judicialização política e na politização da justiça, porque tem-se o costume social e o leva ao Judiciário para provocar o Legislativo a criar uma norma específica.

¹⁰⁷ PROVIMENTO n.º 63. **Diário de Justiça Eletrônico**, n.º 198/2017 (2017), p. 16-21.

¹⁰⁸ PROVIMENTO n.º 83. **Conselho Nacional de Justiça**, 14/08/2019.

E, diante desse vácuo Legislativo, o Judiciário o fez, buscando garantir os direitos dos envolvidos de forma plena por meio de instrumentos que os permitem concretizá-los e, assim, efetivar o que é apregoado em um Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, portanto, que predomina hoje, nas diversas formas de filiação, seja biológica, seja afetiva, a identidade cultural ou socioafetiva, como componente maior da identidade real das pessoas que não são objetos, mas seres humanos dotados de razão, vontade livre, sentimento, personalidade e dignidade. A identidade é fruto da convivência pessoal, familiar e social, desde que não contrarie, de forma criminosa ou fraudulenta, a identidade jurídica nem a biológica, frustrando legítimos sentimentos, anseios e esperanças.

2.3 Da Multiparentalidade

A evolução da sociedade traz sensíveis mudanças ao instituto família, para que esta esteja em consonância com o mundo mais moderno e com menos formalidades.

Como mencionado no primeiro Capítulo, antigamente a família estava atrelada a questões genéticas e biológicas, as quais decorriam do casamento civil ou da união estável.

Todavia, atualmente, superamos esse conceito fechado de família, já que a entidade familiar passou a ser considerada sobre as mais variadas formas e padrões, levando como fator primordial para a sua caracterização o vínculo afetivo.

Conseqüentemente, essa mudança de paradigma no que tange ao conceito de entidade familiar, calhou por ampliar o conceito da própria paternidade.

Nesse norte, tem-se que é possível que se privilegie uma relação afetiva em detrimento de uma relação biológica e, igualmente, é perfeitamente viável a possibilidade da coexistência de vínculos biológicos e afetivos ao mesmo tempo, desde que respeitados, primordialmente, os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

A parentalidade socioafetiva é pautada no pressuposto afetivo, podendo se caracterizar quando pessoas que, embora não possuam vínculo biológico, têm entre si e perante a sociedade, uma relação de afeto que passa a ter uma ligação tal qual, ou superior, ao vínculo biológico.

Além disso, também há a possibilidade da coexistência da paternidade/maternidade biológica e afetiva, surgindo a figura da Multiparentalidade.

Acerca da multiparentalidade, Maria Berenice Dias assevera que:

Como o amor não tem limites, os vínculos parentais também não podem ser condicionados de modo estante: só se ter um pai e uma mãe. Daí o reconhecimento da multiparentalidade, em que consta no registro de nascimento o nome de mais de um pai ou de mais de uma mãe. Basta tão só o reconhecimento da existência do vínculo de afetividade com todos eles.¹⁰⁹

Essa pluralidade de vínculos parentais é muito comum na nossa sociedade, mesmo que por muito tempo essa situação de fato não tenha sido reconhecida formalmente perante o Estado, mas por gerarem inúmeras consequências, merece tal reconhecimento, assim como os conferidos à filiação biológica.

O Supremo Tribunal Federal analisou na tese de repercussão geral 622, de relatoria do Ministro Luiz Fux, sobre uma eventual “prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica”. No mérito, decidiu-se que não há prevalência entre as formas de vínculos parentais, podendo ambas as paternidades coexistirem, conforme se depreende da Tese 622 do STF: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Essa decisão trouxe uma verdadeira mudança de paradigma ao Direito de Família, porquanto equiparou o vínculo socioafetivo e biológico no que concerne ao grau de hierarquia jurídica, assim como reconheceu a possibilidade jurídica de múltiplos vínculos de filiação pelo Direito Brasileiro.

Na jurisprudência paulista, por exemplo, há uma decisão reconhecendo a maternidade socioafetiva no registro civil, assim como preservando a maternidade biológica em respeito à memória da mãe consanguínea, falecida em decorrência do parto, porquanto o enteado foi criado como filho desde dois anos de idade.

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA- Preservação da Maternidade Biológica- Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família- Enteado criado como filho desde dois anos de idade- Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice - **Filhos do Afeto-Questões Jurídicas**. p. 38.

parentes – A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.¹¹⁰

É possível pela decisão acima extrair os elementos essenciais para caracterizar a parentalidade socioafetiva, ou seja, período de convivência suficiente a demonstrar um vínculo palpável de afetividade, bem como a demonstração de afeto entre os interessados.

Alguns autores defendem que além dos elementos acima citados, seria necessária a presença da reciprocidade do afeto, todavia, para outros estudiosos, se fosse exigido também esse elemento, o fato de aferir essa reciprocidade no passado ou no presente, deixaria suscetível a irretratabilidade e a irrenunciabilidade da filiação, pois permitiria ao filho, ou ao pai, dispor de um direito que é indisponível.¹¹¹

Mas não é só, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu por diversas vezes a possibilidade concomitante da paternidade socioafetiva cumulada com a biológica:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALTERAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRAJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENDI DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 7. Os elementos fáticos do caso, portanto, revelam o surgimento de filiação por origens distintas, do qual emerge um modelo familiar diverso da concepção tradicional, pela presença concomitante, tanto de vínculos estabelecidos por relação afetiva, quanto daqueles oriundos de ascendência biológica, e para/cuja solução, vislumbrando o melhor interesse do menor, não se impõe a prevalência de um sobre o outro, mas o reconhecimento jurídico de ambos, seguindo a ratio essendi do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do REExt. n. 898.060/SC, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/8/2017, no qual foi fixada a tese - com repercussão geral - de que "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". 8. Recurso especial parcialmente provido.¹¹²

¹¹⁰ TRIBUNAL de Justiça de São Paulo- Apelação Cível n. 0006422-26.2011.8.26.0286- 1. Câmara de Direito Privado, de 10 de outubro de 2012. Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior.

¹¹¹ CASSETARI, Christiano- **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva-Efeitos Jurídicos**. P.191.

¹¹²SUPERIOR Tribunal de Justiça- Acórdão com o número 1548187/SP, Terceira Turma, de 27 de Fevereiro de 2015. Voto Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE.

Esse julgado foi de encontro com a posição anterior do STJ, proferida no ano de 2015¹¹³, em que se decidiu não ser possível a imposição da multiparentalidade sem que todos os envolvidos estejam de acordo, vejamos:

(...) cinge-se a controvérsia a verificar a possibilidade de registro de dupla paternidade, requerido unicamente pelo Ministério Público Estadual, na certidão de nascimento do menor para assegurar direito futuro de escolha do infante. Esta Corte tem entendimento no sentido de ser possível o duplo registro na certidão de nascimento do filho nos casos de adoção por homoafetivos. Precedente. Inferese dos autos que o pai socioafetivo não tem interesse em figurar também na certidão de nascimento da criança. Ele poderá, a qualquer tempo, dispor do seu patrimônio, na forma da lei, por testamento ou doação em favor do menor. Não se justifica o pedido do *Parquet* para registro de dupla paternidade quando não demonstrado prejuízo evidente ao interesse do menor.

Se houver conflito entre a paternidade biológica e afetiva, o que deverá prevalecer é a verdade social e, caso a situação de fato demonstre a necessidade de se reconhecer juridicamente as duas filiações, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem que deve ser protegido primordialmente o interesse da criança e do adolescente, portanto, deverá ser permitida ambas filiações, configurando a multiparentalidade.

A multiparentalidade é mais um mecanismo de efetivação dos direitos das crianças e adolescentes que se encontram em meio a famílias recompostas afetivamente.

Entretanto, a multiparentalidade veio somar ao vínculo biológico, porquanto reconhece que o afeto e o amor que une as partes é uma forma alternativa de efetivar os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

A parentalidade socioafetiva é amplamente discutida entre os doutrinadores e especialistas em Direito de Família, todavia, pouco se menciona sobre os efeitos por ela gerados e, muito menos, sobre possíveis soluções a eventuais imbróglis jurídicos por ausência de lei.

O que se verifica nos inúmeros julgados sobre filiação socioafetiva é que não se faz menção expressa quanto aos efeitos jurídicos que decorrem dessa relação parental, mormente quando há multiparentalidade.

¹¹³ SUPERIOR Tribunal de Justiça- Acórdão com o número 1.333.086/RO, Terceira Turma, de 06 Outubro de 2015. Voto Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

A multiparentalidade fundamenta-se no tratamento equânime das filiações biológica e socioafetiva, não havendo qualquer tipo de hierarquia entre elas, portanto, deve ser estendido às relações multiparentais o mesmo tratamento jurídico da filiação biológica, com direitos e deveres, guardadas as devidas peculiaridades que a situação jurídica requer.

2.3.1 Efeitos

2.3.1.1 Dos alimentos

A obrigação de prestar alimentos se dá em virtude da relação de parentesco entre o alimentante e o alimentando e decorre do princípio da solidariedade familiar, uma vez que, na maioria dos casos aquele que pede alimentos se trata de um menor, que não possui capacidade para arcar com o seu próprio sustento.

Ensina Cahali¹¹⁴ que “a natureza jurídica da prestação alimentícia devida aos familiares consanguíneos reside na solidariedade familiar e, se destinada aos filhos menores, no dever de sustento inerente ao exercício do poder familiar”. A prestação alimentícia é direito assegurado, pois se busca por meio desta assegurar o mínimo de assistência aos que dela necessitam.

Por força do princípio da isonomia no tratamento dos filhos, consagrado no texto constitucional, a prestação alimentícia é assegurada aos filhos nascidos dentro e fora do casamento, já que o referido princípio veda o tratamento discriminatório no que tange a origem da filiação.

Quando adentramos no estudo da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade surgem as dúvidas quanto ao dever de prestar alimentos.

A falta de previsão legal sobre a prestação de alimentos traz a indagação quanto ao vínculo gerado tanto pela socioafetividade quanto pela multiparentalidade, se a ele é deferida a mesma obrigação alimentar que o genitor biológico possui.

¹¹⁴ CAHALI, Francisco José- Dos Alimentos. In **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 194.

Estabelece o Código Civil em seus artigos 1.593¹¹⁵ e 1.596¹¹⁶ a origem do parentesco e a proibição da distinção entre os filhos, respectivamente, podem ser usados analogicamente para atribuir a obrigação ao genitor socioafetivo ou multiparental.

O Código Civil Português em seus artigos 2009º e 2010º também preveem a obrigação de prestar alimentos.

Artigo 2009.º

(Pessoas obrigadas a alimentos)

1. Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada:

- a) O cônjuge ou o ex-cônjuge;
- b) Os descendentes;
- c) Os ascendentes;
- d) Os irmãos;
- e) Os tios, durante a menoridade do alimentando;
- f) O padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste.

2. Entre as pessoas designadas nas alíneas b) e c) do número anterior, a obrigação defere-se segundo a ordem da sucessão legítima.

3. Se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes.

Artigo 2010.º

(Pluralidade de vinculados)

1. Sendo várias as pessoas vinculadas à prestação de alimentos, respondem todas na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando.

2. Se alguma das pessoas assim oneradas não puder satisfazer a parte que lhe cabe, o encargo recai sobre as restantes.

A obrigação alimentar para estes surge no instante em que o filho é recebido dentro de um novo núcleo familiar, resultante da figura da posse de estado do filho.

¹¹⁵ “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

¹¹⁶ “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.”

Maria Berenice Dias, em seu artigo “Alimentos, sexo e afeto”, aborda sobre a afetividade como elemento essencial das novas células familiares¹¹⁷:

Os relacionamentos afetivos geram obrigações mútuas, direitos e deveres de parte a parte. E, quando se fala em afeto e responsabilidade, sempre vem à mente a famosa frase de Saint-Exupéry: você é responsável pelas coisas que cativa! Não se pode deixar de visualizar nesse enunciado a origem do Direito das Famílias. Basta a existência de um comprometimento mútuo para se estar frente a um vínculo familiar. Assim, quem ama, seja quem for, assume deveres, encargos e obrigações. Quem é amado tem direitos. Como o afeto gera ônus e bônus, aí se situa a natureza da obrigação alimentar. Por isso se trata de obrigação recíproca, pois quem tem direitos também tem encargos.

A família nascida através dos vínculos socioafetivos e multiparentais, transcendem aos laços sanguíneos, desta forma o reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro dá efetiva aplicação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A paternidade socioafetiva devidamente reconhecida gera a obrigação de prestar alimentos, conforme a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina¹¹⁸:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LAUDO PERICIAL CONSISTENTE EM EXAME DE DNA QUE EXCLUIU A PATERNIDADE. SITUAÇÃO ESSA QUE NÃO PRESSUPÕE NECESSARIAMENTE A EXCLUSÃO DA PATERNIDADE. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ARTIGO 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. NÃO COMPROVAÇÃO POR PARTE DO AUTOR DE TER SIDO ENGANADO PELA MÃE BIOLÓGICA DO REQUERIDO QUANDO DA GRAVIDEZ. CASAL QUE SE ENCONTRAVA SEPARADO E QUE REATOU QUANDO A MESMA JÁ SE ENCONTRAVA GRÁVIDA. PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA RECONHECIDA ATRAVÉS DE PARECER PSICOLÓGICO E ESTUDO SOCIAL. REQUERIMENTO ANTERIOR DE GUARDA DO MENOR. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE COM O OBJETIVO DE SE VER DESOBRIGADO DO PAGAMENTO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA CONSIDERADA. AÇÃO INTENTADA QUANDO O MENOR JÁ SE ENCONTRAVA COM 09 ANOS DE IDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

Consubstanciando o entendimento firmado acima, temos o Enunciado 341 elaborado durante a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹¹⁹ que:

¹¹⁷DIAS, Maria Berenice- **Alimentos, sexo e afeto** [Em linha]. São Paulo: Disponível em [http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_523\)17__alimentos_sex0_e_afeto.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_523)17__alimentos_sex0_e_afeto.pdf)

¹¹⁸BITTENCOURT, Cinthia Beatriz da Silva relat. Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com o número AC 325824, de 06 de setembro de 2011.

“Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

O Supremo Tribunal Federal¹²⁰ decidiu sobre os efeitos gerados a partir do reconhecimento jurídico do afeto:

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. [...]

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. (grifos nossos).**

¹¹⁹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>

¹²⁰ FUX, Luís relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal com o número 898.060/SP, de 29 de setembro de 2016.

Verifica-se que nesse Acórdão, o STF se pronunciou no sentido de que mesmo nos casos em que não foi declarada a paternidade socioafetiva nos registros públicos, a situação de fato gera consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, ou seja, persiste a obrigação de prestar alimentos aquele filho socioafetivo.

Além disso, é importante trazer à baila os casos de os pais necessitarem de alimentos, o que por consequência lógica, o filho reconhecido socioafetivo terá o dever de cumprir com essa obrigação.

Assim, não restam dúvidas de que o direito e o dever aos alimentos será recíproco entre pais e filhos socioafetivos nos termos do artigo 1.694 do Código Civil Brasileiro e o artigo 2009º do Código Civil Português, devendo sempre ser observado o binômio necessidade/possibilidade, assim como poderá, inclusive, ser aplicada a prisão civil se descumprida a obrigação, conforme prevê o ordenamento jurídico brasileiro

Ademais, no que concerne à multiparentalidade, também devemos consignar que aquela pessoa que possui mais de um pai ou uma mãe terá direito aos alimentos de todos eles conjuntamente, na medida de sua necessidade e da possibilidade dos alimentantes, da mesma forma do filho com relação a pluralidade de pais.

2.3.1.2 Da guarda e do direito de visitação

Tanto na parentalidade socioafetiva, quanto na multiparentalidade, toda e qualquer decisão deve se pautar pelo princípio do melhor interesse do menor, uma vez que o mesmo goza de proteção constitucional (art. 227, *caput*)¹²¹ e infraconstitucional (arts. 4º, *caput*, e 5º, do ECA)¹²².

¹²¹ “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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”

¹²² “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

A indagação parece ser de fácil resposta quando é possível preservarmos o interesse da criança e adolescente. Todavia, quando não sabemos aferir qual situação irá proporcionar um maior bem estar ao filho, nos casos de multiparentalidade se torna ainda mais difícil de solução.

Como se não bastasse, ainda há o conflito que envolve a predileção de um dos tipos de filiação (socioafetiva ou biológica), na qual indagamos se é possível as duas coexistirem harmonicamente”.

Há alguns anos, antes de se falar na relevância do afeto nas relações humanas, a resposta seria que apenas a verdade biológica deveria ser observada, uma vez que não se falava em socioafetividade. Entretanto, os tempos são outros e a valorização do afeto é algo cada vez mais evidente na constituição dos núcleos familiares.

A partir dessa evolução social, sentimos reflexos no ordenamento jurídico que se inclina a dar preferência às relações afetivas que se mostrarem mais fortes. Nesse sentido podemos observar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a disputa da guarda de um menor entre seus genitores biológico e socioafetivo, conforme ementa a seguir:

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – MANTENÇA DA GUARDA COM O CASAL QUE VEM CRIANDO A MENOR – ARTIGOS 6º E 33 DO ECA – PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE PROCEDENTE – ÔNUS SUCUMBENCIAIS MODIFICADOS – RECURSO PROVIDO. Tendo como foco a paternidade socioafetiva, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do melhor interesse do menor, cabe inquirir qual bem jurídico merece ser protegido em detrimento do outro: o direito do pai biológico que pugna pela guarda da filha, cuja conduta, durante mais de três anos, foi de inércia, ou a integridade psicológica da menor, para quem a retirada do seio de seu lar, dos cuidados de quem ela considera pais, equivaleria à morte dos mesmos. Não se busca legitimar a reprovável conduta daqueles que, mesmo justificados por sentimentos nobres como o amor, perpetraram inverdades, nem se quer

esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”

“Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

menosprezar a vontade do pai biológico em ver sob sua guarda criança cujo sangue é composto também do seu. Mas, tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como justa e razoável sua retirada de lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida protetiva ao direito daquele que, nada obstante tenha emprestado à criança seus dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos supra-referidos.¹²³

O entendimento acima demonstra que quando falamos em conflito entre a consanguinidade e o afeto, este sobrepõe aquele, posto que da análise do caso concreto a mudança na realidade vivida pelo infante poderia lhe acarretar diversos prejuízos de ordem psicológica.

O melhor interesse da criança, consagrado como princípio em nosso ordenamento jurídico, permitiu à criança a manutenção no convívio com aqueles que estavam presentes ao longo de seu desenvolvimento e a quem sua mente reconhecia como pais.

Desejando uma solução que viabilize a coexistência das filiações (biológica e socioafetiva), devemos levar em consideração a hipótese do deferimento da guarda compartilhada aos genitores independentemente de sua origem, uma vez que, mesmo diante da ausência, por exemplo do pai biológico, não podemos impossibilitar este, como forma de penalização pela ausência. Outra solução que beneficiaria as relações socioafetivas e multiparentais seria a regulamentação do direito de visita daquele não detentor da guarda, conforme estabelece o art. 1.589 do Código Civil.¹²⁴

Acerca do direito de visita, ensina com propriedade Maria Helena Diniz:

O direito-dever que tem o pai ou mãe não só de encontrar e comunicar com os filhos menores nas condições determinadas judicialmente, desde que não tenha enquadrado numa das hipóteses de perda de pátrio poder e sempre que a guarda daqueles filhos for deferida ao outro cônjuge em razão de separação judicial, divórcio ou nulidade de casamento, mas também de velar pela sua

¹²³ HEIL, Sérgio Izidoro relat.- Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com o número 2013.071449-1, de 27 de março de 2014.

¹²⁴ “Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia (*grifos nossos*), segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.”

manutenção e educação. Também têm esse direito aos avós, irmãos, padrasto e demais parentes, levando-se em conta a afeição.¹²⁵

O direito a visita se baseia essencialmente no direito à convivência daquele que não reside junto a criança. Observando tal direito sob a ótica da valorização das relações afetivas, busca-se garantir a manutenção dos laços criados advindos das relações socioafetivas ou multiparentais e em contrapartida colaborar com a existência dos laços afetivos.

Nesse sentido, aduz a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. Revelando o estudo social e psicológico que a menor, hoje com nove anos de idade, prefere a guarda do pai, com quem já se encontra desde o ajuizamento da ação, em 2004, internalizando o pai e a madrasta como casal parental, é de se manter a decisão, impondo-se, entretanto, preservar os vínculos com a mãe e irmãos (filhos desta) através de regulamentação de visitas. Recurso desprovido.¹²⁶

A busca da coexistência harmônica entre o biologismo e a afeição, se faz necessária a boa formação da personalidade dos indivíduos que se encontram nessa situação, bem como a não supressão de uma em detrimento da outra.

Preservar o bom desenvolvimento da psique daqueles que ainda estão em formação é assegurar que o melhor interesse deste prevalece. E resguardar tal interesse é o objetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), que consagra em seu art. 19¹²⁷, os “deveres” de criar, educar, guardar, ter em sua companhia, fiscalizar, orientar corrigir e inúmeras outras funções, mesmo após o fim do relacionamento de seus genitores.

O ordenamento jurídico deve refletir cada vez mais a realidade da sociedade e a equiparação dos direitos da filiação socioafetiva ou multiparental. Deve ser um objetivo a

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena- **Curso de direito civil brasileiro**. 5º vol. direito de família. 22 ed. rev. e atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva. 2007

¹²⁶RUSCHEL, Ricardo Raupp relat.- Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o número 70018995241, Sétima Câmara Cível de 25 de abril de 2007.

¹²⁷ “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

ser buscado no ordenamento jurídico, bem como na sociedade. Sempre que a controvérsia for a fixação da guarda do menor, o entendimento é de que deverá ser observado o princípio do melhor interesse da criança, cujos parâmetros de melhor interesse somente serão identificados de acordo com cada caso concreto. Em verdade, compreende-se que os Tribunais deverão levar em consideração a preferência da criança, quando esta já for madura o suficiente para escolher.

Verifica-se que para a concessão da guarda é necessária a realização de estudos por equipe multidisciplinar, com o escopo de verificar quem atende o melhor interesse da criança e, por consequência, os pais afetivos acabam por serem beneficiados, porquanto são os que de fato possuem afinidade e demonstram carinho e afeto, critérios esses de bastante relevância para serem aferidos nesse instituto.

2.3.1.3 Impedimento Matrimonial

O Código Civil Português traz em seu bojo as hipóteses de impedimento matrimonial, quais sejam:

Artigo 1602.º

(Impedimentos dirimentes relativos)

São também dirimentes, obstando ao casamento entre si das pessoas a quem respeitam, os impedimentos seguintes:

- a) O parentesco na linha recta;
- b) A relação anterior de responsabilidades parentais;
- c) O parentesco no segundo grau da linha colateral;
- d) A afinidade na linha recta;
- e) A condenação anterior de um dos nubentes, como autor ou cúmplice, por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro.

Da mesma forma, o Código Civil Brasileiro,¹²⁸ em seu art. 1.521 dispõe que não podem casar, assim como terem sua união estável reconhecida: I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II. Os afins em linha reta; III. O adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV. Os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V. O adotado, com

¹²⁸ LEI nº. 10.406/2002. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (11-01-2002), p. 1.

o filho do adotante; VI. As pessoas casadas; VII. O cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

O parentesco colateral em segundo grau, conforme salienta Maria Helena Diniz¹²⁹, compreende:

os irmãos nascidos ou não de justas núpcias, os germanos ou bilaterais (que têm o mesmo pai e a mesma mãe), os unilaterais, sejam eles consangüíneos (nascidos do mesmo pai e de mães diversas) ou uterinos (que nasceram da mesma mãe e de pais diversos).

Verifica-se que o parentesco colateral de segundo grau de natureza civil não é mencionado, porquanto o legislador quis abranger apenas o parentesco biológico, que era o único sabido na ocasião da promulgação da Lei, tanto é que dispôs no inciso V, isoladamente, a vedação de casamento entre o adotado e o filho do adotante.

Todavia, o conceito de família tem mudado com uma velocidade ímpar, quase impossível de ser acompanhada pelo legislador que tem que respeitar todos os trâmites legislativos para aprovação de uma Lei.

Assim, mesmo que o artigo não mencione expressamente o impedimento matrimonial relativo ao parentesco colateral de segundo grau de natureza civil, é de suma importância que seja estendido também aos irmãos oriundos de filiação afetiva.

Mais uma vez é importante registrar que uma das bases de sustentação do reconhecimento da filiação socioafetiva é o princípio da igualdade entre os filhos, sendo assim, deve sê-lo aplicado em toda a sua extensão, tanto nos direitos, deveres e impedimentos.

Esse impedimento matrimonial não é só de âmbito genético, mas sim de cunho moral, porquanto são considerados para todos os efeitos legais como irmãos, independentemente da ausência de vínculo biológico e eventual prejuízo às suas proles.

Ressalte-se, portanto, que a legislação em vigor veda apenas o matrimônio entre irmãos biológicos e adotivos, não impedindo expressamente o casamento entre os mesmos quando entre eles houver apenas vínculo socioafetivo de fato (posse de estado de irmãos), entretanto, uma vez formalizada a filiação socioafetiva perante os Registros Públicos, esse impedimento também a eles será conferido.

¹²⁹ DINIZ, Maria Helena- **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86

2.3.1.4 Da sucessão – direitos e deveres sucessórios

A Constituição da República Portuguesa¹³⁰, que é anterior à Constituição da República Brasileira, traz a previsão clara de que não pode haver discriminação entre os filhos, independentemente de sua origem: “Artigo 36.º (...) 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

No Brasil, apenas com a elaboração da Constituição Federal de 1.988 que foi possível colocar um fim nas desigualdades que existiam nas leis que norteavam a ordem econômica, social e política existentes no Brasil, mormente entre os filhos.

Um dos alicerces para esse novo paradigma que estava sendo inserido no Brasil, foi a consagração por escrito do princípio da igualdade que é intimamente ligado ao princípio mais importante para o estado democrático de direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito de família, sem sombra de dúvidas, é o que mais sofreu modificações graças ao mencionado princípio, visto que proporcionou tratamento igualitário entre homem e mulher, cônjuges e principalmente aos filhos.

O artigo 227, §6º do texto constitucional consagra a mencionada igualdade jurídica no tratamento dos filhos.

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.

A busca pela isonomia jurídica no tratamento dos filhos refletiu na esfera patrimonial, uma vez que dispunham algumas normas anteriores a Constituição Federal de 1988 que filhos de origem diversa não poderiam participar da sucessão de seus genitores.

¹³⁰ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República I Série**, N.º 86 (10-04-76).

Importante trazer a explicação do doutrinador Diogo de Campos Leite¹³¹ sobre os efeitos sucessórios da adoção restrita no Direito Português, o que demonstra uma fragilidade no respeito ao princípio da igualdade dos filhos:

Quanto aos efeitos sucessórios da adoção restrita (art. 1999º), o adoptado não é herdeiro legitimário do adoptante, nem este daquele. Mas o adoptado e, por direito de representação, os seus descendentes são chamados à sucessão, como herdeiros legítimos do adoptante, na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes. O adoptante é chamado à sucessão como herdeiro legítimo do adoptado ou seus descendentes, na falta de cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos do falecido.

Na atualidade, em razão do princípio da isonomia no tratamento dos filhos, devemos observar os ensinamentos de Cahali¹³², “hoje, o status de filho é o que basta para a igualdade de tratamento, pouco importando se é fruto ou não do casamento de seus pais, e independentemente do estado civil dos progenitores.”

Tais ensinamentos refletem diretamente em nossa jurisprudência:

PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DE FILHO HAVIDO, FORA DO MATRIMONIO, POR MULHER CASADA. POSSIBILIDADE DE CONSTAR O NOME DE AMBOS OS PAIS, NOS TERMOS DO PROVIMENTO N-34/88 - CGJ, QUE ATENDE, NESTA PARTE, AO DISPOSTO NO ART-227, PAR-6 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APELO PROVIDO.¹³³

A observância da igualdade não está limitada apenas ao assento registral, mas também no que tange a herança, que é um direito também constitucionalmente previsto no inciso XXX, do artigo 5º, da Carta Magna.

Quando da elaboração do texto constitucional, buscou-se a integral proteção dos núcleos familiares existentes na época, entretanto ainda não se falava na ideia da socioafetividade, não restando, portanto, uma proteção expressa.

¹³¹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de- **Lições de Direito de Família**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 34.

¹³² CAHALI, Francisco José- Dos Alimentos. In **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.176.

¹³³ HEERDT, Paulo, relat. Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo com o número 588058412, Quarta Câmara Cível, de 21 de dezembro de 1988

Tal vácuo legislativo podemos dizer que foi suprimido ante a elaboração do Código Civil de 2.002, onde foi trazido no artigo 1.593¹³⁴ a expressão “outra origem” como forma de parentesco.

Partindo desse pressuposto, quando falamos em desbiologização da parentalidade, devemos observar os ensinamentos do mestre Paulo Nader:

O avanço que se constata com a desbiologização do parentesco em prol de vínculos socioafetivos não deve situar-se exclusivamente no plano teórico, como afirmação de princípios, mas produzir efeitos práticos no ordenamento jurídico como um todo, repercutindo, inclusive, no âmbito das sucessões.¹³⁵

Os efeitos da sociafetividade devem transpor o campo teórico e ser efetivado pelo ordenamento jurídico, contudo, a realidade se mostra bem conflitante em tribunais, quando se está em xeque a filiação biológica e afetiva a ser reconhecida pós-morte, conforme o julgado abaixo transcrito:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA PÓS MORTE. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU. MANUTENÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE PELO DE CUJUS. PATERNIDADE BIOLÓGICA INAFASTÁVEL. RECURSO IMPROVIDO. I - Embora a filiação sócio-afetiva seja amplamente aceita pela jurisprudência, ainda nos casos em que requerida após a morte do suposto pai, os requisitos para a procedência do pleito devem estar bem delimitados. II - Há um limite intransponível para o reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, qual seja, o respeito às situações jurídicas devidamente constituídas, in casu o registro feito pelos pais biológicos. III - Em casos análogos, este Tribunal vem decidindo que a paternidade biológica deve prevalecer sobre o início dos laços afetivos, de modo que o pretense reconhecimento sócio-afetivo não pode relegar a plano secundário o vínculo genético. IV- Recurso improvido. Unanimidade.¹³⁶

A falta de expressa previsão dos direitos advindos do reconhecimento da socioafetividade no ordenamento jurídico brasileiro traz muita insegurança jurídica para aqueles que buscam o efetivo reconhecimento do valor do afeto.

¹³⁴ “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

¹³⁵ NADER, Paulo- **Curso de direito civil: direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹³⁶ TRIBUNAL de Justiça do Maranhão – Acórdão com o número 0442572014MA 0044701-39.2013.8.10.000, de 20 de outubro de 2015. Relator Marcelino Chaves Everton.

Inegável dizer que a legislação brasileira já deveria ter normatizado os efeitos do reconhecimento do parentesco socioafetivo, visto que não podemos mais falar em diferenciação no tratamento dos familiares.

A efetivação dos direitos sucessórios dentro de uma filiação socioafetiva não necessita de um expresse reconhecimento feito tanto pela via judicial como extrajudicial, mas sim da publicidade do reconhecimento entre os indivíduos, do exercício do dever de cuidado, se fazendo presente como pai/filho ou mãe/filho, sendo dessa forma indiscutível a existência do direito sucessório.

Partindo para análise sob a ótica da multiparentalidade em si, nos questionamos sobre a possibilidade de um indivíduo suceder mais de uma pessoa (dois pais/duas mães).

Novamente estamos diante de uma situação que não possui previsão legal, inexistindo qualquer vedação sobre a matéria, mas em razão do princípio da igualdade, deve ser admitido.

Assevera a autora Maria Berenice Dias¹³⁷ que: "reconhece que o estado de filiação se desvincula da verdade biológica, a tendência é não limitar o vínculo parental a uma única figura paterna ou materna". A partir de tal pensamento exarado pela citada autora, podemos concluir que no momento em que o direito pátrio passou a utilizar do critério da afetividade na constituição da família, todas as consequências trazidas por elas devem compor o ordenamento jurídico.

Desta forma, aquela pessoa que tenha, por exemplo, dois pais, não pode ter suprimida a possibilidade de herdar os bônus e ônus de ambos, devendo ser atendidos os princípios basilares do ordenamento jurídico, mormente o princípio da igualdade.

Por outro lado, quanto à sucessão dos ascendentes, há divergências na doutrina quanto à partilha.

Uns defendem que deve ser repartido em partes iguais, por cabeça.

Nesse sentido, no dia 17 de novembro, a Escola Paulista da Magistratura (EPM) realizou o 1º Encontro Estadual de Magistrados de Varas da Família e das Sucessões e na,

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice- **Manual de direito das famílias**. 5.ª ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.74

oportunidade aprovaram o enunciado número 21, que diz: “21. A coexistência de filiações socioafetiva e biológica no Registro Civil das Pessoas Naturais enseja a partilha da herança, em caso de falecimento do filho, entre todos os genitores, por cabeça.”

É bastante interessante o Tribunal de Justiça de São Paulo ter contribuído com esse Enunciado, pois sempre partimos do pressuposto do filho receber duas herança e nos esquecemos que o contrário muitas vezes ocorre.

Uma outra parte dos doutrinadores defendem que deve ser feita a partilha da herança por linha, conforme prevê o Código Civil.

Algumas soluções interpretativas podem ser extraídas da interpretação gramatical, teleológica e *contra legem* dos textos legais¹³⁸:

I- pelo Código Civil, a divisão da herança se dará em metade para a linha materna (mãe), repartindo-se a outra metade entre os ascendentes da linha paterna (pai biológico e pai socioafetivo), ou seja, caso haja dois pais e uma mãe, ficaria cada um dos pais com um quarto da herança e à mãe era mantido o quinhão legalmente previsto, qual seja, a metade;

II- em contrapartida, reconhecida a multiparentalidade e, se valendo de interpretação contrária à letra da lei (*contra legem*), poderia ser feita a divisão igualitária da herança entre os três ascendentes de mesmo grau, herdando cada um deles um terço do monte.

O doutrinador Flávio Tartuce¹³⁹ defende que a divisão igualitária é a mais acertada já que visa preservar o princípio da isonomia de direitos previsto no art. 5, caput, da Carta Magna.

No mesmo sentido, Christiano Cassetari¹⁴⁰ assevera que: “Acreditamos que nesse caso a divisão igualitária se impõe, devendo a lei ser flexibilizada em razão do caso específico, já que as regras sucessórias não estavam preparadas para a multiparentalidade”.

Por outro ângulo, analisando o direito de concorrência do cônjuge sobrevivente, o Código Civil Brasileiro assim dispõe¹⁴¹: “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro

¹³⁸GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; CORDEIRO, André Luís Nunes Novaes- O acolhimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal e os reflexos nos direitos sucessórios dos ascendentes. **Revista Jus Navigandi**, [Em linha]. ano 23, n. 5558, 19set. 2018. ISSN 1518-4862 [Consult. 11 de março de 2005]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68624>>

¹³⁹ TARTUCE, Flávio- **Manual de Direito Civil: volume único**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. pag. 211.

¹⁴⁰ CASSETTARI, Christiano- **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 155-169.

¹⁴¹ LEI nº. 10.406/2002. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (11-01-2002), p. 1.

participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.”

Já, conforme o artigo 1.836, § 3.º do Código Civil, temos:

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Porém, o artigo 1.837 do Código Civil, determina: “Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.”

O Código Civil Português traz uma previsão bastante semelhante no que tange à partilha em seu artigo 2.033º e artigo 2.036º :

Artigo 2.033º - Classes de Sucessíveis

1. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adopção, é a seguinte:

- a) Cônjuge e descendentes;
- b) Cônjuge e ascendentes;
- c) Irmãos e seus descendentes;
- d) Outros colaterais até ao quarto grau;
- e) Estado.

2. O cônjuge sobrevivo integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.

3. O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do artigo 1785.º

Artigo 2136º - Sucessão por cabeça

Os parentes de cada classe sucedem por cabeça ou em parte iguais, salvas as excepções previstas neste código

Artigo 2.139º- Sucessão dos cônjuges e dos descendentes

1. A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.

2. Se o autor da sucessão não deixar cônjuge sobrevivente, a herança divide-se pelos filhos em partes iguais.

Artigo 2.142º - Sucessão dos cônjuges e dos ascendentes.

1. Se não houver descendentes e o autor da sucessão deixar cônjuge e ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança.

2. Na falta de cônjuge, os ascendentes são chamados à totalidade da herança.

3. A partilha entre os ascendentes, nos casos previstos nos números anteriores, faz-se segundo as regras dos artigos 2135.º e 2136.º

Dessa maneira, podemos concluir que a partilha que envolver multiparentalidade e cônjuge ou companheira, poderá seguir uma das seguintes soluções:

I) aplica-se a literalidade da lei civil brasileira, preservando-se a cota do cônjuge, cabendo a este um terço da herança e o restante dividido entre os três ascendentes de forma igualitária, como prevê com muita pertinência o Código Civil Português;

II) interpretando-se *contra legem* o Código Civil Brasileiro, mas respeitando o princípio da isonomia, o cônjuge concorrerá a quinhão exatamente igual ao dos outros ascendentes.

Os Tribunais Superiores não julgaram um caso concreto sobre o tema, mas o que se deve respeitar é a evolução da sociedade como um todo e diante desse novo cenário, a legislação deve se adaptar as novas famílias, conferindo a elas todos os direitos e deveres. Além disso, devemos reconhecer que o Código Civil Português, embora seja da década de 60, traz em seu bojo uma solução bastante plausível para esta celeuma trazida pelas novas formas de família.

2.3.1.5 Ação negatória de filiação socioafetiva

Uma vez reconhecida a filiação socioafetiva, não poderá ser desconstituída alegando que não há vínculo biológico, apenas poderá alegar como motivo para a cessação desse vínculo o erro ou fraude no ato jurídico que o ensejou.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitiu a anulação do registro civil quando evidenciado o vício de consentimento no ato jurídico:

Apelação cível. Ação negatória de paternidade. Alegação de vício de consentimento no registro. Relação socioafetiva abalada. Sentença desconstituída para oportunizar instrução do feito. Admite-se, em tese, a anulação do registro civil, comprovado vício de consentimento no ato jurídico, assim como a inexistência de relação socioafetiva entre o pai registral e o menor. Diante de tal alegação,

como causa de pedir, o processamento da ação, com regular instrução processual, se impõe a fim de oportunizar a produção das provas sobre o direito alegado. Apelação provida. Sentença desconstituída.¹⁴²

O Superior Tribunal de Justiça¹⁴³ decidiu no mesmo sentido, possibilitando a desconstituição da filiação em razão de vício de consentimento:

Admitiu-se a desconstituição de paternidade registral no seguinte caso: (a) o pai registral, na fluência de união estável estabelecida com a genitora da criança, fez constar o seu nome como pai no registro de nascimento, por acreditar ser o pai biológico do infante; (b) estabeleceu-se vínculo de afetividade entre o pai registral e a criança durante os primeiros cinco anos de vida deste; (c) o pai registral solicitou, ao descobrir que fora traído, a realização de exame de DNA e, a partir do resultado negativo do exame, não mais teve qualquer contato com a criança, por mais de oito anos até a atualidade; e (d) o pedido de desconstituição foi formulado pelo próprio pai registral. De fato, a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si só, não autoriza a invalidação do registro. Realmente, não se impõe ao declarante, por ocasião do registro, prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, essa presunção. Entretanto, caso o declarante demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, essa presunção poderá vir a ser ilidida por ele. Não se pode negar que a filiação socioafetiva detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227 da CF). Ocorre que o estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao dispender afeto, de ser reconhecido como tal. Em outras palavras, as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte do indivíduo que despender o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe da criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai consubstancia pressuposto à configuração de filiação socioafetiva no caso aqui analisado. Dessa forma, não se concebe a conformação dessa espécie de filiação quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento. Ademais, sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos sem

¹⁴² VILLARINHO, André Luiz Planella, relat. – Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o número 653729-33.2010.8.21.7000 de 29 de junho de 2011.

¹⁴³ BELLIZE, Marco Aurélio relat. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número 1.330.404-RS, de 05 de fevereiro de 2015

que voluntária e conscientemente o queira. Além disso, como a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, caberá somente a ele contestar a paternidade em apreço. Por fim, ressalte-se que é diversa a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais (“adoção à brasileira”), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial. Nesta hipótese – diversa do caso em análise –, o vínculo de afetividade se sobrepõe ao vício, encontrando-se inegavelmente consolidada a filiação socioafetiva (hipótese, aliás, que não comportaria posterior alteração). A consolidação dessa situação – em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242 do CP –, em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. Trata-se de compreensão que converge com o posicionamento perfilhado pelo STJ.

Sobre o tema, acrescenta Guilherme de Oliveira o interessado deve demonstrar que agiu com erro ou em razão de dolo ou coação para impugnar a paternidade socioafetiva:

A posse de estado obsta à impugnação da paternidade pelo marido quando, apesar da inexistência de um vínculo biológico entre o filho e o presumido pai, se estabeleceu “o estado de filiação, de natureza socioafetiva”. Para impugnar a paternidade registrada por força da presunção *pater is est* o marido tem de “provar não ser o genitor, no sentido biológico (por exemplo, o resultado do exame de DNA) e, por esta razão, não ter sido constituído o estado de filiação, de natureza socioafetiva; e se foi o próprio declarante perante o registro de nascimento, comprovar que teria agido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação”.¹⁴⁴

As situações acima mencionadas não podem ser confundidas com os casos em que se pleiteia a desconstituição do vínculo com o simples propósito patrimonial, ou seja, com o escopo de angariar herança. Nesse sentido julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁴⁵:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO. Autora que, ao início do feito, já contava com mais de 50 anos de idade, tendo durante mais de meio século, constado como filha do marido de sua mãe, que a registrou como tal. POSSE DO ESTADO DE FILHO. A filiação, mais do que um fato biológico é um fato social. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO, NO CASO CONCRETO. Conteúdo imoral na demanda,

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Guilherme de.- Critérios Jurídicos da Parentalidade. **Textos sobre Direito de Família**. Coimbra. [Em linha]. (2016), p. 284. [Consult. 01 Março de 2019]. Disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/38887>

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice, relat.- Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul com o número 70004989562, de 12 de outubro de 2002.

que, convenientemente, como de regra ocorre, busca a troca de um pai pobre por um pai rico. Apelo desprovido, por maioria, vencida a Relatora.

O afeto é o elemento principal dessas relações de parentesco, o seu reconhecimento perante a jurisprudência reflete o avanço do ordenamento jurídico na tentativa de acompanhar as inúmeras situações de fato que a sociedade apresenta:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO. SENTENÇA TERMINATIVA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DECRETADA EM FACE DA AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO ESCRITA DEMONSTRANDO O INTERESSE DOS PAIS DE CRIAÇÃO EM ADOTAR. RECURSO DA AUTORA COM O FITO DE VER RECONHECIDA A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO MANEJO DA AÇÃO. SUBSISTÊNCIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO QUE TEM AMPARO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO PROVIDO. 1- A tendência atual do Direito, e mais especificamente do Direito de Família, é a de gradativamente abandonar as formas jurídicas rígidas e em confronto com a realidade social em nome da satisfação da plena liberdade de desenvolvimento dos cidadãos no seio social. (...) 4- É inexorável o reconhecimento judicial de que a família na sociedade contemporânea é fruto muito mais do afeto e do sentimento de humanidade do que do DNA.¹⁴⁶

Ressalte-se que nos casos em que não há vínculo biológico, mas se estabeleceu um vínculo de afeto, restando demonstrado que desde o início, no momento da lavratura do registro de nascimento, não houve qualquer tipo de vício de consentimento, não é possível desconstituir o parentesco.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PRETENSÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. EXAME DE DNA EXCLUDENTE DO VÍNCULO GENÉTICO ENTRE AS PARTES. FILHO ADVINDO NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. DÚVIDA, DESDE O PRINCÍPIO, ACERCA DO LIAME CONSANGUÍNEO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO. ATO IRREVOGÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA PLENAMENTE CONFIGURADA. PREVALÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DO LAÇO AFETIVO AO BIOLÓGICO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O reconhecimento voluntário da filiação somente pode ser contestado acaso comprovado vício na manifestação de vontade. Caso contrário, o ato é irrevogável (CC/2002, art. 1.610), mormente em

¹⁴⁶VOLPATO, Denise, relat. – Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com o número 182795SC2006018279-5, de 18 de março de 2010.

se tendo formado a paternidade sócio-afetiva, a qual, na espécie, deve prevalecer sobre o vínculo genético, em prol dos interesses do menor envolvido.¹⁴⁷

No mesmo sentido, julgou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC/1973. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE PELO COMPANHEIRO DA MÃE. INEXISTÊNCIA DE ERRO SUBSTANCIAL QUANTO À PESSOA. FORMAÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO REGISTRO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO COMPROVADA.

1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC/1973, quando embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. A "adoção à brasileira", ainda que fundamentada na "piedade" e muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva, consistente no término do relacionamento com a genitora.

3. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito, em ação negatória de paternidade, depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado, na maioria das vezes, na convivência familiar.

4. Nos casos em que inexistente erro substancial quanto à pessoa dos filhos reconhecidos, não tendo o pai falsa noção a respeito das crianças, não será possível a alteração desta situação, ainda que seja realizada prova da filiação biológica com resultado negativo.

5. Em linha de princípio, somente o pai registral possui legitimidade para a ação na qual se busca impugnar a paternidade - usualmente denominada de ação negatória de paternidade -, não podendo ser ajuizada por terceiros com mero interesse econômico. (REsp 1412946/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/04/2016) 6. A interposição recursal com base na alínea "c" do permissivo constitucional exige a demonstração analítica da alegada divergência, fazendo-se necessária a transcrição dos trechos que configurem o dissenso e a menção às circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

7. Recurso especial provido.¹⁴⁸

¹⁴⁷ BRAGA, Stanley da Silva, relat., Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com o número AC 20120487096 SC 2012.048709-6, de 05 de setembro de 2012.

¹⁴⁸ SALOMÃO, Luis Felipe relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número REsp 1333360 / SP, de 18 de outubro de 2016

É patente na jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros que o afeto se sobrepõe ao vínculo biológico quando houver um conflito entre esses e que só é possível dissolver o vínculo de parentesco decorrente da socioafetividade se restar demonstrado qualquer tipo de vício na vontade emanada na ocasião em que reconheceu o filho, sendo a única e exclusiva situação em que se poderá ventilar uma negatória de paternidade.

2.3.1.6 Reconhecimento da filiação socioafetiva post mortem

O reconhecimento do vínculo da paternidade socioafetiva após a morte de um dos parentes de afeto, tem por escopo o reconhecimento do vínculo de afeto que os unia e que os tornavam pai e filho, mesmo não havendo qualquer vínculo biológico.

A paternidade socioafetiva *post mortem* tem os mesmos efeitos da adoção póstuma, naqueles casos em que o filho socioafetivo provoque o Poder Judiciário para que seja reconhecida a sua paternidade e, conseqüentemente, que possa figurar no rol dos herdeiros legítimos.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu por reiteradas vezes que para o reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* é salutar que seja comprovada a vontade inequívoca de adotar pelo pai de afeto e que seja de conhecimento de todos o vínculo afetivo existente entre eles, antes do falecimento.

Esse vínculo pode ser demonstrado por meio de fotos, bilhetes, vídeos de celular, *posts* nas mídias sociais, bem como por provas testemunhais.

Assim, verifica-se que o reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* tem como suporte a posse do estado de filho que o pai socioafetivo tinha em vida com o filho afetivo.

Não olvidamos a questão das demandas frívolas, aqueles casos em que se busca o reconhecimento da filiação biológica *post mortem* com o fim puramente patrimonial, ou seja, -filhos que passaram toda a sua vida sob os cuidados de seus pais afetivos que, inclusive formalizaram essa situação de fato, inserindo no assento de nascimento o seu nome como genitor- ingressar com ação judicial com o intuito de excluir essa paternidade e incluir o pai biológico pré-morto para poder figurar como herdeiro do falecido ou, ainda, querer acrescentar mais um pai com o fim de herdar duas heranças.

Essas demandas frívolas, apenas com interesses financeiros, devem ser vetadas pelo Judiciário, para que não utilizem esse mecanismo para angariar riquezas, distorcendo o intuito do direito de família, que é possibilitar crescer os pais socioafetivos no seio familiar, concedendo-lhes direitos e deveres de todo e qualquer pai biológico, sempre buscando respeitar o melhor interesse da criança e adolescente.

Importante trazer à baila os casos de inseminação *post mortem*, uma vez que a Doutrinadora Stela Barbas aborda a temática asseverando que grande parte da doutrina alemã conceitua que tal procedimento médico violaria os bons costumes:

Um setor significativo da doutrina alemã considera que a inseminação “post-mortem” não deve ser permitida na medida em que configura uma violação dos bons costumes. Além disso, defende que o direito pessoal de decidir sobre a utilização de gametas humanas se extingue com a morte da pessoa (contrariamente ao que se passa com o resolução sobre a doação de órgãos).¹⁴⁹

Além disso, a inseminação “post-mortem” limita o direito inderrogável da criança beneficiar da estrutura biparental da filiação:

Independentemente dos complexos problemas jurídicos que a aceitação da inseminação “post-mortem”, necessariamente, equaciona, o grande argumento para a sua proibição baseia-se no direito inderrogável da criança beneficiar da estrutura biparental da filiação. É de condenar a criação, a fundação voluntária de uma família unilinear póstuma.¹⁵⁰

A aludida Doutora¹⁵¹ arremata no seguinte sentido: “Penso que é de admitir a inseminação artificial post-mortem, não como um fim em si mesmo mas, como um meio para resolver um fim. Que fim? Proteger o direito ao Património Genético daquele ser que já está formado desde o momento da concepção.”

Dessa forma, em casos de inseminação artificial *post mortem*, utilizando material genético do falecido e, pretendendo-se, em seguida, reconhecer também o vínculo socioafetivo de um terceiro, seria imprescindível analisar os fatos, para verificar se realmente há a presença de afeto consolidado.

¹⁴⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves- **Direito ao património genético**. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 132.

¹⁵⁰ *Idem- Ibidem*.

¹⁵¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves- **Direito ao património genético**. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 136.

2.3.1.7 Poder familiar: emancipação. Autorização para casamento. Representação do relativamente incapaz. Usufruto dos bens dos filhos menores. Responsabilidade pela reparação civil.

Durante muitos anos o poder familiar se assentava na figura da autoridade do pai, chefe de família.

Diogo de Campos Leite¹⁵² nos ensina sobre a origem desse poder familiar ser concentrado na figura do pai:

A autoridade é, porém, temperada por uma lei. Deus pelo amor; o abade pela lei de Deus e pela regra de S. Bento; o marido pela lei de Deus e pelo Direito canônico. Haverá, pois, sempre duas fontes de autoridade: um texto escrito e uma pessoa viva. Na vida monástica escolhe-se o pai: os monges elegendo o abade, qual o pai que por sua vez gera os filhos pelo seu ensino. Também a esposa escolhe o esposo que há-de levar pelo caminho da salvação.

O pai transforma-se, assim, numa verdadeira fonte de criação de Direito, de normas da organização interna da família que se impõem aos seus dependentes, mulher, filhos e outros. A vontade do pai é “lei” a cada momento.

Os pais, em igualdade de condições, exercem o poder familiar sobre os filhos menores, portanto esse múnus abrange a concessão da emancipação, autorização para casamento e para representar o relativamente incapaz na prática dos atos da vida civil, assim como o usufruto dos bens dos filhos menores.

Deve ser exercido de forma concomitante, assim, nos casos de multiparentalidade, todos os pais terão o direito e o dever que decorrem do poder familiar.

Somente não será exercido conglobadamente naqueles casos excepcionados pela própria lei, como falecimento e decisão judicial que determina a perda ou suspensão do poder familiar. Nessas situações, caberá aos demais pais o exercício pleno desse múnus públicos.

No que tange à responsabilidade pela reparação civil, dispõe o art. 932, inciso I, do Código Civil Brasileiro que os pais são responsáveis pela reparação civil pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, ou seja, se o ato que ensejou a reparação civil foi praticado quando o menor estava sob a guarda de um dos pais, os demais (nos casos de multiparentalidade) não serão responsabilizados se demonstrarem que não concorreram com nenhuma culpa ao evento danoso.

¹⁵² CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de- **Lições de Direito de Família**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 82.

No direito Português, Jorge Duarte Pinheiro¹⁵³ pontua sobre o exercício das responsabilidades parentais:

Se os pais vivem juntos, casados ou em união de facto, aplica-se o regime de exercício conjunto pleno das responsabilidades parentais (arts. 1901º, 1902º e 19011º, n. 1). Ou seja, ambos decidem em acordo (efectivo ou presumido) todas as questões da vida do filho, sejam elas ou não de particular importância.

No que se refere aos pais que não coabitam, acrescenta:

Se os pais nunca viveram juntos, estão divorciados, separados ou deixaram de viver em união de facto, haverá exercício conjunto mitigado das responsabilidades parentais (arts. 1906º, n. 1 e 3, 1911º, n. 2, e 1912º, n. 1). Isto é, ambos decidem em matérias de particular importância. No que toca aos actos da vida corrente do filho, o exercício das responsabilidades parentais cabe ao progenitor que com ele reside habitualmente.

Portanto, a multiparentalidade não exclui, assim como não reduz, a responsabilidade dos pais perante seus filhos menores. Na verdade, agrega mais uma pessoa nessa rede de responsabilidades que os detentores do poder familiar possuem.

¹⁵³ PINHEIRO, Jorge Duarte- **O Direito da Família Contemporâneo**. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6763-6, p. 238-239.

3 FORMAS DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

3.1 No Brasil

3.1.1 Reconhecimento voluntário diretamente no cartório

A paternidade socioafetiva começou a ser regulamentada no Brasil por Provimentos Administrativos nos âmbitos estaduais e, posteriormente, em âmbito nacional, mas ainda não existe uma Lei que discipline a matéria.

A filiação socioafetiva é objeto de construção doutrinária e jurisprudencial, consubstanciada pelos princípios constitucionais da dignidade, afetividade, paternidade responsável, pluralismo familiar e melhor interesse da criança e do adolescente.

O cenário começou a mudar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu art. 227, parágrafo 6.¹⁵⁴, a previsão do princípio da igualdade entre os filhos.

Posteriormente, com o advento do Estatuto da Criança e Adolescente¹⁵⁵ (Lei n. 8069/90), que possibilitou a adoção, permitindo aqueles pais que não podiam ter filhos ou os que optassem em não gerar fisiologicamente seus descendentes, pudessem adotar uma criança ou adolescente.

Na sequência foi promulgada a Lei n. 8560/92 disciplinando que nos casos em que só a maternidade for estabelecida, deverá o suposto pai ser notificado para que, caso queira, reconheça a paternidade em procedimento administrativo.¹⁵⁶

No ano de 2002 entrou em vigor o novo Código Civil¹⁵⁷, que trouxe em seu bojo a previsão expressa do reconhecimento da filiação em atos extrajudiciais, como escritura pública ou escrito particular.

Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:

¹⁵⁴ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União, Seção 1** (05-10-1988), p. 1.

¹⁵⁵ LEI n.º 8.069/90. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (16-07-1990), p. 1.

¹⁵⁶ LEI n. 8.560/92. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (30-12-1992), p. 18417.

¹⁵⁷ LEI n.º. 10.406/2002. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (11-01-2002), p. 1.

(...) Dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação;

(...)

Art. 1609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

(...) Por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;”

O Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁸ reconheceu pela primeira vez no ano de 2009, a possibilidade de reconhecimento de filiação socioafetiva mediante Escritura Pública:

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS . ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL.

1- [...]

2- .Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza.

Esse julgado trouxe uma mudança de paradigma, pois a partir de então passou-se a admitir o reconhecimento de filiação socioafetiva mediante escritura pública e não só a filiação biológica como era tido anteriormente, já que o Superior Tribunal de Justiça decidiu como válido e legal o ato, fazendo uma interpretação extensiva das normas existentes para abranger também o filho socioafetivo.

O Provimento n. 16/2012 do Conselho Nacional de Justiça possibilitou o reconhecimento de filiação biológica diretamente perante o Cartório de Registro Civil, porquanto até a edição deste Provimento só era possível a formalização da filiação biológica mediante determinação judicial, o que dificultava e, por muitas vezes, permitia que algumas situações ficassem à margem da lei em razão da morosidade e, até mesmo, de dispêndios financeiros para mover a máquina judiciária.

Após essas Leis e a edição dos Provimentos Estaduais acima mencionados, foi editado o Provimento n. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, posteriormente alterado

¹⁵⁸ NORONHA, João Otávio de relat. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número 709.608/MS, de 05 de Novembro de 2009.

pelo Provimento n. 83/2019 do CNJ, permitindo o reconhecimento de filiação socioafetiva diretamente perante os Cartórios de Registro Civil no Brasil e, com isso, trouxe uma rápida resposta aos anseios da sociedade, que clamavam por uma facilitação na formalização de situações de fato já consolidadas, mas que não tinham o reconhecimento de seus direitos e deveres pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Saliente-se que há algum tempo já existiam legislações estrangeiras regulamentando a filiação socioafetiva, como a Belga, a Francesa e a Argentina. Essas leis possibilitavam e ainda possibilitam a garantia da estabilidade social e o pleno desenvolvimento da pessoa, pois permitem que seja reconhecida juridicamente uma situação de fato, estendendo todos os direitos e deveres legalmente previstos.¹⁵⁹

A filiação socioafetiva se origina na existência concreta de vínculos afetivos entre o genitor e/ou genitora e o filho, podendo ser reconhecida independentemente da prévia indicação e/ou existência da paternidade ou da maternidade biológicas registradas no assento de nascimento do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Trata-se de um ato de vontade, da pessoa que quer assumir a paternidade/maternidade, como consequência do vínculo afetivo profundo formado em decorrência da convivência, evidenciando a situação de fato conhecida como posse de estado de filho.

Essas situações de fato já consolidadas, levadas a registro por pais e mães não biológicos, vem sendo mantidas, mesmo que posteriormente haja impugnação pautada em ação negatória intentada pelos demais herdeiros, os tribunais superiores vem mantendo essa filiação inspirado no vínculo afetivo já pré-constituído, como esclarece Paulo Lobo: “Toda vez que um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, como a decorrente da paternidade socioafetiva consolidada, esta não poderá ser impugnada nem contraditada. A investigação de paternidade só é cabível quando não houver paternidade, nunca para desfazê-la.”¹⁶⁰

¹⁵⁹ BOEIRA, José Bernardo Ramos- **Investigação de paternidade: posse de estado de filho, paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

¹⁶⁰ LOBO, Paulo-Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 485.

Caso contrário, poderia ocasionar a violação da dignidade do filho, caso se permitisse prover demanda com o escopo de excluir o nome do genitor afetivo do seu registro de nascimento.

Pai afetivo é aquele que cuidou do filho, se dedicando com zelo e amor, priorizando a sua educação e sustento e, portanto, o acolhimento de ação de investigação de paternidade/maternidade irá confrontar diretamente com a verdade social consolidada, baseada no afeto.¹⁶¹

Conforme assevera Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a filiação deve fundar-se em vínculos afetivos, capazes de tornar efetivo o direito à convivência familiar:

Como vem sendo defendido pela doutrina contemporânea, a verdadeira paternidade - e, conseqüentemente, filiação - somente é possível em razão de um ato de vontade ou de um desejo, podendo ou não decorrer do fator biológico e, tal orientação vem merecendo atenção por parte de vários sistemas jurídicos que reformaram suas legislações em matéria de filiação com a introdução, por exemplo, da noção da posse de estado de filho, como é o caso do direito francês. No direito brasileiro, com base na noção de melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar.¹⁶²

Todavia, não havendo filiação declarada perante o Registro Civil das Pessoas Naturais, no momento da lavratura do assento, o reconhecimento posterior da filiação socioafetiva deverá contar com a anuência de todos os interessados, como os pais constantes no registro, assim como do próprio filho reconhecido, conforme apregoam os Provimentos n.º 63/2017 e n.º 83/2019 da Egrégia Corregedoria Nacional de Justiça, por se tratar de procedimento de natureza puramente administrativa, necessita da declaração de anuência de todos os envolvidos, até mesmo para evidenciar o vínculo de afeto pré-existente e evitar fraudes.

O procedimento é simples, devendo o pai ou a mãe socioafetivos comparecerem no cartório e perante o Oficial declararem que determinada pessoa é seu filho socioafetivo. Para

¹⁶¹ PÓVOAS, M. C- **Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

¹⁶² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da- **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 483

tanto, se faz necessária a anuência dos pais biológicos da pessoa maior de 12 anos de idade, assim como será necessária a sua concordância.

Dessa maneira, não é possível a declaração unilateral de reconhecimento de filiação socioafetiva, havendo necessidade da anuência dos pais constante do assento e também da criança que terá a paternidade socioafetiva reconhecida. Isso se dá para que seja possível demonstrar o vínculo de afeto consistente entre os interessados, conforme prevê o art. 10 do Provimento n. 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

§ 2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

§ 3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

§4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.

Diferencia-se, portanto, do reconhecimento de filiação biológica, porquanto este independe da anuência dos demais envolvidos, como o da genitora e o do filho a ser reconhecido, bastando, para tanto, a comprovação do vínculo biológico.

A filiação biológica é fundada em laços de consanguinidade e é presumida, conforme as hipóteses previstas em lei, conforme denota o artigo 1597 do Código Civil:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

- I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II- nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.¹⁶³

Cabe ao Registrador Civil, mediante perguntas e percepções, aferir se existe realmente o vínculo afetivo. O Provimento 63/2017¹⁶⁴ não exigia requisito determinado, assim como também não exigiu o Provimento 16/2012¹⁶⁵, que regulamentou o reconhecimento de filiação biológica.

Todavia, o Provimento n. 83/2019 tentou trazer maiores direcionamentos para regulamentar o reconhecimento socioafetivo, trazendo como requisito a formalização de um procedimento pelo Oficial de Registro Civil que deverá autuar com os documentos que demonstrem a existência do vínculo de afeto e encaminhar ao Ministério Público para parecer, conforme a nova redação do parágrafo 9. do artigo 11:

§ 9º Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer.

I – O registro da paternidade ou maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador após o parecer favorável do Ministério Público.

II – Se o parecer for desfavorável, o registrador não procederá o registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente.

II – Eventual dúvida referente ao registro deverá ser remetida ao juízo competente para dirimí-la.

Salomão¹⁶⁶ assevera que para que surta efeitos jurídicos é de suma importância que a paternidade seja documentada, veja:

Para que o reconhecimento de paternidade surta efeitos jurídicos, ele deve ser documentado, e a forma extrajudicial, perante o notário ou o oficial do registro civil das pessoas naturais é, na atualidade, o meio mais rápido e prático de regularização desta situação de fato. O reconhecimento documental da paternidade proporciona o reconhecimento social, elemento caracterizador da dignidade humana.

¹⁶³ LEI n.º. 10.406/2002. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (11-01-2002), p. 1.

¹⁶⁴ PROVIMENTO n.º 63. **Diário de Justiça Eletrônico**, n.º 198/2017 (2017), p. 16-21.

¹⁶⁵ PROVIMENTO n.º 16. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 130/2012 (2012), p. 18-20

¹⁶⁶ SALOMÃO, Marcos Costa – **A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ**. [Em linha]. [Consult. 26 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>

Como a filiação socioafetiva tem origem e elementos de constituição distintos da filiação biológica, merece também tratamento diferenciado no que tange à formalização do seu reconhecimento no extrajudicial.

Neste caso deverá ser adotada a teoria da aparência para comprovar a posse de estado de filho (trato, nome e fama), devendo a aparência notória/social coincidir com a aparência íntima/privada, ou seja, a relação de afeto que é vista pela sociedade também deverá ser exercida no íntimo dos envolvidos.

Nesse sentido:

Na posse de estado se está para além da mera aparência de filho, uma vez que, não só se exige a coincidência entre a verdade exterior e objetiva- aferível pelo meio social- e a verdade interior e psicológica, mas esta verdade interior se manifesta também objetivamente, na naturalidade com que se edifica a vida em relação.¹⁶⁷

Os provimentos n. 63/2017 e n.83/2019 do Conselho Nacional da Justiça determinam que o reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva de qualquer pessoa, seja ela maior ou menor de idade, ocorrerá diretamente perante o oficial do registro civil das pessoas naturais, ainda que de local diverso de onde está o registro de nascimento.

Traz como um dos requisitos que é preciso ter no mínimo 18 anos de idade e, no mínimo, 16 anos a mais que o filho que será reconhecido, diferenciando portanto do reconhecimento de filiação biológica, já que o Provimento n. 16 do CNJ não exige a maioridade, podendo o ato de reconhecer o filho ser praticado pelo relativamente menor.

Ademais, veda expressamente o reconhecimento de filiação socioafetiva entre irmãos, assim como avós e demais ascendentes reconhecerem como filhos os seus netos e demais descendentes.

No que tange à anuência, é necessário que todos os pais registrares concordem com o reconhecimento socioafetivo e que também seja necessária a anuência do reconhecido, justamente para evidenciar o vínculo de afeto existente entre ambos.

Ademais, o ato de reconhecimento de filiação socioafetiva é unilateral, ou seja, não se permite que seja praticado de forma conjunta, justamente para não permitir a adoção às avessas, assim, cada reconhecimento será lavrado em momentos distintos e em termo próprio,

¹⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson- **Comentários ao novo Código Civil, v. XIII: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das relações de parentesco.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.108.

devendo o registrador fazer as entrevistas de forma individual, para poder aferir com precisão a existência do vínculo de afeto.

Após o parecer favorável do membro do Ministério Público, é lavrado o termo de reconhecimento e, na sequência, averbado à margem do assento de nascimento do filho reconhecido, expedindo uma nova certidão de nascimento sem mencionar a origem da filiação.

Esse novel Provimento permitiu às novas formas de famílias que a verdade real sobre a filiação conste nos documentos do registro civil, realizado em procedimento célere, feito diretamente perante os Oficiais de Registro Civil, dispensando a chancela judicial, que por muitas vezes é morosa e dispendiosa.

É um ato de jurisdição voluntária, cuja competência foi estendida ao registrador civil, porquanto além da capacidade técnica e conhecimento jurídico que detém, também está presente em todos os municípios, mesmo os mais longínquos, sendo por muitas vezes o único representante do Estado presente no local.

Agindo assim, o Poder Judiciário delega ao registrador público um ato que lhe era exclusivo, pautado pela confiança na qualidade do serviço registral do Brasil, reconhecido como um dos mais eficientes do mundo, visando a desjudicialização e a desburocratização, ratificando a função social do registrador público brasileiro como promotor da dignidade humana.¹⁶⁸

3.1.2 Escritura Pública

O reconhecimento de filiação socioafetiva também poderá ser formalizado mediante Escritura Pública a ser lavrado em quaisquer dos Tabelionatos situados no Brasil, assim como perante os Consulados Brasileiros existentes pelo mundo.

¹⁶⁸ SALOMÃO, Marcos Costa – **A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ.** [Em linha]. [Consult. 26 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>

Essa declaração de vontade emitida pelo pai socioafetivo terá valor probatório passível de ensejar o registro da paternidade socioafetiva, entretanto, nesses casos, não será permitido que seja feito diretamente perante os Cartórios de Registro Civil, sendo necessário ingressar com uma ação judicial para que reconheça que aquela vontade externada no instrumento público deve ingressar no registro civil.

Os Provimentos n. 63/2017 e n. 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça só permitiu o reconhecimento de filiação socioafetiva diretamente nos Cartórios se for possível o Oficial entrevistar os envolvidos e poder aferir com maior precisão possível a existência do vínculo de afeto, razão pela qual a simples apresentação da Escritura Pública não é documento hábil para ingresso diretamente no Registro Civil, deve ser somado a outros elementos probatórios, caso contrário, deverá ser submetido ao crivo do judicial.

Poderia questionar o fato do pai afetivo ter declarado perante um Tabelião de Notas, que igualmente exerce um múnus público e é detentor de fé pública, todavia, o Provimento não se pronunciou nesse sentido, mas que com a evolução do instituto de filiação socioafetiva, muito brevemente também viabilizará essa forma de reconhecimento, assim como é feito com os filhos biológicos.

No mesmo sentido¹⁶⁹, importante mencionar:

É de interesse público o estabelecimento dos vínculos de filiação e é direito fundamental a busca da identidade, como natural emanção do direito de personalidade de um ser e do direito à felicidade.

Neste contexto, a falta de norma legal no direito positivo pátrio que atribua efeitos jurídicos ao ato pelo qual os herdeiros reconhecem a condição de irmão, se o pai não o fez em vida, não pode se sobrepor ao direito fundamental ao reconhecimento da ascendência. O formalismo não pode se sobrepor a direitos fundamentais, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No Recurso Especial nº 604.154¹⁷⁰, o Ministro Humberto Gomes de Barros, ao se referir a ação proposta pelos netos contra o avô para reconhecimento de parentesco, asseverou:

¹⁶⁹ FISCHER, Flávio Bueno – **Reconhecimento de filiação biológica e afetiva em escritura pública**. [Em linha]. São Paulo: 2017. [Consult. 20 Set. 2019]. Disponível em <https://www.anoreg.org.br/site/2017/09/13/artigo-reconhecimento-de-filiacao-biologica-e-socioafetiva-em-escritura-publica-de-inventario-e-partilha-por-jose-flavio-bueno-fischer/>

¹⁷⁰ RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RELAÇÃO AVOENGA. RECONHECIMENTO JUDICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. – É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os seus herdeiros deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga. – Nenhuma interpretação

A falta de previsão legal deste tipo de ação não me parece justificativa suficiente para acoimar de juridicamente impossível o pedido. Se existisse um artigo de lei que vedasse expressamente a pretensão dos ora recorrentes, a situação seria outra. Mas não há. Examinando a situação sob outro prisma posso afirmar que, a par de não existir autorização, também não há qualquer vedação legal à pretensão dos recorrentes.

Nesta ação, os netos pleiteavam o reconhecimento de um direito de seu pai, de ter a sua filiação reconhecida e o Ministro entendeu que, mesmo que não tenha legislação autorizando o pedido, também não há vedação expressa.

E, diante de uma lacuna da lei, temos que levar em consideração o que o Ministro Fux afirma, “é o direito que deve servir a pessoa, e não a pessoa que deve servir o direito”, pois o preciosismo do formalismo não pode ser um obstáculo para a efetivação dos direitos fundamentais.

Sendo assim, podemos concluir que em razão de não haver uma vedação expressa da lei, é perfeitamente plausível exercer o direito de reconhecimento de filiação socioafetiva por meio de escritura pública.

3.1.3 Decisão Judicial

Após o advento dos Provimentos n. 63/2017 e n. 83/2019 permitindo o reconhecimento de filiação socioafetiva perante os Cartórios de Registro Civil, passou-se a facilitar a formalização dessas situações que se perduravam há anos, desburocratizando o procedimento que, até então, só era permitido mediante decisão judicial.

Os aludidos Provimentos prevê alguns requisitos que devem ser atendidos para que permita que o procedimento seja extrajudicial, como anuência dos pais biológicos e do filho, que deverá ter no mínimo 12 anos de idade e, ainda, que seja possível verificar pelo Oficial que não há suspeita de fraude ou quaisquer fatos que evidenciem burla à lei.

Caso a situação não preencha os requisitos prefalados, os interessados deverão ingressar com ação judicial para que seja reconhecida a situação de vínculo de afeto que configure uma filiação socioafetiva.

pode levar o texto legal ao absurdo. (REsp 604.154/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 01/07/2005, p. 518)

Diante disso, se as partes figurantes da relação não estão de acordo, ou não possam por algum motivo expressar as suas anuências, seja por ausência ou morte, assim como incapacidade física ou mental, esta vontade deverá ser aferida pelo Juiz de Direito que, juntamente com análise do conjunto probatório, verificará a existência ou não do vínculo de afeto que demonstre a relação de pai e filho.

Outra situação que enseja o ingresso de ação judicial se dá quando consta no registro a paternidade socioafetiva e, posteriormente, é questionada a paternidade biológica.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹⁷¹ julgou:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL. CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem manifestou-se em consonância ao entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de ser possível o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, mesmo na hipótese de existência de vínculo socioafetivo, uma vez que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser exercitado sem nenhuma restrição em face dos pais, não havendo falar que a existência de paternidade socioafetiva tenha o condão de obstar a busca pela verdade biológica da pessoa.

2. O registro efetuado pelo pai afetivo não impede a busca pelo reconhecimento registral também do pai biológico, cujo reconhecimento do vínculo de filiação, com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, é seu consectário lógico.

3. A jurisprudência desta eg. Corte é no sentido de que a inexistência de vínculo afetivo entre a investigante e o investigado não afasta o direito indisponível e imprescritível de reconhecimento da paternidade biológica.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

Além disso, com a alteração trazida pelo Provimento n. 83/2019, nas situações em que existirem filiação socioafetiva, mas que o reconhecido tenha idade inferior a 12 anos¹⁷²,

¹⁷¹ ARAUJO, Raul relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número 1738888/PE, de 23 de outubro de 2018.

¹⁷² “Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.”

deverá necessariamente tramitar na esfera judicial, o que não ocorria com o Provimento n. 63/2017, porquanto neste era permitido, principalmente para os casos de casais homoafetivos, que se utilizavam de técnicas de reprodução humana para terem filhos, não encontravam empecilhos ao registrarem seus filhos, porém agora terão que movimentar a máquina judiciária para obter esse direito.

Desta feita, embora o Provimento n.63/2017 tenha trazido grandes avanços no que tange a celeridade e a desjudicialização do Judiciário, ainda há situações que demandam a análise do conjunto probatório, sendo necessária a análise percuciente por um Juiz de Direito, com uma conseqüente prolação de uma decisão judicial reconhecendo ou não a situação questionada pelos interessados, mormente com o advento do Provimento n. 83/2019.

3.2 Em Portugal

O Ordenamento Jurídico Português é bastante conservador no que se refere à filiação, tanto que prevê expressamente as formas que dão origem a filiação no Código Civil, não deixando abertura para interpretações extensivas.

O Código Civil Português¹⁷³ traz em seu bojo as fontes das relações jurídicas familiares: “ART. 1576. (Fontes das relações jurídicas familiares) – São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção.”

O Direito Português é taxativo quanto aos vínculos que constituem o parentesco, tanto é que o legislador disciplinou taxativamente as situações que geram parentesco, não deixando em aberto o conceito como o legislador brasileiro, ao mencionar “outra origem”: “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”¹⁷⁴

O doutrinador Jorge Duarte Pinheiro¹⁷⁵ assevera que o enunciado do mencionado artigo é fechado porque foi elaborado por um legislador que não se utilizou de expressões meramente exemplificativas:

¹⁷³ NETO, Abílio- **Código civil anotado**. 19.ª ed. Lisboa: Ediforum, 2016. ISBN 978-989-8438-14-0

¹⁷⁴ LEI nº. 10.406/2002. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (11-01-2002), p. 1.

¹⁷⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte- **O Direito da Família Contemporâneo**. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6763-6. p. 33

A doutrina entende que não há mais relações jurídicas familiares para além das que se extraem do art. 1576. O problema é normalmente discutido a propósito da união de facto. Certos autores pressupõem, pura e simplesmente, a taxatividade do enunciado legal. Outros consideram que uma relação jurídica familiar implica deveres familiares ou um estado pessoal. Atendendo aos ensinamentos da Teoria Geral do Direito, em princípio, as tripologias legais não são taxativas. Acresce que as deficiências técnicas de que padece o art. 1576 (confusão de fontes das relações com relações, uso impróprio do termo ‘relação jurídica’) não favorecem a ideia de que o enunciado é fechado só porque foi elaborado por um legislador que não recorreu a expressões que revelassem o carácter meramente exemplificativo do mesmo (v.g., são fontes das relações jurídicas familiares, *entre outras*, o casamento, etc.).

Portanto, verifica-se que na própria legislação portuguesa não há possibilidades para o reconhecimento da filiação socioafetiva, como ocorre na legislação brasileira.

Verifica-se que a legislação portuguesa, bem como a sua jurisprudência caminham a passos curtos sobre o princípio da afetividade, o qual é analisado na maioria dos casos sob enfoque do direito de guarda e não sobre o reconhecimento de filiação.

Tanto é que ao fazer pesquisas jurisprudenciais no Superior Tribunal Federal, assim como nos Tribunais da Relação do Porto, Lisboa, dentre outros, não foi possível localizar sequer uma decisão acerca de reconhecimento de filiação socioafetiva. O que se percebe é que ainda são muito tradicionais e que privilegiam os vínculos biológicos.¹⁷⁶

Sendo assim, há que se esperar para que em Portugal as Conservatórias de Registro Civil possam fazer o reconhecimento de filiação socioafetiva de forma extrajudicial.

Mesmo assim, as Leis Portuguesas evoluíram muito no que se refere a reconhecimento de filiação.

Guilherme de Oliveira¹⁷⁷ explica sobre a evolução no reconhecimento de filho biológico:

A reforma de 1977 significou uma alteração enorme no quadro jurídico português. A determinação jurídica da paternidade continuou respeitar a máxima antiga *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, mas a impugnação da paternidade do marido passou a seguir o regime geral da “prova

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Guilherme de.- Critérios Jurídicos da Parentalidade. **Textos sobre Direito de Família**. Coimbra. [Em linha]. (2016), p. 271-306. 2016. [Consult. 01 Março de 2019]. Disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/38887>. p. 273.

do contrário”, baseada em qualquer facto e sujeita às mesmas práticas de convicção judicial. A negação da paternidade resultava serenamente da demonstração de que o marido era alheio à concepção. Por outro lado, os filhos nascidos fora do casamento tinham liberdade para investigar a paternidade, ora provando diretamente o facto biológico da progenitura, ora beneficiando de presunções que traduziam a probabilidade de o réu ser o progenitor. Em ambos os casos, o esforço probatório exigido deixou de exprimir quaisquer preconceitos antigos para passar a ser racional e proporcionado. O sistema, que antes atribuía o estatuto de pai por razões diversas da humilde verificação da progenitura subjacente, deixou de poder ser acusado de favorecer a instituição matrimonial ou a arbitrariedade dos homens. Deixou de interessar se o vínculo nascera de relações sexuais lícitas ou ilícitas, ou se o progenitor queria ou não queria assumir o estatuto jurídico correspondente. O vínculo jurídico da paternidade passou a assentar no vínculo prévio da progenitura e, desde então, a paternidade jurídica coincide com a paternidade biológica – cada um tem o pai que a biologia lhe deu.

Portugal tem a tradição de só atribuir direitos de filho àquele que tem vínculo biológico ou o que foi adotado formalmente, pois quanto às relações de afeto, decorrentes apenas da posse do estado de filho, não conferem direito algum.

Tirando o caso nítido da adoção – que nascia da vontade de assumir o papel de pai ou mãe e que se justificava pela perspectiva de construir um vínculo semelhante àquele que assentava na progenitura, no interesse do adotando – as relações de afeto ou de cuidado entre um adulto e uma criança, desacompanhadas de um vínculo biológico prévio, não tinham qualquer influência para sustentar uma relação jurídica parental, nem tinham o mérito de impedir a impugnação de um vínculo jurídico que se supunha a ser da progenitura mas que, comprovadamente, não coincidia com a verdade biológica.¹⁷⁸

Entretanto, essa panorâmica começou a trilhar um novo caminho quando no ano de 2006, com o advento da Lei n.º 32/2006¹⁷⁹, de 26 de julho, passou-se a admitir no Direito Português os filhos advindos de inseminação artificial, assim como dispôs que o doador do sêmem não poderia ser considerado como pai:

Art. 20 (...) havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada...”

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Guilherme de.- Critérios Jurídicos da Parentalidade. **Textos sobre Direito de Família**. Coimbra. [Em linha]. (2016), p. 271-306. 2016. [Consult. 01 Março de 2019]. Disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/38887>. p.273.

¹⁷⁹ LEI n.º 32/2006, de 26 de julho. **Diário da República I Série**, n. 143. Arts. 20 e 21.p. 5.245-5.250

Art. 21.º “(...) o dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

Neste momento, começou a analisar que o pai biológico nem sempre era o pai jurídico.

Além disso, foi interposta em 17/01/2018 e protocolada em 07/02/2018 na Assembléia da República uma Petição de número 451/XIII/3., solicitando seja legislada a parentalidade sócio-afetiva. A peticionante é Silvia Moreira Ferreira da Silva Alves.

A petição tem por objeto o reconhecimento legal da parentalidade sócio-afetiva, enquanto relação de facto “despida da ascendência genética”, merecedora de tutela “idêntica aos demais vínculos advindos da filiação”.

Transcrevo parte da Nota de Admissibilidade parecer da Assembléia da República, que por sua vez, descreve trechos da petição:

A peticionante considera que “Paternidade, maternidade e filiação não devem decorrer exclusivamente de informações genéticas e biológicas. A visão moderna do direito da família é da existência de um núcleo familiar unido por relações de afeto, solidariedade e amor, visando a realização da dignidade da pessoa humana através de outras formas de família que igualmente merecem a proteção do Estado.” (...) “deve dada primazia ao vínculo afetivo e aos cuidados de quem age como se pai ou mãe fossem, ... independentemente da opção sexual dos envolvidos” porquanto, “a família deixou de ser unicamente um núcleo econômico e de reprodução, assumindo um espaço destinado ao desenvolvimento do companheirismo, do amor e do diálogo – e por todas estas razões, é necessário um repensar da condição e do sentido de maternidade e paternidade sócio-afetivos e o essencial reconhecimento da mesma perante a sociedade e o ordenamento jurídico. Não há nada mais autêntico, do que reconhecer como pai e mãe quem age como pai/mãe , quem dá afeto, quem segura a proteção e garante a sobrevivência – ser pai ou ser mãe não está tanto no facto de gerar, quanto na circunstância de amar e servir.

Nessa petição, a suplicante menciona que no Brasil se reconhece a filiação socioafetiva, durante a vida do pai ou mãe afetivos, até mesmo depois da morte.

A aludida Petição n. 451 deu entrada na Assembleia da República em 17 de janeiro de 2018 e foi encaminhada à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias em 29 de janeiro de 2018, sendo admitida liminarmente em 07 de fevereiro de 2018.

Em 04 de abril de 2018 foi lavrado um relatório final e encaminhado ao Presidente da Assembléia da República –Ofício n. 340/XIII/1.^a-CACDLG/2018 mencionando que o “relatório foi aprovado por unanimidade”, constando ainda: “Que deve ser dado conhecimento da petição n. 451/XIII/3.^a e do presente Relatório aos Grupos Parlamentares,

para ponderação acerca da adequação e oportunidade de apresentação de iniciativa legislativa ou outra sobre a matéria(...)”

No presente momento, estamos na espera da apresentação do projeto de lei por um Parlamentar para incluir o reconhecimento da parentalidade sócio-afetiva no ordenamento jurídico Português.

Nesse pedido de alteração da legislação portuguesa, sustenta que para o reconhecimento da socioafetividade, é imprescindível a referência ao conceito jurídico de posse de estado, integrado conjunta e cumulativamente por três elementos, o nome, o tractus e a fama.

O conceito de posse do estado de filho em Portugal serve apenas como presunção do vínculo biológico em ações de investigação de paternidade, conforme se depreende do texto do Código Civil Português:¹⁸⁰

ART. 1830. (Reinício da presunção de paternidade) –Para o efeito do disposto no m. 1 do artigo 1826., são equiparados a novo casamento:

- a) A reconciliação dos cônjuges separados judicialmente de pessoas e bens;
- b) O regresso do ausente;
- c) O trânsito em julgado da sentença que, sem ter decretado o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, pôs termo ao respectivo processo.

ART. 1831. (Renascimento da presunção de paternidade) – 1. Quando o início do período legal da concepção seja anterior ao trânsito em julgado da sentença proferida nas acções a que se referem as alíneas a) e b) do n. 2 do artigo 1829., renasce a presunção de paternidade se, em ação intentada por um dos cônjuges ou pelo filho, se provar que no período legal da concepção existiram relações entre os cônjuges que tornam verossímil a paternidade do marido ou que o filho, na ocasião do nascimento, beneficiou de posse de estado relativamente a ambos os cônjuges. 2. Existe posse de estado relativamente a ambos os cônjuges quando se verificarem, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- a) Ser a pessoa reputada e tratada como filho por ambos os cônjuges;
- b) Ser reputada como tal nas relações sociais, especialmente nas respectivas famílias. (...).

Sobre presunção de paternidade, assevera Stela Barbas¹⁸¹:

Penso que, pelo menos à face do nosso direito, se o filho nascer após trezentos dias do falecimento do marido da mãe não vai ser titular da presunção de paternidade constante do artigo 1826.º, número 1 do Código Civil (Presunção de paternidade) dado que não teria sido concebido na constância do matrimónio. E, a acção judicial permitida na 2º parte do número 1 do artigo 1800.º (Fixação judicial

¹⁸⁰ NETO, Abílio- **Código civil anotado**. 19.ª ed. Lisboa: Ediforum, 2016. ISBN 978-989-8438-14-0

¹⁸¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves- **Direito ao património genético**. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 134.

da concepção) se poderia funcionar na hipótese do tempo da gestação ser, por exemplo, de trezentos e três dias ou trezentos e cinco dias, já não teria qualquer cabimento se tivesse decorrido um prazo de dois ou três anos como é evidente.

Ainda, a prefalada Doutora¹⁸² acrescenta que “Acontece, ainda, que se o filho for concebido depois da morte do pai não funciona a possibilidade prevista no artigo 1855.º (Perfilhação de nascituros) que determina que a perfilhação do nascituro só é válida se for posterior à concepção.”.

De mais a mais, o reconhecimento legal da parentalidade sócio-afetiva é devida, não só por motivações de cariz patrimonial- mediante o reconhecimento de direitos e benefícios do pai ou mãe socioafetivos, mas sim, pelo interesse e nobre desejo da pessoa ser reconhecida como filho nas suas relações sociais.

Em Portugal sempre se aceitou a “perfilhação de complacência”, possibilitando a adoção a casais do mesmo sexo, assim como estabeleceu a paternidade do marido da mulher que submeteu a tratamento de inseminação com doador.¹⁸³

Guilherme de Oliveira acentua que:

Não pode ignorar-se que o direito português, como a generalidade dos países próximos, contém os ingredientes típicos de onde partiu a evolução que outros países encetaram. Para sublinhar os mais importantes, pode dizer-se que, em Portugal, foi sempre relativamente tolerada a “perfilhação de complacência”, apesar das amplas (e até insólitas) possibilidades de impugnação que a lei sempre previu; é generalizado o instituto da adoção, que tem sido alvo de uma promoção considerável por parte do legislador; e também se tornou comum estabelecer a paternidade do marido da mulher que recorreu a inseminação com dador. Isto é, as hipóteses de constituição da paternidade com fundamento na vontade e na assunção das responsabilidades pelo cuidado são conhecidas há muito no direito português. Depois disto, os progressos da medicina da reprodução, aliados ao reconhecimento das uniões de facto e casamentos entre pessoas do mesmo sexo que o nosso Direito consagra, ampliam definitivamente as oportunidades para se vir a pretender a construção de uma parentalidade cada vez mais desligada do ancestral vínculo biológico, e a construção de uma multiparentalidade.

Portanto, a possibilidade de constituição da paternidade sob o fundamento tão somente na vontade e na assunção das responsabilidades pelo “filho” é de longa data em Portugal e que vem tomando força em razão dos progressos da medicina reprodutiva, somado

¹⁸² *Idem – Ibidem.*

¹⁸³ LEI n.º 32/2006, de 26 de julho. **Diário da República I Série**, n. 143. Arts. 20 e 21.p. 5.245-5.250

ao reconhecimento das uniões de facto e dos casamentos de pessoas do mesmo sexo, possibilitando uma parentalidade cada vez mais desligada do vínculo biológico.

O professor Guilherme de Oliveira¹⁸⁴, da Faculdade de Coimbra defende desde o ano de 1976 a verdade sociológica da parentalidade, afirmando que “mais rica de conteúdo e mais útil à vocação ordenadora do Direito do que a nua realidade biológica,” possibilitando a proteção das situações de convivência consolidadas, pacíficas, duradouras e sempre buscando atender o interesse do filho.

Além disso, o citado professor também se posiciona contra a impugnação da paternidade que tenha o escopo apenas de satisfazer interesses morais ou patrimoniais, capazes de destruir vidas inteiras de convivência familiar já consolidadas, pautadas tão somente no aspecto biológico.¹⁸⁵

Entretanto, o direito português ainda perfilha pelo caminho de que o estabelecimento da filiação é, primeiramente, biológico, com as exceções acima mencionadas, quando decorrentes de reprodução assistida, por exemplo.

O avanço alcançado no Brasil pela jurisprudência, doutrina e legislação no que tange ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva se deu inspirado no princípio do melhor interesse da criança.

Por outro lado, em Portugal utilizam-se do princípio semelhante, chamado de “interesse superior da criança”, o qual é fundamento para atribuição de responsabilidades parentais, como confiança a terceira pessoa (art. 1907 do Código Civil), instauração da tutela (art. 1921 do Código Civil), apadrinhamento civil (Lei n. 103/2009, de 11 de setembro), adoção ou, ainda, nos casos de guarda conferida a apenas um dos progenitores, estendendo o múnus ao seu companheiro (1904-A do Código Civil)¹⁸⁶.

Em Portugal, a Lei n.º 61/2008 introduziu uma regra que pode aplicar-se neste contexto – o art. 1906.º, n.º 4: “O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício”. Este texto, embora sem o dizer expressamente, quis autorizar o progenitor com quem o filho vive, ou com quem ele se encontra temporariamente, a delegar os seus poderes de exercício, livremente, num novo cônjuge ou

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Guilherme de- Sobre a verdade e a ficção no direito de família. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. vol. LI, 1976

¹⁸⁵ *Idem-Ibidem*

¹⁸⁶ NETO, Abílio- **Código civil anotado**. 19.ª ed. Lisboa: Ediforum, 2016. ISBN 978-989-8438-14-0

companheiro. Os seus poderes de exercício podem ser delegados sem o titular ter de pedir autorização ao outro progenitor, e sem se “presumir” o consentimento deste – o titular é livre de os ceder. Daí que não haja lugar à manifestação de objeções por parte do outro titular das responsabilidades parentais.¹⁸⁷

O Ordenamento Português é regido pelos princípios estruturantes do direito da filiação Português, assim, o princípio da verdade biológica e o princípio da taxatividade dos meios de estabelecer a filiação, por força dos quais o ordenamento jurídico interno considera ser do interesse superior da criança pertencer ao pai ou mãe biológicos, cujo direito é assegurado por meios dos institutos da averiguação oficiosa da maternidade, assim como da paternidade, são os únicos meios para se estabelecer a filiação, não possibilitando que a filiação socioafetiva, decorrente do afeto, tenha ingresso nos registos públicos, bem como seja atribuído direitos e deveres a essa situação de fato.

3.2.1 Reconhecimento diretamente nas Conservatórias do Registro Civil

O estabelecimento da maternidade resulta do fato do nascimento e se estabelece juridicamente por declaração, averiguação oficiosa ou reconhecimento judicial.

O Código Civil Português assim dispõe:

ART. 1796. (Estabelecimento da filiação) – 1. Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803º a 1825º. 2. A paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento.

Ao comentar os mencionados artigos, o advogado português Abílio Neto acrescenta que:

1. A reforma que, em 1977, incidiu no direito da filiação teve, por base, fundamentalmente, duas linhas de orientação; uma maior abertura à verdade biológica e a concessão de uma igualdade de tratamento aos filhos nascidos dentro e fora do casamento. 2. Com o disposto no n.º 1 o legislador vincou a total sujeição da lei ao facto biológico da maternidade, que é reconhecido pura e simplesmente, e retirar à mãe qualquer possibilidade de impedir a constituição do estado. O n.º 2 relativo à paternidade, limita-se a sintetizar vagamente as formas de estabelecimento jurídico do vínculo. Este texto merece duas observações: a) a paternidade também é um facto biológico – a

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Guilherme de.- Critérios Jurídicos da Parentalidade. **Textos sobre Direito de Família**. Coimbra. [Em linha]. (2016), p. 290. 2016. [Consult. 01 Março de 2019]. Disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/38887>

participação física do progenitor no acto da fecundação; b) a intenção que se atribui ao n.º 1 do artigo – a de furtar o estabelecimento da maternidade à intervenção da mãe e, assim, obriga-la a assumir o seu estado – não diverge muito da atitude do legislador perante o fenómeno da paternidade. A lei também quer que o pai biológico assuma o estatuto jurídico correspondente. A dificuldade – que faz a diferença – está só na circunstância de não poder provar-se o facto biológico da paternidade como se demonstra num parto.

Todo nascimento deve ser registado na Conservatória do Registo Civil. A perfilhação pode ser feita por declaração prestada após a elaboração do assento de nascimento e, inclusive, pode ser admitida a declaração conjunta prestada por ambos os progenitores perante o funcionário do Registo Civil.

Ademais, a perfilhação também poderá ocorrer mediante escritura pública lavrada pelo notário ou mediante um termo redigido por funcionário judicial.

Verifica-se que o Ordenamento Português é bastante formal no que se refere ao reconhecimento de filiação, permitindo apenas que esse ato se dê nos casos em que haja vínculo biológico, demonstrado por documentação probatória, somada a declaração de vontade dos genitores, assim como delimita as formas que esse vínculo será formalizado.

Dessa forma, vê-se que para possibilitar o reconhecimento socioafetivo diretamente nas Conservatórias de Registo Civil será necessário uma autorização expressa em lei, capaz de modificar todo o trâmite atualmente em vigor.

3.2.2 Decisão Judicial

O reconhecimento de filho também pode se dar mediante ação judicial. Nesta situação é necessário que se demonstre a posse do estado de filho somado ao vínculo biológico.

Pereira Coelho acrescenta que:

Posse de estado: se é matéria de facto ou de direito: a reputação e o tratamento como filho são conclusões de direito a que o julgador só pode chegar através de factos materiais que a tal respeitam hajam sido articulados e provados. Decidir se tais factos se provaram ou não é da exclusiva competência das instâncias, mas decidir se integram os conceitos jurídicos de reputação e tratamento é já questão de direito da competência das instâncias e do STJ.¹⁸⁸

¹⁸⁸ COELHO, Francisco Pereira- **Filiação. Apontamentos das lições.** Coimbra:Coimbra Editora, 1978. Pag. 120-121.

O Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou em situações onde havia concomitantemente vínculo biológico e posse do estado de filho, mas que no registro de nascimento constante na Conservatória do Registro Civil foi registrado como filho ilegítimo de outrem¹⁸⁹:

DIREITO CIVIL - RELAÇÕES JURÍDICAS / EXERCÍCIO E TUTELA DE DIREITOS - DIREITO DA FAMÍLIA / FILIAÇÃO / ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS - DIREITOS, DEVERES E GARANTIAS PESSOAIS.

1. A acção de investigação de paternidade, fundada na *posse de estado*, está sujeita a prazo de caducidade – art. 1817º do Código Civil: um *prazo-regra* de 10 anos (nº1) e dois *prazos especiais* de três anos, os constantes do nº2 e da al. b) do nº3, que aqui está em causa, e que se refere à cessação do tratamento como filho, pelo pai. O nº4 do mesmo normativo estabelece, a um tempo, um *ónus probatório* e um prazo – “*No caso referido na alínea b) do número anterior, incumbe ao réu a prova da cessação voluntária do tratamento nos três anos anteriores à propositura da acção*”. 2. Da conjugação dos arts. 1873º e nº4 do art. 1817º do Código Civil (este na redacção da Lei 14/2009, de 1.4) resulta que, se o investigador for tratado como filho pelo pretense pai, sem que tenha cessado voluntariamente esse tratamento, a acção pode ser proposta até três anos posteriores à data da morte do pai; se tal tratamento cessar voluntariamente a acção pode ser proposta dentro de um ano a contar da data em que o tratamento tiver cessado. O nº4 do art. 1817º, remetendo para a al. b) do nº3, impõe ao Réu o ónus de prova da cessação voluntária do tratamento nos três anos anteriores à data da propositura da acção. 3. O tratamento como filho por parte do pretense pai, baseia-se em presunção que favorece o investigador. Com efeito, dispensa a prova da filiação biológica, afirmando uma filiação com base no afecto, colocando a cargo do Réu o ónus da prova da cessação voluntária do tratamento nos três anos anteriores à propositura da acção – nº4 do art. 1817º do Código Civil. 4. O tratamento como filho, inerente à filiação sócio-afectiva, implica por parte do pai comportamento que, no plano afectivo e material, revele que existe um cuidado e protecção igual aos que os pais dispensam aos filhos, no quadro da vivência social e idiossincrática, sendo que a exteriorização dessas manifestações concludentes de reconhecimento deve ser olhada e apreciada no horizonte temporal dos costumes imperantes e prevalecentes na contingência do tempo. Assim, importará saber se o indigitado pai é uma pessoa reservada ou expansiva, se na comunidade os sentimentos de reprobção

¹⁸⁹ RAMOS, Fonseca relat.- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 4293/10, de 18 de fevereiro de 2015 [Em linha]. [Consult. 07 Mar. De 2019]. Disponível em [HTTP://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.PT/TC/ACORDAOS/20120247.HTML](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120247.html)

social são intensos, o que justifica resguardo e pudor. É de considerar relevante, no sentido do tratamento e reconhecimento, que exista uma actuação reveladora de um mínimo de afecto e ajuda moral e material ao longo do tempo, sendo de ponderar se existe proximidade territorial ou não, e se as circunstâncias pessoais do investigador *exigem* a mesma intensidade de afecto e ajuda material. (...) O tratamento como filho, inerente à filiação sócio-afectiva, implica por parte do pai comportamento que no plano afectivo e material revele que existe um cuidado e protecção igual aos que os pais dispensam aos filhos, no quadro da vivência social e idiossincrática, sendo que a exteriorização dessas manifestações concludentes de reconhecimento deve ser olhada e apreciada no horizonte temporal dos costumes imperantes e prevaletentes na contingência do tempo. Assim importará saber se o indigitado pai é uma pessoa reservada ou expansiva, se na comunidade os sentimentos de reprovação social são intensos o que justifica resguardo e pudor. Assim é de considerar relevante no sentido do tratamento e reconhecimento que exista uma actuação reveladora de um mínimo de afecto e ajuda moral e material, ao longo do tempo, sendo de ponderar se existe proximidade territorial ou não e se as circunstâncias pessoais do investigador *exigem* a mesma intensidade de afecto e ajuda material. g.n

Em um Acórdão do tribunal da Relação de Porto assentou que o afeto deve ser considerado sempre nas relações de filiação, inclusive ressaltou que, em alguns casos, o vínculo biológico, por si só, não deve prevalecer:¹⁹⁰

(...) Assim, quando a questão se coloca, como sucede no caso presente, entre a ponderação do vínculo biológico de parentalidade e a chamada paternidade sócio-afectiva (nomeadamente estabelecida com a família de acolhimento), as questões que importa equacionar são estas:

- Com quem é que a criança mantém uma relação afectiva mais profunda?
- Quem é para a criança, a figura primária de referência?

Estas questões têm na sua base os seguintes pressupostos: Os direitos dos pais não incluem o poder de desintegrar as crianças do seu ambiente e das suas relações afectivas principais. A figura primária de referência é aquela com quem a criança mantém uma relação afectiva recíproca e estável, quem lhe presta os cuidados, que a ama e protege, quem lhe proporciona condições para o seu desenvolvimento físico e psíquico, que a integrou na sua vida familiar e no meio que a circunda. A noção de “vida familiar” não se restringe apenas à família biológica. Como tem acentuado o TEDH, interpretando o artigo 8.º da CEDH, a relação entre crianças e famílias de acolhimento constitui “vida familiar” à luz daquela Convenção e deve ser vista como um critério orientador quando está em causa limitar a transferência da guarda para os pais biológicos.[4]

¹⁹⁰ DOMINGOS, Maria Adelaide relat.- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto com o número 758/04.8TBVFR-B.P1, de 07 de maio de 2012.

A estabilidade da “vida familiar” da criança e dos seus laços afectivos profundos, objectiva o conceito “interesse da criança”, evitando subjectivismo e discricionariedade por parte dos tribunais na aplicação do conceito.

O desrespeito pela continuidade dos cuidados prestados à criança e da relação afectiva recíproca, afastando-a da “pessoa de referência” provoca na criança o dano da separação, que os psicólogos não hesitam em qualificar como dano psicológico para a sua saúde (neste sentido deve ser interpretada a noção de perigo constante dos artigos 3.º, 4.º, alíneas a) e g) da Lei n.º 147/99, de 01/09, aplicáveis à regulação do exercício das responsabilidades por via do artigo 147.º-A da OTM). É este o dano a evitar, que radica no corte com as relações de afectividade com a pessoa de referência e que cria instabilidade na vida da criança, colidindo com o superior interesse da mesma.(...)

E não é só, também é de suma importância transcrever mais alguns julgados trazidos por Abílio Neto¹⁹¹:

I- O autor que nasceu em 13-02-45 e instaurou a acção de investigação de paternidade em 12-03-92, além de alegar a paternidade biológica do falecido, de quem os réus são herdeiros, tem de alegar e provar que foi tratado como filho pelo pretenso pai, uma vez que tal tratamento é o facto constitutivo daquela que corresponde à situação de facto traçada pelo art. 1871. N. 1, al. B), do CC. II- Tratar alguém como filho “e adoptar comportamentos e atitudes que caracterizam as relações entre pais e filhos, como a assistência económica, material e efectiva, reputar alguém como filho significa estar convencido da paternidade e a reputação pelo –reputou- , e –reputara,- utilizados nas respostas aos quesitos devem ser considerados com o significado comum que também lhes é atribuído de –considerou-, ou –consideravam-, (STJ, 12-12-2002, VER. N. 3912/02-6ª. Sumários, 12/2002)

E mais:

Provado que o investigado nunca recusou o tratamento de pai que A. lhe conferia quando o visitava no Dia do Pai, tudo se passa como se ele tivesse reconhecido tal manifestação de afecto filial, interiorizando-o e com ele se identificando (RG, 28-1-2004:cj, 1.º-279).

Diante disso, resta demonstrado que no Ordenamento Jurídico Português é permitido o reconhecimento de paternidade na esfera judicial e que, além de demonstrar o vínculo biológico, também é de assaz importância evidenciar o vínculo de afeto em alguns casos, e que a somatória de ambos traz um atendimento ao princípio do interesse superior da criança.

CONCLUSÃO

¹⁹¹ NETO, Abílio- **Código civil anotado**. 19.ª ed. Lisboa: Ediforum, 2016. ISBN 978-989-8438-14-0. p. 1489.

As células familiares sofreram diversas transformações ao longo dos séculos e os principais reflexos em nosso Direito surgiram no revogado Código Civil de 1.916 e na Constituição Federal promulgada em 1.988.

O estudo das famílias nos mostrou a queda do sistema patriarcal, onde todas as decisões que deviam ser tomadas cabiam ao homem. A hierarquia desse sistema ficava evidente nas disposições legais que disciplinavam o casamento.

Com essa mudança de visão das sociedades, os indivíduos começaram uma incansável busca por sua melhor realização pessoal e dos membros de seu grupo e como tal, o afeto se mostrou imprescindível.

A Constituição Federal, ao proteger tanto a família resultante do matrimônio, quanto a da união estável, contemplou a nova realidade social brasileira, expurgando de nosso ordenamento jurídico qualquer espécie de discriminação e abrindo margem para novos modelos familiares.

Nesse contexto temos o surgimento da família socioafetiva, em que o envolvimento afetivo entre os indivíduos é superior aos vínculos biológicos.

A filiação socioafetiva reflete o que ocorre em muitos lares brasileiros, onde pessoas que não possuem a mesma carga genética se tratam como pais e filhos, sustentada no afeto e na posse do estado de filho.

As figuras da adoção à brasileira e do apadrinhamento civil do Direito Português, buscam demonstrar que o afeto e a preocupação com o bom desenvolvimento e criação dos menores estão acima dos juízos de valores de certo ou errado, que o bem-estar social e o melhor interesse do menor devem ser resguardados por todos.

Com o advento da publicação dos Provimentos n. 63/2017 e n. 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça, possibilitando a regulamentação da situação de fato perante os Cartórios de Registro Civil, assegurou o acesso ao Estado Democrático de Direito dos cidadãos que vivenciavam essa situação, mas que viam na burocratização uma barreira para a efetivação dos seus direitos.

As constantes evoluções da humanidade nos trouxeram a um momento de supervalorização do afeto, ao ponto que passou o Estado a ter que se preocupar com a proteção das relações e a garantir direitos iguais aos advindos da relação biológica.

Reconhecer a existência tanto da parentalidade socioafetiva quanto da multiparentalidade, só tem a trazer benefícios aos indivíduos que a vivem, bem como à toda a sociedade, já que apenas formalizará uma situação de fato já existente. Restou demonstrado para nós que na hipótese de se ter reconhecido ambos os institutos pela valorização do afeto, não excluem os deveres advindos do vínculo biológico.

O direito não busca a exclusão de vínculo em detrimento ao outro, na verdade o desejo é que haja a coexistência harmônica entre ambas, visto que se trata de uma realidade, “pois a pessoa humana passará a ser cada vez menos familiar e cada vez mais socializada.”¹⁹²

O direito de família avança a uma velocidade extremamente rápida, principalmente no que tange ao campo do afeto, já que sempre está buscando a efetividade aos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança.

FONTES DOCUMENTAIS

¹⁹² JOÃO PAULO P. P. apud BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves- **Direito ao património genético**. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 166.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União, Seção 1** (05-10-1988), p. 1.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República I Série**, N.º 86 (10-04-76).

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 25 de abril. [Em linha]. Lisboa: Assembleia do Parlamento, 1976. [Consult. 15 Abril. 2019]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil, 2002-2013**. Brasília/DF. [Em linha]. Consult. 27 de fevereiro de 2019]. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>

DECRETO-LEI n.º 47344/66, de 25 de Novembro. Código Civil de Portugal. **Diário da República I Série**, n. 274/1966. p. 1883-2086

LEI n.º 13.105/2015. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (17-03-2015), p.1.

LEI n.º 6.015/73. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (31-12-1973), p. 13528.

LEI n. 8.560/92. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (30-12-1992), p. 18417.

LEI n.º. 10.406/2002. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (11-01-2002), p. 1.

LEI n.º 8.069/90. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (16-07-1990), p. 1.

LEI n.º. 3.133/1957. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (08-05/1957), p. 1.

LEI n.º. 4.655/1965. **Diário Oficial da União, Seção 1**, (02-06-1965), p. 1.

LEI n.º 32/2006, de 26 de julho. **Diário da República I Série**, n. 143. Arts. 20 e 21.p. 5.245-5.250

LEI n.º 7/2001, de 11 de maio. **Diário da República I Série**, n. 109. p. 2797-2798

LEI n.º 103/2009, de 11 de setembro. **Diário da República I Série**, n. 177. 6210-6216

PROVIMENTO n.º 63. **Diário de Justiça Eletrônico**, n.º 198/2017 (2017), p. 16-21.

PROVIMENTO n. 16. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 130/2012 (2012), p. 18-20

PROVIMENTO n.º 83. **Conselho Nacional de Justiça**, 14/08/2019.

ARAUJO, Raul relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número 1738888/PE, de 23 de outubro de 2018.

BITTENCOURT, Cinthia Beatriz da Silva relat. Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com o número AC 325824, de 06 de setembro de 2011.

FUX, Luiz relat.- Acórdão do Supremo Tribunal Federal com o número 898060, de 01 de julho de 2015. [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2019]. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>

HEERDT, Paulo, relat. Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo com o número 588058412, Quarta Câmara Cível, de 21 de dezembro de 1988.

HEIL, Sérgio Izidoro relat.- Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com o número 2013.071449-1, de 27 de março de 2014.

SALOMÃO, Luis Felipe relat. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 1333360, de 07 de Dezembro de 2016.

SUPERIOR Tribunal de Justiça- Acórdão com o número 1.333.086/RO, Terceira Turma, de 06 Outubro de 2015. Voto Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

SUPERIOR Tribunal de Justiça- Acórdão com o número 1548187/SP, Terceira Turma, de 27 de Fevereiro de 2015. Voto Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE.

TRIBUNAL de Justiça de São Paulo- Apelação Cível n. 0006422-26.2011.8.26.0286- 1. Câmara de Direito Privado, de 10 de outubro de 2012. Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior.

VOLPATO, Denise, relat. – Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com o número 182795SC2006018279-5, de 18 de março de 2010.

FONTES BIBLIOGRÁFICAS

ALFAIATE, Ana Rita; RIBEIRO, Geraldo Rocha- Reflexões a propósito do apadrinhamento civil. **Revista do CEJ**. São Paulo (2013), pág. 120.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de- **Direito da Família e das Sucessões**. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-6742-1

ARIÈS, Philippe - **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves- **Direito ao património genético**. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

BARON, Kelly- **A União de Facto no Direito Comparado: Portugal e Brasil**. Porto: Faculdade de Direito – Escola do Porto Universidade Católica Portuguesa, 2016. Dissertação (Mestrado).

- BOEIRA, José Bernardo Ramos- **Investigação de paternidade: posse de estado de filho, paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAHALI, Francisco José- Dos Alimentos. In **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de- **Lições de Direito de Família**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital- **Constituição da República Portuguesa Anotada– artigos 1º a 107º**. 4a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Vol. I.
- CASSETARI, Christiano- **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva-Efeitos Jurídicos**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- COELHO, Fabio Ulhoa- **Curso de Direito Civil. v.1**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COELHO, Fabio Ulhoa- **Curso de Direito Civil. v.5**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COELHO, Francisco Pereira- **Filiação. Apontamentos das lições**. Coimbra:Coimbra Editora, 1978. Pag. 120-121.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de- **Curso de Direito da Família**. Coimbra:Coimbra Editora, 2011, Volume I.
- COMPARATO, Fábio Konder- **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CORDEIRO, António Menezes- **Tratado de Direito Civil Português**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2114-9
- DIAS, Maria Berenice - **Filhos do Afeto-Questões Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-7011-7
- DIAS, Maria Berenice- **Manual de direito das famílias**. 5.^a ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DIAS, Maria Berenice- **Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo CPC**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <http://docs10.minhateca.com.br/995240871,BR,0,0,Maria- Berenice - Dias - -Manua l - de - D i r e i -to-de-Fam%C3%ADlia-2016.pdf>>.
- DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 5: direito de família**. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena- **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86

- DINIZ, Maria Helena- **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 29.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DINIZ, Maria Helena- **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena- **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 29.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ENGELS, Friedrich- **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. [Em linha].Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. [Consult. 10 Jan. 2014]. Disponível em: <https://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/engels-a-origem-da-familia-da-propriedade-privada.pdf>>.
- FACHIN, Luiz Edson- **Comentários ao novo Código Civil, v. XIII: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.108.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; FIGUEIREDO, Luciano; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; INÁCIO, Wagner- **Código Civil para Concursos**. 4.^a ed. Salvador: Juspodium, 2016. ISBN 978-85-442-0676-8
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed. Lumen Juris Editora, 2010.
- FISCHER, Flávio Bueno –**Reconhecimento de filiação biológica e afetiva em escritura pública**. [Em linha]. São Paulo: 2017. [Consult. 20 Set. 2019]. Disponível em <https://www.anoreg.org.br/site/2017/09/13/artigo-reconhecimento-de-filiacao-biologica-e-socioafetiva-em-escritura-publica-de-inventario-e-partilha-por-jose-flavio-bueno-fischer/>
- FRAGA, Luís Alves de - **Metodologia da Investigação**. Lisboa: Abdul's Angels, 2017. ISBN 9789728973490
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. Volume 6. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 214.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da- **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 483
- GONÇALVES, Carlos Roberto- **Direito Civil brasileiro. v. 6: Direito de família**. 11 . ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- GONÇALVES, Carlos Roberto- **Direito Civil Brasileiro Vol. 7 – Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HILL, Shirley A. – **Families: A social class perspective** [Em Linha]. Los Angeles: Sage, 2012. [Consult, 14 Fev 2019. Disponível em <https://www.worldcat.org/title/families-a-social-class-perspective/oclc/694393963>
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes- **Família e casamento em evolução**. [Em linha] Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, 1999. [Consult. 14 de Fev. 2019]. Disponível em [www.ceap.br/material /MAT23082011195148.doc](http://www.ceap.br/material/MAT23082011195148.doc)>.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto- **A paternidade socioafetiva e a verdade real**. Revista CEJ [Em linha] n. 34. Brasília:2006, p.16. Consult. 26 de fevereiro de 2019]. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/723/903>>.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto- **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693**. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI. p.26.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto- O Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: família e sucessões**. Vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.392.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus- **Novas Modalidades de Família na Pós-Mo¹** DIAS, Maria Berenice- **Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo CPC**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <http://docs10.minhateca.com.br/995240871,BR,0,0,Maria-Berecine-Dias--Manua-l-de-Direito-de-Fam%C3%ADlia-2016.pdf>>.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus- **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MOREIRA, Daniel António Raimundo- **União de Facto: Um estudo sobre a regulamentação dos Efeitos Patrimoniais pelo Contrato de Coabitação**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. Dissertação em Mestrado
- MOREIRA, Daniel António Raimundo- **União de Facto: Um estudo sobre a regulamentação dos Efeitos Patrimoniais pelo Contrato de Coabitação**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. 25 f. Dissertação em Mestrado.

- MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J.J Gomes – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 1.^a ed. brasileira, 4.^a ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007. ISBN 978-85-203-3044-9
- NADER, Paulo- **Curso de direito civil: direito de família**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NETO, Abílio- **Código civil anotado**. 19.^a ed. Lisboa: Ediforum, 2016. ISBN 978-989-8438-14-0
- NEUMANN, Juarez Rosales- **Do casamento ao concubinato**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- OLIVEIRA, Guilherme de.- Critérios Jurídicos da Parentalidade. **Textos sobre Direito de Família**. Coimbra. [Em linha]. (2016), p. 271-306. 2016. [Consult. 01 Março de 2019]. Disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/38887>
- PELUSO, Ministro Cezar (coord.)- **Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Manole, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva- **Instituições de Direito Civil**. 5.^o v.: 17.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha- Parentalidade socioafetiva: o ato que se torna relação jurídica. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM. Vol. 9, 2015
- PIMENTEL, Helen Ulhôa - O casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico. **Em Tempos de Histórias**. Brasília. n° 9, (Maio 2005).
- PINHEIRO, Jorge Duarte- **O Direito da Família Contemporâneo**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6763-6
- PÓVOAS, M. C- **Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- RIZZARDO, Arnaldo- **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Silva- **Direito Civil: Volume 4**. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SALOMÃO, Marcos Costa – **A filiação socioafetiva pela posse de estado de filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ**. [Em linha]. [Consult. 26 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>
- TARTUCE, Flávio- **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 6.^a ed. São Paulo: Método, 2016.

- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando- **DIREITO CIVIL: Direito das Sucessões**. 6.^a ed. São Paulo: Método, 2013.
- TAVARES, Osvaldo H- **A Influência do Direito Canônico no Código Civil Brasileiro** [Em linha]. São Paulo: Justitia, v. 47, n.º 132; p. 49-56, out/dez 1985. [Consult. 20 Dez. 2018] Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/zwaz5b.pdf>>.
- VILLELA, João Baptista- Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito-UFMG**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito. ISSN 0304-2340. Ano XXVII, n. 21, (1979). p. 400-418. p. 400-418.
- WELTER, Belmiro Pedro- Filiação biológica e socioafetiva: igualdade. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. n.º 14 (2002), p. 133.
- XAVIER, Fernanda Dias - **União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade** [Em linha]. Brasília: TJDFT, 2015. [Consult. 10 Jan 2019] Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e--books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento>>.