

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO –
PUC/SP**

Allana Roberta Vianna Motta

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2021**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÚCLEO: DIREITO CIVIL

Allana Roberta Vianna Motta

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo – PUC/SP, como exigência final para
obtenção do título de Mestre em Direito, sob
orientação do Professor Doutor Oswaldo
Peregrina Rodrigues.

SÃO PAULO
2021

Banca Examinadora:

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos.

São Paulo, 31 de março de 2021.

Allana Roberta Vianna Motta

Dedico este trabalho à minha filha Laís, que me é fonte de inspiração diária no fortalecimento e consolidação dos vínculos afetivos e de amor, aprimorando minhas atitudes e intensificando nosso crescimento pessoal e emocional.

Não fostes vós que me escolhestes a mim; pelo contrário, eu vos escolhi a vós outros e vos designei para que vades e deis fruto, e o vosso fruto permaneça; a fim de que tudo quanto pedirdes ao Pai em meu nome, ele vo-lo conceda. Isto vos mando: que vos ameis uns aos outros. [João 15:16]

O presente trabalho foi realizado com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), estando a aluna na condição de bolsista.

This study was financed in part by the Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), the student being a scholarship holder.

AGRADECIMENTOS

A minha gratidão, primeiramente, a Deus que me concede, todos os dias, vida, sabedoria e perseverança para alcançar meus objetivos.

À minha amada mãe Maria Aparecida, pelo exemplo de dedicação em tudo o que faz, pela força de vontade em batalhar em prol de uma vida digna e honesta, pelo modelo de mestre na função de educar, me fazendo enxergar tudo como um grande aprendizado contínuo. E ainda, por ser excepcional mantenedora do meu crescimento pessoal, acadêmico e profissional, agradeço-lhe com o intuito de retribuir todos os esforços e investimentos em mim confiados.

Ao meu pai João Roberto e meus irmãos Allan e Arachelle, que me incentivam a continuar conquistando meus sonhos, como exemplo de coragem e determinação.

Ao Talis, companheiro na caminhada e construção familiar, pela paciência e compreensão e por entender os momentos de minha ausência ao dedicar-me ao curso e à pesquisa, em prol de deixar à sociedade um legado em favor das famílias.

Ao professor Doutor Oswaldo Peregrina Rodrigues, pelo acolhimento como sua orientanda, motivo pelo qual me sinto honrada; pelos ensinamentos de vida e conteúdo jurídico, além de ser um exemplo de quem faz do ensino uma arte de socializar o conhecimento.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pelo apoio financeiro que me foi concedido, como forma de proporcionar condições de pesquisa e estudo, bem como a conclusão deste trabalho.

SUMARIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – PARENTESCO E FILIAÇÃO.....	13
1.1. Contexto histórico de parentesco nas relações familiares.....	13
1.2. Filiação na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.....	17
1.3. Conceito de filiação.....	18
1.4. Formas de se constituir o vínculo de filiação.....	21
1.4.1. Filiação matrimonial.....	22
1.4.2. Filiação não matrimonial.....	23
 CAPÍTULO II – DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	30
2.1. Princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.....	32
2.2. Princípio da igualdade entre os filhos.....	38
2.3. Princípio da afetividade.....	41
2.4. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	46
2.5. Princípio da presunção da verdade registral.....	53
 CAPÍTULO III - A SOCIOAFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	58
3.1. Caracterização da afetividade.....	60
3.2. Reconhecimento da socioafetividade nas relações familiares.....	64
3.2.1. Reconhecimento voluntário e judicial.....	67
3.2.2. Reconhecimento <i>post mortem</i>	73
3.3. Requisitos para prova da filiação.....	75
3.4. Efeitos jurídicos e concretos da filiação socioafetiva.....	80
3.5. Da possibilidade de configuração da multiparentalidade.....	83
3.6. Correlação entre filiação socioafetiva e adoção.....	88
 CAPÍTULO IV - A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	93
4.1. Ativismo do Poder Judiciário e a Politização da justiça.....	95
4.2. Teoria da Concretização Constitucional.....	101
4.3. Prevalência da parentalidade socioafetiva sobre a biológica.....	105
4.4. Limites e critérios da filiação socioafetiva no Supremo Tribunal Federal.....	109
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIAS.....	117

RESUMO

Esse estudo tem como objeto de pesquisa o instituto da filiação socioafetiva sob a ótica do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração os ditames constitucionais e legais, os princípios aplicáveis ao Direito de Família, bem como os ensinamentos encontrados na doutrina brasileira. Para delimitar este estudo, lançamos a seguinte problemática: o STF apresenta limitações ao reconhecimento da filiação socioafetiva? Se sim, quais? Para responder a esses questionamentos, apontamos os liames e critérios estabelecidos pela Corte Suprema para que haja esse reconhecimento, de forma a garantir segurança jurídica às relações de família ainda não previstas na legislação. Para tanto, utiliza-se do método lógico sistemático, sendo a Constituição Federal o primeiro referencial e a partir de leituras seletivas, críticas, reflexivas e analíticas da legislação ordinária e da doutrina, demonstrar o alcance social da norma. Além disso, fez-se uma análise jurisprudencial de casos concretos acerca do tema, a fim de verificar o teor dos julgamentos nos tribunais brasileiros. Ainda no intuito de contextualizar o trabalho, discorremos sobre o que é a filiação socioafetiva, quais os requisitos e parâmetros elencados pela doutrina e explanamos os princípios que servem como base ao seu reconhecimento. Assim, a partir da hermenêutica civil-constitucional, o Supremo Tribunal Federal endossa o reconhecimento da filiação socioafetiva e a multiparentalidade como novo paradigma à constituição familiar.

Palavras-chave: filiação socioafetiva, Direito de Família, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study has as its research object the institute of socio-affective affiliation from the perspective of the Supreme Federal Court, taking into account the constitutional and legal dictates, the principles applicable to Family Law, as well as the teachings found in Brazilian doctrine. To delimit this study, we pose the following problem: does the STF have limitations to the recognition of socio-affective affiliation? If so, which ones? To answer these questions, we point out the links and criteria established by the Supreme Court for this recognition, in order to guarantee legal security for family relationships not yet provided for in the legislation. For this purpose, the systematic logical method is used, the Federal Constitution being the first reference and, based on selective, critical, reflective and analytical readings of ordinary legislation and doctrine, demonstrate the social scope of the norm. In addition, a jurisprudential analysis of specific cases on the subject was carried out, in order to verify the content of the judgments in Brazilian courts. Still in order to contextualize the work, we discuss what is the socio-affective affiliation, what are the requirements and parameters listed by the doctrine and explain the principles that serve as the basis for its recognition. Thus, based on civil-constitutional hermeneutics, the Supreme Federal Court endorses the recognition of socio-affective affiliation and multiparenting as a new paradigm for family constitution.

Keywords: socio-affective affiliation, family law, Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará questão da atualidade concernente à pauta e o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da filiação socioafetiva. Terá como foco principal a realização de uma análise aprofundada sobre o referido assunto, sendo necessária a seguinte delimitação: a filiação socioafetiva e suas limitações diante do posicionamento da Corte Constitucional Brasileira, levando-se em consideração conceitos como o ativismo do judiciário e a politização da justiça.

Nesse sentido, o tema apresenta sua relevância à medida que deverá investigar teorias como a da concretização constitucional, apresentar argumentos capazes de desenvolver as dimensões criativas do STF, além de analisar algumas jurisprudências, trazendo melhor entendimento à sociedade e expondo detalhadamente os aspectos constitucionais do tema proposto.

O interesse por este tema partiu do seguinte questionamento: quais os limites impostos pelo STF para que haja o reconhecimento da socioafetividade nas relações familiares?

A hipótese que permeia a solução desse problema constitui-se na hermenêutica civil-constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de valores e princípios constitucionais, que viabilizam o reconhecimento jurídico da socioafetividade, a fim de possibilitar sua aplicação nas relações familiares, notadamente no vínculo filial.

O entendimento inicial será de que tal hermenêutica está diretamente ligada aos seguintes princípios: da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, da afetividade e da parentalidade responsável.

O objetivo principal proposto para esta investigação é expor os liames estabelecidos pelo STF para aplicação da socioafetividade nas relações de família, considerando tratar-se de tema relevante para a sociedade, bem como para o ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, outras ações serão necessárias para dar conta do tema a ser investigado, tais como: compreender os limites do Direito positivo, analisar jurisprudências que trazem a discussão da possibilidade ou não de

reconhecimento do instituto da socioafetividade, apontar os princípios constitucionais e legais inerentes ao referido instituto, a base do que vem sendo publicado na doutrina brasileira.

O percurso metodológico adotado para realização da pesquisa estará fundamentado principalmente na análise jurisprudencial de casos concretos relacionados ao assunto, além da pesquisa qualitativa, com abordagem do método lógico sistemático, à medida que utilizar-se-á da Constituição Federal e da legislação ordinária como instrumentos para coleta de dados, bem como de sua interpretação, devendo esclarecer seu significado, mostrar sua validade, demonstrando o alcance social da norma, além dos estudos publicados na literatura e na doutrina relacionada ao tema. E ainda, demonstrar que a análise dos princípios constitucionais pode ser realizada conforme os fins sociais da norma e concretizando valores que levam ao bem comum. Serão levantadas pesquisas bibliográficas, através de leituras seletivas, críticas, reflexivas e analíticas, de modo que seja possível abordar de forma específica o tema proposto.

Para tanto, este estudo está organizado em quatro capítulos. O primeiro tratará a respeito do parentesco e da filiação, apresentando um contexto histórico e seu regramento jurídico no sistema brasileiro, com ênfase à filiação socioafetiva. O segundo capítulo abordará, especificamente, os princípios aplicáveis à filiação socioafetiva. O terceiro capítulo ressalta a questão da socioafetividade no direito de família e suas peculiaridades jurídicas em conformidade com o ordenamento civil brasileiro. E, por último, o quarto capítulo que demonstra o tema central, expondo a filiação socioafetiva sob a ótica do Supremo Tribunal Federal.

Espera-se que este estudo possa contribuir e aprofundar o conhecimento sobre o atual posicionamento do STF em relação à socioafetividade aplicável às relações de família, além de trazer benefícios à literatura jurídica sobre o assunto.

CAPÍTULO I – PARENTESCO E FILIAÇÃO

Este capítulo apresenta, inicialmente, o contexto histórico relativo ao parentesco nas relações familiares, assim como a evolução da família brasileira. Ainda sobre o tema, traz os fundamentos jurídicos encontrados na Constituição Federal de 1988, bem como no atual e vigente Código Civil de 2002. Em segundo lugar, o capítulo tratará sobre o conceito de filiação, além de suas espécies elencadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nos dias atuais, sabe-se que a família tradicional, constituída em razão do casamento entre homem e mulher, é apenas mais uma das várias configurações possíveis de se formar uma família. Em razão da transformação natural da sociedade, as mudanças legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais deram espaço à possibilidade de formação de uma família além daquela advinda do matrimônio.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Sílvio Venosa¹:

As fontes das relações de família são o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Não se pode esquecer atualmente da socioafetividade, como outra fonte de parentesco, como já faz o Projeto nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias), bem como da união estável.

Cumpre frisar que o enfoque deste estudo está baseado na afetividade que contorna as relações familiares, em especial, a filiação.

1.1. Contexto histórico de parentesco nas relações familiares

A formação e disciplina legal da família brasileira tem sua evolução influenciada pelas famílias romanas, germânicas e canônicas.

Em Roma, no período imperial, a formação da família não dependia da consanguinidade, vez que era estabelecida pelo vínculo religioso, afastando-se os laços de sangue. Nesse contexto, não era considerado da mesma família aquele

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** v. 6. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

que não apresentasse culto aos mesmos deuses. Além disso, a autoridade familiar era exercida pelo chefe de família, denominado “*pater familias*”, denotando uma instituição essencialmente patriarcal.

De modo distinto, o direito germânico, existente nas diversas nações bárbaras que se apossaram da Europa após a queda do império romano do ocidente, somente admitia a família constituída por pais e filhos ligados pelo vínculo biológico da consanguinidade.

Já o direito canônico enfatiza o caráter patrimonialista da formação familiar, à medida que é avesso ao divórcio, instituto este que traz contrariedade ao próprio caráter da família, inclusive com a prejudicialidade dos interesses dos filhos.

No que diz respeito especificamente ao parentesco faz-se necessário entender como se dá essa relação e por quais meios ela é formada.

Em parecer emitido à Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões acerca das relações de parentesco, o qual aponta o escorço histórico sobre o tema, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf² ensinam que as raízes do parentesco repousam no direito romano,

(...) no qual o parentesco apresentava-se de duas formas: o agnatício e o cognatício, fosse ele estabelecido pelo lado paterno ou pelo materno. Com Justiniano, a expressão *cognado* passou a abranger todos os parentes, tanto os provenientes da linha paterna como os da linha materna, pois este a extinguiu em 534, passando o parentesco a repousar na comunidade de sangue, tal como entendemos em nossos dias, o que se deu através de duas novelas célebres: a Novela 118, do ano 543 e a Novela 127, do ano 548.

A alusão feita pelos autores supracitados refere-se ao período posterior à queda do império romano do ocidente, em 476, momento em que a Europa assimila a cultura dos povos bárbaros, como por exemplo, a constituição familiar pelo vínculo consanguíneo. Logo, a cognação é o parentesco baseado na comunidade de sangue, como reconhecido pelo direito germânico.

² MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **As relações de parentesco na contemporaneidade.** Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano I, nº 1, Jul-Ago 2014. p. 126.

Ao tratar sobre a contribuição de Justiniano para o direito brasileiro, José Fábio Rodrigues Maciel³ afirma que o objeto de desejo do imperador era resgatar a época clássica do direito romano, a qual se caracterizava como o direito de uma sociedade evoluída.

De acordo com o aludido autor, à época,

A lei deixa de ser a principal fonte jurídica e os costumes ganham cada vez mais projeção. Esse retorno ao passado é tão grande que o direito escrito desaparece da Europa, ficando restrito ao Direito Canônico. Mas, a partir do século XII, há o reencontro dos europeus com o Direito Romano, e esse reencontro dá-se por meio do *Corpus Juris Civilis*.³

Importante lembrar que *Corpus Juris Civilis* é a principal compilação do direito romano, composto por quatro partes distintas, quais sejam: *Codex*, *Digesta*, *Institutiones* e as *Novelas* (leis novas – constituições imperiais produzidas pelo imperador Justiniano).

Apresentado esse histórico e voltando-se ao sistema jurídico brasileiro, sabe-se que o Código Civil de 1916 apresentava uma visão discriminatória da família, em que limitava a formação familiar em razão do matrimônio. O referido diploma deixava claro a exclusão de direitos na hipótese de vínculos extramatrimoniais, bem como nos casos de filhos concebidos fora do casamento, os quais eram chamados de “filhos ilegítimos” – expressão não mais utilizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Também como referência legislativa histórica, a Lei nº 883/1949 deliberava sobre o reconhecimento de “filhos ilegítimos”, proibindo expressamente a investigação de paternidade em face de homem casado. Por essa norma, a possibilidade de reconhecimento de “filho ilegítimo” na constância do casamento apenas poderia se dar por meio de testamento cerrado e o pagamento de pensão alimentícia somente dar-se-ia em processo sigiloso, tão somente para garantir a assistência material ao filho.

³ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **A contribuição de Justiniano para o nosso direito.** Jornal Carta Forense, 2005. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-contribuicao-de-justiniano-para-o-nosso-direito/180> Acesso em: 30 jun. 2020.

Referida norma fora revogada pela Lei nº 12.004/2009 que estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético – DNA, com base no que dispõe a Lei nº 8.560/92 que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Geisiane Martins e Rosa Salomão⁴ fazem a seguinte menção quanto ao Código Civil de 1916:

No referido ordenamento, o parentesco era considerado da seguinte forma: legítimo ou ilegítimo (a depender ou não da celebração do casamento) e o natural ou civil (resultante da consangüinidade ou da adoção). Tal concepção evidenciava o fator patrimonialista que permeava a instituição familiar.

Atualmente, é indiscutível que parentesco é a relação que vincula as pessoas umas às outras, em decorrência da consanguinidade, da afinidade e da adoção. Assim, pode-se dizer que o parentesco é natural quando envolve consanguinidade; quando decorrente do casamento ou união estável é denominado parentesco por afinidade e, por último, quando decorrente de adoção é chamado de parentesco civil.

Por outro lado, o artigo 1.593 do atual Código Civil atesta que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” Isso denota que o dispositivo apresenta cláusula geral e aberta, uma vez que menciona a expressão “outra origem”, dando margem à interpretação extensiva para alegar que a existência de laços afetivos também pode dar origem ao vínculo de parentesco.

Observa-se que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família passa a ter um tratamento jurídico mais abrangente, em que se valoriza não apenas o vínculo biológico ou patrimonial, mas também prepondera a relação de afetividade. O diploma de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro trouxe mudanças substanciais no que diz respeito à composição familiar brasileira, à medida que autoriza, também, a formação da família com base em laços afetivos.

⁴ MARTINS, Geisiane Oliveira; SALOMÃO, Rosa Maria Seba. **A família socioafetiva: as novas tendências do conceito de filiação.** Disponível em: www.ambitojuridico.com.br. Acesso em: 30 jun. 2020.

1.2. Filiação na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002

Há na Constituição Federal Brasileira de 1988, regra expressa dirigida ao Direito de Família, conforme seu artigo 226⁵. Nesse sentido, uma vez que a família é o pilar da sociedade e goza de proteção do Estado, esta não pode ser ignorada pelo mesmo, devendo-se preservar todas as estruturas familiares presentes na sociedade moderna.

De acordo com os ensinamentos de Oswaldo Peregrina Rodrigues⁶,

(...) em âmbito máximo, o legislador constituinte formulou a nova ordem, onde reconhece que, independentemente, do meio ou modo que se constitua, qualquer relação entre um homem e uma mulher, entre si, ou de quaisquer deles com seus descendentes, formada estará uma família ou uma entidade familiar, com todos os direitos e deveres, de ordem pessoal e patrimonial, dela advindos.

Compreende-se que o rol de modalidades de famílias expresso na Constituição Cidadã é exemplificativo, o que possibilita a aplicação das regras constitucionais atinentes ao Direito de Família também àquelas famílias reconhecidas pela sociedade.

A nossa Carta Magna aponta as seguintes espécies de entidade familiar: a família matrimonializada, ou seja, aquela advinda do casamento; a família chefiada por uma única pessoa, denominada de monoparental; e a família resultante de uma união estável, instituto semelhante ao que se chamava anteriormente de concubinato. Apenas essas três são trazidas em nossa Constituição atual. No entanto, há outras formas de constituição de família, como por exemplo, a família socioafetiva.

Vale ressaltar que os textos constitucionais que antecedem a nossa Carta de 1988 apenas reconheciam a filiação se o filho fosse havido no contexto de um

⁵ **Constituição Federal de 1988. Artigo 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁶ RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Os novos tipos familiares em face da lei em vigor: as relações jurídicas privadas e a dignidade das pessoas humanas que as integram.** São Paulo: Claris, 2016. p. 36.

casamento, pois a família constituída de outras formas não dispunha de validade para o direito, menos ainda quando se referia aos princípios religiosos.

A fim de dissipar qualquer distinção existente entre os filhos gerados em razão de um casamento ou não, a Constituição de 1988, em seu artigo 227, §6º, estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, excluindo expressões que se referiam à legitimidade da filiação, visto que somente esta trazia benefícios ao filho.

Partindo desta previsão contida na Lei Maior, o Código Civil de 2002 trouxe idêntica redação do aludido dispositivo, conforme prevê seu artigo 1.596⁷, solidificando a garantia constitucional de igualdade dos filhos. De igual modo, a título de conhecimento, é o que prevê o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o intuito de detalhar melhor essa questão, a igualdade de filiação será explanada em tópico próprio, no capítulo referente aos princípios que regem o direito de família, igualmente aplicáveis à filiação socioafetiva.

1.3. Conceito de filiação

Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁸, “*filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivesse gerado*”. Em outras palavras, é a relação jurídica que liga o filho a seus pais.

Considerando que a relação entre pais e filhos – primeiro grau em linha reta – é a mais próxima e mais importante, pode-se dizer que as regras sobre parentesco consanguíneo tem sua base a partir da ideia de filiação.

Em uma conceituação dita de outra forma, preleciona Maria Helena Diniz⁹:

⁷ Lei nº 10.406/2002. Artigo 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.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 319.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 495/496.

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

O estabelecimento da filiação exterioriza grande relevância na sociedade em razão de seus efeitos jurídicos e morais, por isso é que o direito estabelece critérios sobre sua identificação, além de valer-se de critérios de presunções para definição da paternidade, como é o caso da disposição legal contida no artigo 1.597¹⁰ do Código Civil.

Além disto, é sabido que o ser humano possui necessidade em conhecer a identidade de seus pais, necessidade esta, sobretudo, de natureza emocional e psicológica, mas que geram importantes consequências jurídicas, quais sejam: direito à herança, obrigação alimentar, impedimentos matrimoniais etc.

Sob o ponto de vista do vínculo afetivo na relação familiar, Donald Woods Winnicott, pediatra e psicanalista inglês, ao estudar os problemas manifestados em crianças em situação de privação, concebeu uma teoria acerca do desenvolvimento emocional do indivíduo, assinalando o importante papel da família e do meio na promoção da saúde.

Especificamente na obra “Privação e Delinquência”, Winnicott¹¹ revela os efeitos, perigos e danos da separação da criança do ambiente familiar, em análise à necessidade de evacuação de crianças menores de 5 anos, à época da Segunda Guerra Mundial.

¹⁰ Lei nº 10.406/2002. Artigo 1.597. 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.

¹¹ WINNICOTT, Donald. W. **Privação e delinquência.** Tradução: Álvaro Cabral. 5^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 11.

Segundo Winnicott¹², “*De fato, a unidade familiar proporciona uma segurança indispensável à criança pequena. A ausência dessa segurança terá efeitos sobre o desenvolvimento emocional e acarretará danos à personalidade e ao caráter.*”

Nesse sentido, fica evidente que é por meio da filiação que os filhos se ligam aos pais, tanto pela relação biológica quanto pela relação afetiva. Assim, de acordo com nosso ordenamento jurídico, estes deverão ser responsáveis por aqueles até que advenha a plena capacidade para o exercício dos atos da vida civil.

Com efeito, sabe-se que a filiação é a relação de parentesco mais importante no direito de família e, portanto, em razão das disposições constitucional e legal, a doutrina majoritária aponta duas categorias de filiação: uma decorrente do casamento e outra que deriva de situações que, em tese, não envolve o matrimônio.

Sob outro ponto de vista, vale ressaltar que o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, nos termos do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³, quando trata da família natural. E no mesmo sentido é o que prevê a tese nº 4 da Edição nº 138 da Jurisprudência de Teses do Superior Tribunal de Justiça¹⁴, que trata sobre direitos da personalidade.

Nessa lógica, Flávia Piovesan e Maria Cecília Cury Chaddad¹⁵, ao tratar sobre a primazia do direito à identidade genética, bem como a importância desse direito para a formação da personalidade do indivíduo, admitem:

A proteção da personalidade humana em todas as suas dimensões é condição, requisito e pressuposto do respeito à dignidade da pessoa humana, o que inclui o direito à proteção da identidade genética, com a garantia de mecanismos que

¹² WINNICOTT, Donald. W. **Privação e delinquência.** Tradução: Álvaro Cabral. 5^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 18.

¹³ **Lei nº 8.69/90. Artigo 20.** O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

¹⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Edição 138 da Jurisprudência de Teses.** Tese nº 4 – o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 06 Ago. 2020.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição, fundamentado o direito essencial à busca pela identidade biológica. Coord. Arruda Alvim [et al.]. **Teses jurídicas dos Tribunais Superiores: direito civil III.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

permitam a busca de informações de ancestralidade das pessoas, cuja importância também encontra fundamento em questões relacionadas à cultura e à saúde física e psicológica.

Além disso, referidas autoras trazem o entendimento do que o exercício do estado de filiação não pode ser obstaculizado por questões temporais ou processuais. Trata-se, especificamente, da relativização da coisa julgada formal nas ações de investigação de paternidade, a fim de garantir o direito à identidade biológica como direito personalíssimo e imprescritível.

1.4. Formas de se constituir o vínculo da filiação

Como já visto no tópico destinado ao contexto histórico das relações de parentesco, a ligação entre pais e filhos provém dos costumes vigentes no direito romano-germânico.

Com o passar do tempo e a transformação vivenciada pela sociedade, coube ao direito adequar-se às necessidades humanas, amoldando-se às situações fáticas não regulamentadas pelo ordenamento pátrio e englobando as diversas modalidades de família constituídas, a fim de garantir proteção aos seus membros, bem como as relações dela derivadas.

Nesse contexto, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Maluf¹⁶ admitem:

Na antiguidade, a filiação obedeceu a um rigoroso acento hierárquico, posto que a família apresentava uma estrutura tipicamente patriarcal, detendo o *pater familiae* o controle total da entidade familiar enquanto vivesse, tanto pessoal quanto patrimonial. (...)

No período medieval, o cristianismo exerceu uma profunda influência sobre a evolução do poder paterno-filial. Visando proteger as crianças, desenvolve ideias morais, que deram origem ao princípio de que o pai, ao lado de direitos sobre os filhos, é também detentor de obrigações para com estes. Introduziu o conceito de que as relações familiares devem

¹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **As relações de parentesco na contemporaneidade.** Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano I, nº 1, Jul-Ago 2014. p. 130/131.

repousar sobre a afeição e a caridade, sua missão é orientar e zelar pela integridade da prole. (...)

Na pós-modernidade, tal como se alterou o instituto da família, também se alterou o panorama da filiação. Os pais passaram a formar, com seus filhos, um grupo natural principal, de forte influência no desenvolvimento do menor, mesmo que tenha havido o divórcio dos pais.

A partir desse cenário, é possível perceber que, nos dias atuais, há inúmeros modos de realização do projeto parental, de modo que a família e a filiação assumem novas formas, apoiadas, em especial, no afeto, passando este a ostentar força de princípio jurídico.

Em razão disso, o Direito busca proteger o instituto da filiação, com o propósito de garantir o melhor interesse da criança, bem como a igualdade jurídica entre os filhos.

A doutrina brasileira especializada em direito de família (Venosa, Gonçalves e Tartuce)¹⁷ aponta distintas classificações para identificar as espécies de filiação, com base no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, de modo didático, apresentaremos duas espécies de filiação: a matrimonial e a não-matrimonial, fazendo a distinção entre elas.

Contudo, é importante destacar que, na ótica do direito da criança e do adolescente, não há classificação acerca da filiação, tampouco se faz a diferenciação entre matrimonial e não matrimonial. Nesse âmbito, é classificado o modo em que o vínculo filial se dá, quais sejam: consanguíneo (vínculo biológico) e pelas presunções legais, civil (nos casos de adoção) ou socioafetivo.

1.4.1. Filiação matrimonial

Essa espécie de filiação, como o próprio nome já diz, é aquela que se origina na constância do casamento dos pais, mesmo que este seja dissolvido, até mesmo nulo ou anulado por motivos legais.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** v. 6. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.** 17^a edição. São Paulo: Saraiva, 2019. TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família.** v. 5. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2020.

Via de regra, a concepção e o nascimento do filho deve ser posterior ao casamento dos genitores. Assim, o momento que determina a filiação matrimonial é a concepção do filho. Contudo, é plenamente possível que o filho seja concebido antes da celebração do casamento e nascido após, ainda assim enquadrando-se nessa espécie de filiação.

Em consonância com o texto da Constituição Federal de 1988 (artigo 227, §6º), o artigo 1.597 e incisos, do Código Civil de 2002¹⁸, que apresenta a presunção legal do estado de filho, determina que serão presumidos filhos concebidos na constância do casamento, em síntese, aqueles nascidos 180 dias após estabelecida a convivência conjugal; ou 300 dias após a dissolução do casamento; bem como aqueles havidos por fecundação homóloga ou heteróloga.

Em razão disso, Maria Helena Diniz¹⁹ conceitua filiação matrimonial como aquela “*concebida na constância do matrimônio, seja ele válido, nulo ou anulável, ou, em certos casos, antes da celebração do casamento, porém nascida durante a sua vigência, por reconhecimento dos pais*”.

Isso permite afirmar que, em síntese, a filiação matrimonial tem origem na vigência do casamento dos pais, ainda que este seja nulo ou anulado.

1.4.2. Filiação não matrimonial

Trata-se da relação entre pais e filhos que não decorrem necessariamente do casamento. Assim, via de regra, não pressupõe um nexo biológico ou genético como a filiação matrimonial. Nessa espécie de filiação encaixam-se as demais possibilidades de posse do estado de filho, como por exemplo, nos casos de filiação socioafetiva e de adoção.

¹⁸ Lei nº 10.406/2002. Artigo 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos 300 (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.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 500.

Inicialmente, vale destacar que, diferente do que dispõe o Código Civil de 2002, os filhos havidos fora do casamento não gozam da presunção de paternidade da mesma forma que os filhos de pais casados entre si.

Em consonância com os ensinamentos de Sílvio Venosa²⁰,

Os filhos havidos fora do casamento necessitam de reconhecimento, que pode resultar de ato de vontade dos pais ou de ato coativo, resultante de decisão judicial. Ainda que o sistema tenha atualmente simplificado esse reconhecimento, persiste essa distinção, que decorre da lógica: não há como se presumir legalmente a paternidade se não há casamento dos pais.

Acerca do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, observa-se que se trata de um ato espontâneo realizado pelo pai ou coativo, ocasionando uma série de direitos e obrigações. O sistema jurídico brasileiro admite a paternidade quando havido este reconhecimento.

Mais uma vez, trazemos a lição de Sílvio Venosa²¹ acerca das formas de reconhecimento:

De plano, temos que fixar que existem duas modalidades de reconhecimento: o voluntário ou espontâneo e o judicial ou coativo. O reconhecimento é espontâneo quando alguém, por meio de ato e manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho. O reconhecimento judicial decorre da sentença na ação de investigação de paternidade, na qual se reconhece que determinada pessoa é progenitor de outra.

Por esse ângulo, independente da modalidade de reconhecimento, os efeitos gerados pela determinação da filiação são idênticos, os quais veremos adiante.

Ademais, vale mencionar a Lei nº 8.560/92 que dispõe sobre a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. A referida norma determina que o reconhecimento destes não pode ser revogado. Assim dispõe o artigo 1º da lei:

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** v. 6. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

²¹ Idem.

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

- I – no registro de nascimento;
- II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
- IV – por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que contém.

Idêntica redação apresenta o artigo 1.609 do atual Código Civil brasileiro. Apesar de o reconhecimento ser mais frequente pelo pai, estas modalidades também podem ser utilizadas pela mãe, a depender do caso concreto.

No entanto, importante ressaltar que apenas os pais dispõem de legitimidade para o reconhecimento da paternidade, tratando-se de ato personalíssimo. Inclusive, também é necessária a confirmação de que este detém plena capacidade civil. Assim, parece acertado que os maiores de 16 anos, por possuir capacidade para fazer testamento, também podem reconhecer a paternidade por tal ato.

Quanto aos efeitos do reconhecimento, Sílvio Venosa²² afirma que:

O reconhecimento é ato unilateral, porque gera efeitos pela simples manifestação de vontade do declarante. Não depende de concordância, salvo com relação ao maior de idade, de vez que o art. 1.614 do vigente Código, assim como o art. 4º da Lei n. 8.560/92, exige seu consentimento. Há, de fato, um caráter sinalagmático no ato de reconhecimento, não só porque é necessária a concordância do filho, se maior, como também porque pode o menor reconhecido impugnar o reconhecimento quando se tornar capaz.

Embora haja o caráter sinalagmático do ato de reconhecimento, não se exclui a natureza unilateral deste, posto que estas hipóteses são medidas protetivas justificadas pela consequência moral e jurídica em razão da paternidade reconhecida.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** v. 6. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Voltando para a ideia de filiação não matrimonial e em razão das demais possibilidades de se criar um vínculo de perfilhação apenas com a demonstração da conexão afetiva entre os membros, buscamos encontrar as hipóteses de filiação socioafetiva.

Segundo Belmiro Welter²³,

A filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto, como o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida “adoção à brasileira”.

É importante entender o reconhecimento do afeto como um valor jurídico nas relações familiares. São situações em que não se caracteriza qualquer vínculo biológico, mas substancialmente um ato de ternura pelo outro.

Em tese, no caso em que uma pessoa comparece ao cartório de registro civil, de forma livre e espontânea, requerendo o registro de uma vida como seu filho, afasta-se a necessidade de comprovação genética para que se admita aquela declaração como verdadeira. No entanto, a invalidação daquele ato só poderá ser dada com a demonstração de que sua manifestação não foi livre ou produzida por erro, ainda que seja o procriador genético.

Ao analisar o instituto da filiação socioafetiva e a importância do afeto nas relações familiares, Christiano Cassetari²⁴ afirma que:

(...) o avanço da nossa sociedade obriga uma evolução do Direito, que exige uma releitura da nossa codificação civil vigente desde 2003, em todos os seus aspectos, uma vez que o Direito Civil abrange grande parte das relações jurídicas privadas do nosso cotidiano.

Assim, no que diz respeito ao assunto, em análise ao texto do artigo 1.593 do Código Civil de 2002²⁵, encontramos a expressão “outra origem”, a qual

²³ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

²⁴ CASSSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.

evidencia a possibilidade de reconhecimento da parentalidade socioafetiva, legitimando que pais e filhos também podem unir-se apenas por laços de amor, carinho, respeito, cuidados etc., já que a filiação é o primeiro grau da relação de parentesco em linha reta.

Dessarte, parte da doutrina especializada no assunto (Lôbo, Tartuce, Carneiro, Madeleno)²⁶ costuma apontar que houve “despatrimonialização” ou “repersonalização” das relações familiares, posto que, atualmente, observa-se a possibilidade de uma família vivenciar uma realização pessoal de afetividade e de dignidade humana, num ambiente de convivência e solidariedade.

No entanto, por não ser pacífico esse entendimento, a doutrina²⁷ criou o instituto denominado “posse do estado de filho”, comumente utilizado nas decisões judiciais. Com base nesse instituto, não se pode concluir a exigência de que os pais tenham ou desenvolvam afeto por seus filhos. Ao contrário, a família socioafetiva é formada pela afetividade e compromissos recíprocos dedicados no cotidiano familiar.

Orlando Gomes²⁸ explica que ostentar um estado de filho é “*ter de fato o título correspondente, desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho.*” Acrescenta o autor que o estado de filho afetivo é identificado pela exteriorização da condição de filho.

²⁵ **Lei nº 10.406/2002. Artigo 1.593.** O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O Direito de família e a Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989. TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro.** IBDFAM, jun.2007. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+%281%29> Acesso em: 10 jul. 2020.

CARNEIRO, Alessandra Hornung. **Da despatrimonialização para a repersonalização das relações familiares: perspectivas para uma nova realidade social do direito de família contemporâneo.** 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família - Constituição e Constatação.** Disponível em <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/direito-de-familia-constituicao-e-constatacao>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²⁷ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho, paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo Direito de filiação.** São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista CEJ, Brasília, v.8, n.27, p. 47-56, out./dez. 2004.

²⁸ GOMES, Orlando. **Direito de família.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994. p. 311.

Referindo-se ao aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação, de forma poética e precisa, Luiz Edson Fachin²⁹ declara:

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos. Outro pai, nova família.

Diante desse cenário, o debate sobre o tema torna-se enriquecido com os enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil, realizadas pelo Conselho da Justiça Federal, esclarecendo diversos pontos sobre a filiação socioafetiva, senão vejamos.

Preocupando-se em regulamentar essa realidade, o Enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil do CJF prevê:

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 do estado de filho.

No mesmo sentido, o Enunciado 108 também aprovado na I Jornada de Direito Civil do CJF, reconhece que: “*No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.*”

Ainda, a fim de destacar a importância do tema e seguindo a tendência das jornadas anteriores, convém ressaltar a previsão do Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil do CJF, qual seja: “*A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.*”

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 59.

Relacionando o assunto ao princípio do melhor interesse da criança, decorrente da proteção integral encontrada da CF/88, é o que dispõe o Enunciado 339 aprovado na IV Jornada de Direito Civil do CJF: “*A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.*”

Associando a socioafetividade com a obrigação alimentar, prevê o Enunciado 341, também aprovado na IV Jornada de Direito Civil do CJF: “*Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.*”

Acerca do reconhecimento, é o disposto no Enunciado 519 da V Jornada de Direito Civil do CJF: “*O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.*”

Ainda acerca do reconhecimento, em última análise, é a previsão do Enunciado 632 da VIII Jornada de Direito Civil do CJF: “*Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos.*”

Sabe-se que esses enunciados servem como referencial para elaboração de decisões judiciais, peças processuais e estudos jurídicos. Assim, apoiada nessas informações, é possível verificar o fato de que a socioafetividade além de dar origem ao parentesco civil, por via de consequência, gera efeitos jurídicos concretos, como é o caso da obrigação alimentar e do direito à herança.

CAPÍTULO II – DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Este capítulo desenvolve, de forma específica, alguns princípios basilares aplicáveis à determinação do instituto da filiação socioafetiva, quais sejam: proteção à dignidade da pessoa humana, igualdade entre os filhos, afetividade, melhor interesse da criança e do adolescente, além do princípio da presunção da verdade registral. Tais princípios são de ordem constitucional, legal e doutrinária, conforme veremos a seguir.

Preliminarmente, importa apresentar uma noção básica de princípio³⁰. De origem etimológica no latim, tem-se a palavra *principium*, que significa o começo; o que ocorre ou existe primeiro que os demais; o que fundamenta ou pode ser usado para embasar algo.

De uma forma geral, também se pode dizer que princípio é um valor fundamental. De modo similar, princípio jurídico é uma diretriz dada pelo ordenamento jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello³¹ refere-se a princípio como

Um 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 para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dar sentido harmônico.

Equitativamente, deduz Keila Maria Souza³² que “os princípios são normas que direcionam que um direito seja efetivado, da melhor maneira e da forma mais completa possível, tanto no âmbito jurídico como fático, podendo ser aplicados em diferentes graus.”

Dada a relevância dos princípios em um sistema normativo e considerando o tema em questão, é possível acentuar diversos princípios que

³⁰ PRINCÍPIO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/princípio/> Acesso em: 15 jul. 2020.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo, Malheiros, 2014. p. 451.

³² SOUZA, Keila Maria Mota Mendes. **Princípios: uma abordagem à luz do direito registral brasileiro**. Artigo publicado na Revista CEPPG – N° 20 – 1/2009 – ISSN 1517-8471 – p. 158 à 171.

viabilizam a possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva, a saber: proteção à dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, pluralidade das entidades familiares, pluralismo e liberdade de escolha da espécie familiar, não intervenção na instituição familiar, igualdade entre os filhos, melhor interesse da criança e do adolescente, afetividade, função social da família, boa-fé objetiva, entre outros. De outro modo, sobressai também o princípio da verdade registral, que será explicado adiante.

Diante dos princípios expostos acima, entende-se relevante trazer à baila a teoria inaugurada por Ronald Dworkin³³, denominada teoria da prevalência dos princípios, usualmente aplicada na resolução de casos difíceis submetidos à análise judiciária. A ideia é demonstrar a necessidade de reconhecimento dos princípios jurídicos como fundamentos valorativos na determinação de um ordenamento jurídico mais justo.

Ronald Dworkin, em sua obra 'Levando os direitos a sério'³⁴, apresenta uma teoria política, trazendo ao mundo jurídico uma distinção acerca dos argumentos de princípio e argumentos de política.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Nos postulados do referido autor, “sem dúvida, as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política.”³⁵

³³ Ronald Dworkin é considerado um dos principais teóricos da filosofia do direito e da teoria geral no mundo contemporâneo. Em meio as principais ideias apresentadas por ele, destaca-se a atitude interpretativa frente ao Direito, a interpretação como forma de entender a norma sob sua melhor luz, os diferentes estágios da interpretação (etapa pré, etapa interpretativa, etapa pós-interpretativa), o Direito norteado por um ideal político de integridade e a distinção entre conceito e concepções de Direito.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010. p. 129.

³⁵ Idem. p. 130/131.

Contudo, se a temática em questão for relacionada a um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas.

À vista disso, Ronald Dworkin defende a tese de que “(...) as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas.”³⁶

Levando em consideração a teoria da prevalência dos princípios e no intuito de fazer sua correlação com o assunto proposto neste estudo, far-se-à, nesse capítulo, a análise de alguns princípios essenciais ao direito de família que alicerçam o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Também, e não menos relevante, é importante destacar o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁷ que estabelece a utilização de princípios gerais do direito no embasamento de decisões judiciais, em casos de omissão da norma jurídica. Nesse aspecto, revela-se plenamente possível a aplicação dos princípios abaixo destacados, nas matérias carentes de previsão legal específica, como é o caso da filiação socioafetiva.

2.1. Princípio da Proteção à Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, concebe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Trata-se de princípio próprio ao Estado democrático de direito, instituído por esta norma de maior hierarquia em nosso país. A ideia principal é valorizar a pessoa, afastando a patrimonialização exclusiva dos direitos privados.

Flávio Tartuce³⁸ elucida que “Na concepção de dignidade humana, deve-se ter em mente a construção de Kant, segundo a qual se trata de um imperativo

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a serio.** 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010. p. 132.

³⁷ Decreto-lei nº 4.657/1942. Artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família.** v. 5. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2020. p. 7.

categórico que considera a pessoa humana como um ser racional, um fim em si mesmo.”

Nesse contexto, a tutela à dignidade da pessoa humana tem como norte proteger o ser humano e suas peculiaridades. Trata-se de preceito supremo, instituído em nossa vigente Constituição Federal, com base em valores morais e éticos, que abrangem a proteção dos direitos fundamentais inerentes ao homem. Ressalta-se sua amplitude nas variadas relações sociais, com relevante dimensão jurídica especialmente ao direito de família.

Importante destacar o posicionamento de Albie Sachs³⁹, ativista dos direitos humanos na África do Sul e ministro da Suprema Corte em seu país, tendo atuado inclusive na elaboração de uma Constituição Sul-africana democrática, onde se garante aos cidadãos dignidade, liberdade e igualdade, como valores fundamentais da sociedade. Ele ressalta que a concessão desses direitos possibilita o desfrute dos demais direitos contidos na Constituição e que sua efetivação é primordial à evolução da sociedade, na qual homens e mulheres sejam igualmente capazes de lograr seu pleno potencial.

Em sua obra ‘Vida e Direito’, Albie Sachs afirma que a Constituição Sul-africana, assim como a Constituição Brasileira, consagra tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais e econômicos, inclusive eles são inter-relacionados e mutuamente confirmatório. Em suas palavras, declara:

É a própria Constituição que atribui aos juízes a função de continuar a cuidar para que o respeito básico pela dignidade de cada pessoa seja sempre mantido. É por esse motivo que temos direitos fundamentais.

O respeito pela dignidade humana é o princípio constitucional unificador da sociedade que, além de particularmente diversa, é extremamente desigual. Isso significa que a Declaração de Direitos e Garantias não existe simplesmente para assegurar que quem tem possa continuar a ter, e sim para ajudar a criar condições nas quais a dignidade básica dos que não têm possa ser garantida.

³⁹ SACHS, Albie. **Vida e Direito: uma estranha alquimia.** Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 192.

A dignidade humana, garantia encontrada no Título I da Constituição Federal Brasileira, no que tange aos princípios fundamentais, reflete, de forma clara, o que dispõe o Capítulo VII que trata da família, especialmente no *caput* do artigo 226⁴⁰, à medida que denota a proteção da família pelo Estado, importando na realização existencial e afetiva das pessoas que a compõe.

Nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo⁴¹,

não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *lócus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

Isso demonstra que as necessidades e os avanços sociais são encarregados na concretização da família, com a garantia de proteção constitucional baseada nos fundamentos da República, em especial, a dignidade da pessoa humana.

Além do mais, a Convenção sobre os Direitos da Criança entrou em vigor internacionalmente em 02 de setembro de 1990 e prevê expressamente em seu artigo 7º, item 1, o direito da criança ser reconhecida e registrada assim que nasce⁴², como amplitude do princípio da proteção à dignidade humana. No Brasil, referida convenção foi ratificada pelo governo brasileiro em 24 de setembro de 1990 e, posteriormente, promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, assumindo o compromisso de cumprir os princípios da liberdade, justiça e paz, fundamentados no reconhecimento da dignidade inerente a todo ser humano.

⁴⁰ **Constituição Federal de 1988. Artigo 226, *caput*.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁴¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** IBDFAM, Março de 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 15 jul. 2020.

⁴² **Decreto nº 99.710/1990. Artigo 7º, item 1.** A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

Segundo o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴³

é inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior.

Na realidade, o legislador constituinte ampliou a conceituação de família, permitindo o reconhecimento de entidades familiares diferenciadas daquelas decorrentes apenas do casamento, regularizando situações reais da família brasileira.

Em sentido semelhante, Gustavo Tepedino⁴⁴ considera que, após a Constituição Federal de 1988, “*a família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.*”

Considerando que toda relação jurídica, seja pública ou privada, deve obediência aos princípios insculpidos na Constituição Federal, as relações familiares devem se orientar na busca pelo respeito à vida e à integridade de seus membros, salvaguardando-lhes dignidade.

Ainda, para Geisiane Martins e Rosa Salomão⁴⁵,

Com o advento da CF/88, quis o legislador priorizar o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento do caráter patrimonialista que permeava as instituições familiares. Essa tendência influiu diretamente nas relações de parentesco, pois o afeto, no atual contexto brasileiro adquiriu um papel muito importante, estruturando os novos paradigmas da filiação.

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.37

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares. Temas de direito civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 398.

⁴⁵ MARTINS, Geisiane Oliveira; SALOMÃO, Rosa Maria Seba. **A família socioafetiva: as novas tendências do conceito de filiação.** Disponível em: www.ambitojuridico.com.br. Acesso em: 30 jun. 2020.

Nota-se que o aspecto afetivo trouxe mudanças substanciais no que concerne à composição das famílias brasileiras. Atualmente, mais que os laços de sangue, as famílias são compostas por um fator imprescindível, qual seja: o afeto. As novas tendências do conceito de família no mundo jurídico expõe a valoração do afeto como seu formador primordial.

A fim de exemplificar a aplicação do princípio de proteção à dignidade da pessoa humana no reconhecimento da filiação socioafetiva, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal admitiu a dupla maternidade (biológica e socioafetiva)⁴⁶.

Outro exemplo comum ao direito de família é a tese do “abandono paterno-filial” quando configurado ato ilícito, à medida que o abandono afetivo e material do pai em relação ao filho, com evidente lesão à dignidade deste, infere a possibilidade de indenização. No Brasil, há julgados⁴⁷ em que o pai foi condenado a

⁴⁶ EMENTA: CONSTITUCIONAL E FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COM REGISTRO DE MULTIPARENTALIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO PREEXISTENTE. RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO. DUPLA MATERNIDADE. POSSIBILIDADE. TESE FIXADA PELO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. SENTENÇA REFORMADA. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao conceder repercussão geral ao tema n. 622, no leading case do RE 898060/SC, entendeu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios. 2. Consoante se infere do referido julgado, houve uma mudança no entendimento sobre o tema da multiparentalidade, em virtude da **constante evolução do conceito de família, que reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade**. 3. In casu, constatada a coexistência de dois vínculos afetivos; quais sejam, com os pais socioafetivos e com a mãe biológica, não havendo qualquer oposição de nenhuma das partes sobre o reconhecimento da multiparentalidade, o seu reconhecimento é medida que se impõe. 4. Recurso provido. Sentença reformada. (TJDFT - Acórdão 0003593-61.2016.8.07.0016, Relator(a): Des. Josapha Francisco dos Santos, data de julgamento: 25/10/2017, data de publicação: 14/11/2017, 5ª Turma Cível) (g.n.)

⁴⁷ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO DEMONSTRADO - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - COMPROVAÇÃO - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - DANO MORAL - OCORRÊNCIA. - Não demonstrado pela parte ré o impedimento, por parte do perito judicial, da participação do assistente técnico na elaboração do laudo pericial, bem como a ocorrência de prejuízo dela decorrente, não há que se falar em cerceamento de defesa. 3 - A falta da relação paterno-filial, acarreta a violação de direitos próprios da personalidade humana, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana - Mostra-se cabível a indenização por danos morais decorrentes da violação dos direitos da criança, decorrente do abandono afetivo. (TJ-MG - AC: 10024143239994001 MG, Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira, Data de Julgamento: 08/08/2019, Data de Publicação: 20/08/2019) (g.n.)

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. (...) Pretensão indenizatória voltada ao reconhecimento do ‘abandono afetivo’. Na relação paternofilial há vínculo afetivo e também vínculo jurídico, sendo que este há muito se cristalizou, a ponto de impor a prisão civil do devedor de alimentos. O vínculo afetivo, por sua vez, é a outra face (imaterial) do dever de cuidado, criação e educação. A casuística certamente apresenta circunstâncias em que a ação ou omissão dos pais levará a configuração da responsabilidade civil em favor dos filhos. Ademais, o C. STJ

pagar indenização ao filho por tê-lo abandonado afetivamente, privando-o de sua convivência, de seu amor.

Em que pese tais decisões judiciais, a questão da afetividade ainda é muito discutida no Direito de Família contemporâneo, originando argumentos controversos. Isso faz supor que o fundamento que admite a indenização está amparado pela dignidade humana, na hipótese em que houver sua violação. Ao contrário, o fundamento que não admite a indenização tem amparo na alegação de que amor e afeto não se impõem, não podem ser valorados e, também, que o dano moral só se caracteriza quando verificado ato ilícito.

Ainda a título de exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a retificação do registro de nascimento do filho para excluir o sobrenome do pai em razão do abandono, pondo exceção à regra da imutabilidade registrária e potencializando a dignidade humana.⁴⁸

Assim, inegável a aplicação do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana para determinar o reconhecimento da filiação socioafetiva, bem como a autenticidade de seu registro.

Além do mais, pode-se destacar que o planejamento familiar, de livre decisão do casal, também deve ser fundado na dignidade humana, nos termos do artigo 226, §7º da Constituição Federal⁴⁹. Com isso, preserva-se a liberdade de escolha e constituição da entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial, não podendo o legislador definir qual a melhor e mais adequada.

reconheceu a possibilidade de aplicação da normatização do dano moral às relações intrafamiliares. (TJ-SP – APL 00073947920118260664 SP, Relator: Fábio Podestá, Data de julgamento: 29/05/2015, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de publicação: 29/05/2015). (g.n.)

⁴⁸ EMENTA: Ação de Retificação de Registro – Pretensão de exclusão de patronímico paterno em razão do abandono – Possibilidade – **Princípio da imutabilidade registrária que deve ceder por força do princípio a dignidade da pessoa humana** – Ausência de prejuízo quanto ao elemento identificador da pretendente – Precedente do E. STJ – Recurso provido. (TJSP - Acórdão Apelação 1043301-78.2017.8.26.0100, Relator(a): Des. Luiz Antonio Costa, data de julgamento: 03/04/2018, data de publicação: 05/04/2018, 7ª Câmara de Direito Privado) (g.n.)

⁴⁹ **Constituição Federal. Artigo 226, §7º.** Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Por último, frise-se que as interpretações que excluem as entidades familiares não mencionadas explicitamente no texto constitucional violam o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que ignoram a existência real de um núcleo instituído por seres humanos imbuídos de personalidade e caráter.

2.2. Princípio da Igualdade entre os filhos

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornou-se pacífico o entendimento de que não há qualquer distinção dos filhos havidos na constância do casamento ou não, conforme já ressaltado no capítulo anterior. Assim, todo aquele que é filho possui os mesmos direitos e qualificações.

O princípio da igualdade entre filhos é interpretação do artigo 1.596 do Código Civil de 2002⁵⁰, o qual é transcrição fiel do dispositivo constitucional previsto no artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988. Com idêntica redação, também é o disposto no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Trata-se de igualdade jurídica, isto é, da vedação à diversidade de direitos e da isonomia no tratamento dos filhos. Portanto, é dever dos genitores manter relações com sua prole de forma igualitária, tanto em relação à educação, cuidados, afeto, saúde e segurança, quanto em relação aos demais direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, independente de terem sido concebidos na constância do casamento ou não.

É por força desse princípio que o ramo do direito que tutela a criança e o adolescente não faz classificação da filiação, mas sim do vínculo que gera a filiação, como dito no capítulo anterior.

Não obstante a vedação expressa da Constituição Federal e da legislação ordinária acerca da diversidade de direitos dos filhos, bem como em relação às qualificações discriminatórias, observa-se que a legislação ordinária estabelece uma presunção de paternidade para os filhos oriundos de um casamento.

⁵⁰ Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). Artigo 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.

No Direito Romano há a seguinte expressão: “*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”. Por meio desta, verifica-se a presunção de que o filho concebido na constância do casamento é do marido da mulher que o gerou, posto que a existência de relações sexuais entre os cônjuges e a fidelidade da mulher determina tal presunção, a qual tem o condão de preservar a segurança familiar. Contudo, somente incide tal presunção se, por óbvio, houver convivência do casal.

Por outro lado, os romanos afirmam: “*mater semper certa est*”, significando que o nascimento determina o vínculo jurídico entre mãe e filho. Em linguagem mais clara, a mãe é sempre certa.

Entretanto, em termos práticos, sabe-se que a maternidade nem sempre é certeza, uma vez que existe a possibilidade de troca ou subtração de recém-nascidos nas maternidades, justificando eventual ação de investigação de maternidade. Além disso, os casos que envolvem fecundação heteróloga (ovodoação) e a chamada “barriga solidária” podem gerar grandes discussões acerca da certeza da maternidade.

A título de conhecimento, o processo de ovodoação ocorre quando uma mulher com menos de 35 anos doa gametas femininos (óvulos) para outra mulher considerada infértil – em regra, a receptora (que pretende engravidar) não produz óvulos em quantidade ou qualidade suficiente para formar embriões viáveis à gestação.

De outro modo, a “barriga solidária” – anteriormente chamada de “barriga de aluguel” (expressão que não se aplica à realidade, tendo em vista que o termo aluguel pressupõe o pagamento, situação proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro) – é consistente no “empréstimo” do útero para outra pessoa que não pode gestar uma criança, utilizando-se de material genético próprio do casal que pretende ter o filho. Nesse caso, há discussão se é esse tipo de procedimento é uma forma de maternidade de substituição.

Em que pese as expressões latinas e superada a antiga discriminação contida no Código Civil de 1916, Flávio Tartuce⁵¹ instrui:

⁵¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. v. 5. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020. p. 15/16.

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso* que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*, comuns em passado não tão remoto. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que, juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.

Nesse sentido, não há que se cogitar qualquer forma de discriminação em relação aos filhos, quer sejam havidos durante uma relação matrimonial ou por qualquer outra forma.

Nessa perspectiva, destaca-se também outras garantias constitucionais, como por exemplo, a convivência familiar e a solidariedade, como assevera Paulo Luiz Netto Lôbo⁵², *in verbis*:

Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, e têm assegurada a convivência familiar e solidária é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. A fortiori, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos não biológicos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, seja os que a natureza deu seja os que foram livremente escolhidos.

Portanto, tratando-se de igualdade jurídica com previsão constitucional, pode-se dizer que este princípio é plenamente aplicável ao reconhecimento da filiação socioafetiva, desde que preenchidos os requisitos para sua determinação, como veremos em capítulo próprio.

⁵² LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** IBDFAM, Março de 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 15 jul. 2020.

2.3. Princípio da afetividade

Antes de iniciar o desenvolvimento deste princípio, vale tecer alguns comentários acerca da origem e do significado das palavras afeto e afetividade.

Ambas de origem etimológica no latim, tem-se, respectivamente, os termos '*affectus*' ou '*affectio*' e '*afficere ad actio*'. Os primeiros manifestam a ideia de 'relação, disposição, amor, atração, estado psíquico ou moral'. O segundo apresenta a noção de 'onde o sujeito se fixa' ou 'onde o sujeito se liga'.

Já ao consultar os termos no dicionário⁵³, encontramos significados importantes, senão vejamos. Resumidamente, afeto é sentimento terno de imenso carinho que se tem por alguém. Enquanto que a afetividade é o conjunto de fenômenos afetivos (tendências, emoções, sentimentos, paixões etc).

Seguindo os ensinamentos de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf⁵⁴, a afetividade é conceituada como:

(...) a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada.

E ainda, ao relacionar a ideia dos dois termos sobreditos, a referida autora⁵⁵ nos ensina que: "*A afeição ligada à vinda de afeto é representada por um apego a alguém ou a alguma coisa, gerando carinho, saudade, confiança ou intimidade. Representa o termo perfeito para representar a ligação especial que existe entre duas pessoas.*"

⁵³ AFETO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/afeto/> Acesso em: 17 jul. 2020.

AFETIVIDADE. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/afetividade/> Acesso em: 17 jul. 2020.

⁵⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18.

⁵⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 19.

Destarte, pode-se afirmar que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana, uma vez que pode ser entendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano, atribuindo-lhe significado e sentido à sua existência.

Esse princípio, então, trata-se de elemento indispensável na garantia da dignidade do ser humano, preservando o instituto familiar e rompendo com a ideia exclusivamente patrimonialista deste, existente no passado, além de contribuir para o direito de família tendo em vista sua repercussão no mundo jurídico.

Sabe-se que o direito de família, principalmente, está fundado na estabilidade das relações socioafetiva e na comunhão de vida entre os membros comuns a esta. Então, tendo o princípio da afetividade como liame na promoção da dignidade humana, pode-se inferir que se trata de direito fundamental.

Certamente, o elemento mais importante para que haja uma constituição familiar é a afetividade entre as pessoas que a compõe. A família socioafetiva é aquela formada, não por vínculos biológicos, sanguíneos, mas por vínculo de afetividade.

Reforçando a ideia de que o valor afetivo presente nas relações familiares está intrinsecamente unido à dignidade humana, Rolf Madaleno⁵⁶ ensina:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobreponem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles.

Diante dessa afirmação, nota-se que o princípio da afetividade deve ser tomado como premissa na aplicabilidade e concretização dos direitos relativos à família, notadamente em razão da modernização das relações interpessoais.

Donald Winnicott, ao estudar as relações familiares sob o prisma do cuidador suficientemente adequado à criança, sem mencionar que seja o pai ou a

⁵⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 66.

mãe, mas sim uma pessoa que estabeleça um vínculo com a criança, enfatiza que há uma preocupação materna primária, de modo que a mãe deve alcançar um estado de sensibilidade exarcebada a fim de solidificar a relação mãe-bebê. Contudo, essa preocupação primária também pode se desenvolver no homem em relação ao bebê, sem que isso se configure uma ameaça à relação mãe-bebê. Trata-se, então, da “preocupação parental primária”.

Sob o prisma do desenvolvimento da criança, Winnicott⁵⁷ afirma:

Vale a pena recordar que as crianças são cuidadas e educadas não só para terem uma vida agradável, mas também para serem ajudadas a crescer. Algumas delas, por sua vez, virão a ser pais. É razoável que se defenda o ponto de vista de que os pais são tão importantes quanto às crianças, e de que é sentimentalismo supor que os sentimentos dos pais devem ser necessariamente sacrificados pelo bem e felicidade dos filhos.

Com base na ideia de efemeridade da fase infantil e considerando que ao longo do tempo as crianças passarão do estágio de rápido desenvolvimento emocional para a fase de desenvolvimento intelectual e estabilidade (vida adulta), o autor faz uma declaração importante:

Para muitos homens e mulheres, o que faz a vida valer a pena é a experiência da primeira década de vida conjugal, quando a família está sendo constituída e as crianças ainda estão necessitadas das contribuições que os pais podem dar à personalidade e ao caráter.

Paulo Luiz Netto Lôbo⁵⁸ destaca três características comuns e essenciais à configuração das entidades familiares atuais, quais sejam:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;

⁵⁷ WINNICOTT, Donald. W. **Privação e delinquência**. Tradução: Álvaro Cabral. 5^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 33.

⁵⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. IBDFAM, Março de 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 15 jul. 2020.

c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

No campo jurídico, esses elementos ganham força para preservar o reconhecimento de institutos como o da filiação socioafetiva, que jamais deve ser ignorado pelo Estado. No entanto, não se pode exigir que o Direito imponha o vínculo afetivo à uma conduta humana ou determine que laços afetivos sejam estabelecidos, por meio de uma norma jurídica. O que se admite é a aplicação do Direito na elucidação de situações reais, ou seja, decorrentes de casos concretos, a fim de dirimir os inegáveis problemas sociais gerados em decorrência da negligência de afeto nas relações familiares.

Note-se que a ideia não é enfraquecer a concepção de família consanguínea, mas resguardar juridicamente as demais construções familiares, reconhecendo, assim, que a filiação decorre não só da relação biológica, mas também da construção cultural e afetiva permanente, que se demonstra na convivência e na responsabilidade.

De outro ângulo, Paulo Luiz Netto Lôbo⁵⁹ afirma que:

No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

Ademais, importante ressaltar a questão da chamada ‘despatrimonialização’ ou ‘repersonalização’ das relações familiares, como consequência da afetividade.

Conquanto o afeto não esteja explícito como um direito fundamental no texto constitucional vigente, a dignidade da pessoa humana está e, como já visto, há um enlace notório entre esses elementos. À vista disso, no contexto familiar é fácil perceber a influência daquele para determinar condições de desenvolvimento físico e psicológico do indivíduo, de modo a dar nova personalidade à instituição familiar.

Para José Sebastião de Oliveira⁶⁰,

⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Março de 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/130>. Acesso em: 21 jul. 2020.

A afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores, determinou, com a mesma intensidade a obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF).

Assim, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 apresenta o princípio da afetividade de forma implícita, ensejando a personalização dos membros da família, para além do caráter patrimonialista e consanguíneo. O intuito é de que o afeto seja elevado a valor jurídico prevalecente nas relações familiares, principalmente em benefício de seus membros.

Segundo Alessandra Carneiro⁶¹,

A repersonalização do Direito de Família foi resultado do processo de descodificação do Direito Civil que levou à constitucionalização do Direito de Família, quando os princípios constitucionais passaram a ser o fulcro das relações familiares, quando migrou-se da ênfase na questão do patrimônio e passou-se a levar em consideração o indivíduo enquanto pessoa humana, valorando-se o ser e não mais o ter.

Finalmente, importa dizer que o despontar de múltiplas formas de constituição familiar, alicerçadas em laços afetivos, essencialmente, demonstra uma mudança de foco no pensamento jurídico contemporâneo, do patrimônio à pessoa, o que se caracteriza a ‘despatrimonialização’ ou ‘repersonalização’.

No tocante a essa ideia, especificamente no que tange à filiação, Paulo Luiz Netto Lôbo⁶² atesta:

A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade

⁶⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 238.

⁶¹ CARNEIRO, Alessandra Hornung. **Da despatrimonialização para a repersonalização das relações familiares: perspectivas para uma nova realidade social do direito de família contemporâneo**. Disponível em: <https://santacruz.br/revistas/index.php/JICEX/article/view/118/394> Acesso em: 10 jul. 2020.

⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Março de 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/130>. Acesso em: 21 jul. 2020.

legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.

O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Nesse sentido, a função da família é, primordialmente, unir-se por laços afetivos, em comunhão de vida, materializando também a solidariedade recíproca e a garantia aos direitos fundamentais tutelados no ordenamento jurídico, igualmente protegendo os interesses patrimoniais de seus membros.

Enfim, observe-se a conexão existente entre os princípios já desenvolvidos até aqui, à medida que a afetividade e a igualdade de filiação estão contidas no âmbito do macro princípio da dignidade da pessoa humana.

2.4. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Trata-se de criação doutrinária, uma vez que não há previsão expressa em qualquer norma do ordenamento jurídico brasileiro. Este princípio é decorrente da ideia de proteção integral da criança e do adolescente, tendo em vista a condição de pessoa humana em desenvolvimento biológico, emocional e psíquico, já que não possui maturidade física e mental, necessitando de proteção e cuidados especiais, desde a sua concepção no seio materno.

A doutrina da proteção integral ou teoria da proteção integral faz refletir outros dois princípios, quais sejam: a prioridade absoluta à criança e o respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, conferindo-lhe a necessidade de convivência familiar adequada e saudável.

Segundo Camila Colucci⁶³, a origem deste princípio “adveio do instituto inglês ‘parens patriae’ que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do ‘best interest of child’”.

Entretanto, sabe-se que o termo ‘best interest’ foi traduzido para o português brasileiro de forma equivocada à partir da Convenção Internacional sobre os direitos da criança e que, no Brasil, sua interpretação tem dado ensejo a julgamentos e decisões sem critérios definidos.

A garantia de proteção integral firmou-se a partir da Convenção sobre os direitos da criança, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em 1989 e ratificada por 196 países, inclusive pelo o Brasil, que o fez em 24 de setembro de 1990.

Importante destacar que este documento reconhece a família como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os membros a ela pertencentes, principalmente as crianças, que devem receber proteção e assistência necessárias ao seu amadurecimento. Além disso, destaca a importância da família para o pleno e harmonioso desenvolvimento da personalidade da criança, que deve crescer no seio familiar, em ambiente de felicidade, amor e compreensão.

A proteção especial a que se refere esta Convenção foi enunciada, inicialmente, na Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, de 1924, e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959. Também foi reconhecida na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 19⁶⁴, em 22 de novembro de 1969 e, igualmente, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu item 3 do artigo 10⁶⁵, que vigora desde 1976.

⁶³ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança:** construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-25022015-083746. Acesso em: 2020-07-23.

⁶⁴ **Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 19.** Direitos da criança. Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

⁶⁵ **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Artigo 10.** Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que:

No que tange à legislação brasileira vigente, destaca-se a Lei nº 8.069, que dispõe acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), passando a vigorar em 13 de julho de 1990, que concilia suas disposições com o texto da Convenção Internacional sobre os direitos da criança de 1989. Na realidade, tanto o texto constitucional quanto o prescrito pelo ECA são diplomas concomitantes à Convenção no que diz respeito às garantias reservadas às crianças e adolescentes.

Ressalta-se que aludido Estatuto revogou completamente o antigo Código de Menores (Lei nº 6.697 de 1979), conhecido como doutrina da situação irregular do menor. Este regulamentava apenas as questões relativas à assistência, proteção e vigilância de menores de 18 anos que estivesse em situação irregular, isto é, privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória.

Conquanto a Constituição Federal de 1988 já tenha trazido garantias de proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, conforme previsão dos artigos 227 e 228⁶⁶, o Estatuto da Criança e do Adolescente é reconhecido como documento importante e essencial na mudança de tratamento em relação aos menores.

Em consonância com a previsão constitucional e após a vigência do Estatuto sobredito, a criança e o adolescente deixam de ser tratados como objetos de tutela para atender a condição de sujeitos, imbuídos de interesses e necessidades inerentes à sua falta de maturidade física e mental, considerando-se a doutrina da proteção integral e não mais a doutrina da situação irregular do menor.

-
1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.
 2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.
 3. **Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento norma, será punido por lei.**
- Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil. (g.n.)

⁶⁶ **Constituição Federal de 1988. Artigo 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 negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) **Artigo 228.** São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Nesse sentido, Ruthiléia Barbosa⁶⁷ afirma:

A criança e o adolescente, mediante a criação de institutos jurídicos passaram a receber tratamento digno, sendo sempre levado em consideração sua condição de ser humano em desenvolvimento e suporte para seu crescimento físico e mental. A população infanto-juvenil passou a ser reconhecida como sujeitos de direitos com prioridade absoluta.

Nesse contexto, pode-se dizer que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é a interpretação hermenêutica-concretizadora do que se encontra no texto constitucional do artigo 227, *caput*⁶⁸, que prevê expressamente direitos fundamentais a serem assegurados, com prioridade absoluta à criança, ao adolescente e ao jovem.

Contudo, o legislador ordinário pretendeu deixar evidente esta proteção constitucional quando apontou que lhe seria assegurado, pela lei ou por outros meios, a oportunidade e facilitação no que concerne ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente, conforme previsão do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁹.

Vale mencionar que a prioridade absoluta compreende diferentes aspectos, conforme prevê o parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do adolescente, a saber: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e

⁶⁷ BARBOSA, Ruthiléia. **27 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Julho de 2017. Disponível em: <https://ruthileiabarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/477923840/27-anos-de-vigencia-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 27 jul. 2020.

⁶⁸ **Constituição Federal de 1988. Artigo 227, *caput*.** 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.

⁶⁹ **Lei nº 8.069/1990. Artigo 3º.** A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A fim de apontar a diferenciação existente entre o Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Carlos Roberto Gonçalves⁷⁰ nos ensina que “*o princípio do melhor interesse estende-se a todas as relações jurídicas envolvendo os direitos das crianças e adolescentes, perdendo sentido a limitação própria do Código de Menores, que se aplicava somente às hipóteses de situação irregular.*”

Observe-se, ainda, que a doutrina da proteção integral abrange não só a família (pais e responsáveis), como também a sociedade e o Estado, atribuindo a estes a responsabilização pelo funcionamento efetivo do sistema de garantias fundamentais, independente de sua situação social.

Para Paulo Afonso Garrido de Paula⁷¹, a proteção integral “*constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, sociedade e Estado.*”

Referido autor afirma ainda que:

A conceituação de proteção integral é essencialmente jurídica, muito embora seja reflexo da política de um povo em relação à criança e ao adolescente. A lei impõe obrigações à Família, à Sociedade e ao Estado, considerando, reitere-se, o valor da criança e do adolescente em determinado momento histórico-cultural. Quando a normativa internacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente referem-se à proteção integral, estão indicando um conjunto de normas jurídicas concebidas como direitos e garantias frente ao mundo adulto, colocando os pequenos como sujeitos ativos de situações jurídicas. Moral ou valores sociais são apenas os elementos informadores ou determinantes da lei, devendo ser afastada qualquer consideração extrajurídica permissiva da intromissão de outros componentes na definição de seu conteúdo.

Por essa percepção da proteção integral tem-se como necessário o respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, considerando seus atributos individualizados e em constante transformação.

⁷⁰ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** In: Revista Brasileira de Filosofia. Vol. 236, jan-jun 2011. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195

⁷¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional diferenciada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19.

No mesmo sentido, é importante trazer também o ensinamento de Antônio Carlos Gomes da Costa⁷², acerca da doutrina da proteção integral, no sentido de que:

Afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos.

Analizando o princípio do melhor interesse da criança, em decorrência da proteção integral, com a ideia principal própria do instituto da filiação socioafetiva, é possível afirmar que na aplicação do direito ao caso concreto, deve-se buscar a solução que proporcione maior benefício possível para o menor, com o devido reconhecimento do vínculo afetivo para dar sentido à perfilhação.

Voltando-se para o Código Civil de 2002, identificam-se duas disposições específicas à proteção da pessoa dos filhos, que tratam da guarda de filhos menores nos casos de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal. Estas se referem à ideia de preservação do ‘melhor interesse da criança’, senão vejamos.

Vale salientar que, após a vigência do Código Civil de 2002, a guarda de menores sofreu alteração em 2008 e 2014, para instituir e disciplinar a hipótese de guarda compartilhada, tendo em vista a evidente prática do princípio da afetividade em consonância com o melhor interesse da criança.

O artigo 1.583, parágrafos 2º e 3º⁷³ pressupõe que, na hipótese em que se determine a guarda compartilhada, o local base de moradia deve atender ao

⁷² COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 19.

⁷³ **Código Civil de 2002. Artigo 1.583.** A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§2º Na guarda compartilhada, o **tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos**.

melhor interesse dos filhos e o tempo de convivência com os pais deve ser dividido e equilibrado também de acordo com o interesse destes.

Além do mais, o artigo 1.584, inciso II⁷⁴ presume que a guarda compartilhada determinada judicialmente deve atender às necessidades específicas do filho. Já o parágrafo 5º do mesmo dispositivo admite que, na impossibilidade de estabelecimento da guarda ao pai ou à mãe, o juiz deverá impor tal encargo a alguém que detenha afinidade e afetividade com a criança, de preferência.

Sob o mesmo ângulo, vale mencionar o Enunciado nº 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, no sentido de que: “*Sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.*”

A fim de verificar quem possui melhores condições de exercer a guarda do menor, o aplicador do direito deverá analisar diversos aspectos, como por exemplo: condições financeiras, emocionais e psíquicas. Por isso, o diploma legal civil indica que o magistrado poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou laudos de equipe interdisciplinar para fundamentar sua decisão sobre a questão.

No que diz respeito às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 19⁷⁵ e seguintes esmiúçam as condições saudáveis de convivência familiar que auxiliam na formação do vínculo afetivo, bem como a importância desse vínculo, garantindo à criança seu desenvolvimento integral.

§3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (g.n.)

⁷⁴ **Código Civil de 2002. Artigo 1.584.** A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, **em atenção a necessidades específicas do filho**, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

(...)

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (g.n.)

⁷⁵ **Lei nº 8.069/90. Artigo 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.

Especialmente no parágrafo único do artigo 25 do ECA⁷⁶, que trata da família extensa ou ampliada, a afetividade já é considerada como base para formação familiar, a medida que se for formada por parentes próximos, que não sejam os pais, com os quais a criança ou adolescente convive, devem necessariamente manter vínculos de afinidade e afetividade.

Por fim, não é difícil perceber que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também está diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana e que sua aplicação é plenamente possível ao reconhecimento da filiação socioafetiva.

2.5. Princípio da presunção da verdade registral

Ainda no âmbito dos princípios, porém, afastando-se um pouco do direito de família, entendemos relevante apontar o princípio da presunção da verdade registral, tendo em vista a possibilidade e necessidade de inserção em registro público do nome da pessoa identificada e reconhecida como pai/mãe socioafetivo para garantia dos direitos inerentes à filiação.

Este princípio é, na verdade, decorrente da ideia de fé pública inerente aos registros públicos, uma vez que são atos derivados do exercício privado, conferido por delegação do Poder Público, nos termos do artigo 236 da Constituição Federal⁷⁷. Assim, a Lei nº 6.015/73⁷⁸ e a Lei nº 8.935/94⁷⁹, que dispõe sobre os registros públicos e regulamenta referido dispositivo constitucional, deixam evidente o caráter de autenticidade e segurança destes atos jurídicos, em razão da fé pública.

⁷⁶ **Lei nº 8.069/90. Art. 25.** Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

⁷⁷ **Constituição Federal de 1988. Artigo 236.** Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

⁷⁸ **Lei nº 6.015/73. Artigo 1º.** Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

⁷⁹ **Lei nº 8.935/94. Artigo 1º.** Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

De pronto, Keila Souza⁸⁰ admite em seu estudo que:

Os princípios no âmbito do direito registral brasileiro são de enorme relevância; uma vez que têm a função de tornar o sistema mais coeso especificando como deve ser pautada a atuação da serventia na busca de uma efetiva cidadania, uma vez que o registro propicia que as pessoas reconheçam seus direitos e deveres, bem como haja a perpetuação da paz social.

Nesse ponto de vista, um agente público revestido de autoridade do Estado, quando pratica um ato jurídico, resta configurada sua fé pública, em razão da presunção de legitimidade e veracidade peculiar à prática dos atos estatais. Logo, este princípio confere a noção de que todo ato praticado sob a égide do Poder Público se constitui em verdade, e somente a prova em contrário poderá suprimi-la.

Diante dessa percepção, o princípio da verdade registral consagra a compreensão de que o registro definitivo da filiação é presumido exato até que haja demonstração em contrário. Isso faz crer que essa presunção é concernente à existência do direito pertencente ao titular inscrito, nos termos daquele registro que o define.

Há quem denomine este princípio de ‘exatidão do registro’ ou ‘presunção de veracidade’, ou mesmo ‘legitimidade do registro público’. Portanto, trata-se de princípio que revela o efeito do registro, notadamente no que tange à sua presunção de autenticidade, sendo que tal presunção é relativa (*iuris tantum*), em razão da possibilidade de prova em contrário.

Sem dúvida, é necessário que as informações contidas no registro coincidam com a realidade fática. Consequentemente, haverá segurança jurídica nas relações, alcançando uma das finalidades básicas da sociedade.

Luiz Guilherme Loureiro⁸¹, em análise ao aludido princípio, referindo-se à presunção *iuris tantum*, leciona: “Para que tal presunção seja destruída, é preciso impugnar o conteúdo do assento perante os tribunais, cabendo ao impugnante o

⁸⁰ SOUZA, Keila Maria Mota Mendes. **Princípios: uma abordagem à luz do direito registral brasileiro.** Artigo publicado na Revista CEPPG – Nº 20 – 1/2009 – ISSN 1517-8471 – Páginas 158 à 171.

⁸¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2011. p. 233.

ônus de provar sua inexatidão. Enquanto não cancelado o registro inexato, continua produzindo efeitos.”

Novamente, Keila Souza⁸² afirma que:

Decorre deste princípio que os atos registrais devem assegurar autenticidade por derivar da delegação do Poder Público à pessoa investida no cargo, como bem regulamenta o artigo 1º da Lei 8935/94. Expressa, ainda, a presunção relativa de veracidade ao que se declara e assina nas negociações da Serventia, mantendo-se a estrutura das relações jurídicas.

Visto desse ângulo, esse princípio anuncia que o sistema registral deve zelar para que o conteúdo dos documentos registrados corresponda à realidade. E ainda, quanto seja exercido por delegação do Poder Público, o sistema registral tem sua fiscalização exercida pelo Poder Judiciário.

Ainda sobre a questão da presunção relativa, Luiz Guilherme Loureiro⁸³ também ensina que:

A presunção abrange a existência do direito, sua titularidade e sua forma e conteúdo. Sendo inverídica a existência do direito registral, cabe ao interessado mover a ação competente para anular o assento, sendo seu ônus de provar o vício do registro ou do título que lhe deu origem. Sendo inexato o registro no tocante ao conteúdo do direito, deve ser o assento retificado por via administrativa ou judicial, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Para tanto, se o teor do registro público não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule o documento, nos termos do artigo 1.247 do Código Civil de 2002⁸⁴, que apesar de constar no capítulo referente à aquisição de propriedade de imóveis, também se pode aplicar aos demais registros, inclusive o de nascimento, sob uma interpretação extensiva do direito, bem como a efetiva aplicação do princípio em apreço.

⁸² SOUZA, Keila Maria Mota Mendes. **Princípios: uma abordagem à luz do direito registral brasileiro.** Artigo publicado na Revista CEPPG – Nº 20 – 1/2009 – ISSN 1517-8471 – Páginas 158 à 171.

⁸³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2011. p. 233.

⁸⁴ **Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). Artigo 1.247.** Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Além do mais, faz-se necessário enfatizar a obrigatoriedade do registro de nascimento de qualquer pessoa nascida no Brasil, posto que a Constituição Federal de 1988 considera como brasileiro o indivíduo nascido em território nacional, ainda que filho de estrangeiros.

Assim, orienta Luiz Guilherme Loureiro⁸⁵:

(...) a falta de registro não implica responsabilidade ou sanção, até porque se trata de um ato essencial à dignidade da pessoa humana e ao exercício de direitos. Logo, o registro de nascimento pode ser feito a qualquer tempo, sem necessidade do pagamento de multa ou de qualquer taxa. Costuma-se afirmar que o registro é 'obrigatório' porque, sem ele, no plano jurídico a pessoa fica à margem da sociedade: terá dificuldade em comprovar seu nome, idade, origem, nacionalidade e, consequentemente, exercer os direitos e atributos que decorrem da personalidade.

Com isso, torna-se evidente a necessidade de registro público de qualquer modo de filiação, a fim de garantir ao indivíduo o exercício de seus direitos e particularidades decorrentes da personalidade adquirida com seu nascimento com vida.

Em razão disso, é possível afirmar que o princípio da presunção da verdade registral, consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem sua aplicação ao instituto da filiação socioafetiva, à medida que o reconhecimento deste tem como consequência a inserção do nome e patronímico do pai ou mãe socioafetivo no registro de nascimento do filho, garantindo a segurança jurídica na efetivação dos direitos e deveres decorrentes da filiação.

Por último, ao levar em consideração todas as informações trazidas acerca dos princípios acima desenvolvidos, tem-se o entendimento de que estes são regras vitais que direcionam a concretização de direitos de forma completa e abrangente, no plano jurídico e fático.

Finalmente, certifica-se que não há conflito entre estes princípios para a constatação do vínculo de filiação socioafetiva, já que é possível a utilização de todos eles, em qualquer grau que se analise. E, ainda que houvesse, a solução dar-

⁸⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011. Página 49.

se-ia por meio da ponderação ou, até mesmo, da prevalência de um deles, em consonância com a teoria estabelecida por Ronald Dworkin, apontada no início do capítulo.

CAPÍTULO III – A SOCIOAFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Este capítulo refere-se à socioafetividade no Direito de Família, apresentando seu significado e trazendo uma abordagem sobre o seu reconhecimento nas relações familiares, especialmente à paternidade e maternidade. Além do mais, versa sobre os requisitos exigidos para a prova da filiação socioafetiva, bem como os efeitos jurídicos e concretos deste reconhecimento, seja voluntário ou judicial. Ainda, menciona a possibilidade de se configurar a multiparentalidade e a correlação existente entre a filiação socioafetiva e a adoção.

Preliminarmente, ante a ausência de legislação específica brasileira sobre a aquisição da filiação por meio de relações unicamente socioafetivas, excluindo-se a questão da adoção, faremos alguns apontamentos de parentalidade socioafetiva nas legislações estrangeiras vigentes.

A respeito desse tema, conquanto haja poucos registros no direito comparado, é possível encontrar a base do instituto no direito italiano, que, na realidade, tem mais proximidade com a adoção brasileira.

Segundo Eduardo Espínola⁸⁶, na Itália:

(...) o adotante acolhe em seu lar um menor que lhe foi confiado pelo instituto da assistência pública, ou por outrem, dando-lhe um lugar, não um verdadeiro *status* na família como afilhado, podendo tomar o nome de adotante, ao qual são atribuídas as funções inerentes ao poder familiar, com os deveres correspondentes.

Apesar da utilização do termo ‘adotante’, referido autor sustenta que este instituto não se confunde com a adoção, à medida que possui um caráter predominantemente assistencial, sem que se caracterize um vínculo familiar, inclusive sem direitos sucessórios.

⁸⁶ ESPINOLA. Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954. p. 451.

Na França, o diploma que rege as relações civis do país expõe a socioafetividade quando manifesta regra alusiva à posse do estado de filho que gera os efeitos da filiação.

No tocante à posse de estado de filho, traduzindo o texto de norma estrangeira, Christiano Cassetari⁸⁷ relata que:

Na Bélgica, há previsão semelhante no Código Civil, que trata, também, da posse de estado, afirmando que ela deve ser contínua e estabelecida pelos fatos que, em conjunto ou separadamente, indicam a relação de filiação. Esses fatos são: (I) o filho ter sido sempre chamado pelo nome dele, conhecido na sociedade; (II) ter sido tratado como filho; (III) ter o pai de fato contribuído para a sua manutenção e educação; (IV) a criança reconhecer a pessoa como seu pai ou sua mãe.

Face ao exposto, percebe-se que algumas legislações estrangeiras já possuem normas especiais que tutelam a questão da filiação socioafetiva, considerando as transformações ocorridas nas relações familiares.

Já vimos que, nos dias atuais, a ideia de família brasileira tem-se ampliado para abarcar situações reais do cotidiano e garantir direitos aos seus membros. Como exemplo, casal sem filhos ou irmãos solteiros, que residem sob um mesmo teto, podem ser considerados uma família para garantir a impenhorabilidade do ‘bem de família’, com intuito de preservar o direito constitucional à moradia.

Sob outro ponto de vista, é indiscutível, hoje, a igualdade jurídica existente entre o casamento e a união estável, onde predominam interesses afetivos em detrimento dos interesses patrimoniais, mas, principalmente, o interesse de seus componentes na felicidade recíproca.

Nesse cenário, a família além de ter sua formação pelo casamento e pela união estável, também pode formar-se pela comunidade criada por qualquer dos pais e o filho, denominada família monoparental, e ainda nos casos de família socioafetiva que detalharemos a seguir.

Com efeito, devemos considerar que as relações sociais com base em um vínculo afetivo e com intuito de formação familiar, mesmo que não possuam

⁸⁷ Cassetari, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93.

juridicamente um registro civil (casamento ou união estável), são relações familiares, e no caso da família socioafetiva, sabe-se que esta é formada pela afetividade entre seus membros e pelo compromisso recíproco dedicado no cotidiano familiar. Inclusive, ressalta-se que em nenhuma dessas formas de constituição familiar há hierarquia entre os membros da família.

3.1. Caracterização da Afetividade

No capítulo anterior dissertamos sobre o princípio da afetividade, ocasião em que apresentamos a origem e o significado das palavras afeto e afetividade. Neste tópico, far-se-á uma breve consideração acerca da caracterização do termo afetividade, abrangendo os conceitos existentes em outras áreas de estudo, como a psicologia e a psicanálise, além da especialidade jurídica, com o fim de acrescentar outros argumentos técnicos ao reconhecimento da socioafetividade.

De antemão, Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que:

Há muito tempo, obras de antropologia, de outras ciências sociais e de psicanálise, já tinham chamado a atenção para o fato de que é só após a passagem do homem da natureza para a cultura que se torna possível estruturar a família. Para qualquer etnólogo ou antropólogo, a afirmação de que a paternidade social não coincide com a paternidade biológica é de uma vulgaridade gritante. O ser humano é um ser biológico, ao mesmo tempo que um indivíduo social.

Nesse sentido, Lewis Henry Morgan, antropólogo norte-americano e estudioso das relações de parentesco, afirma que “*a família é um princípio ativo, que nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de uma condição inferior para outra superior.*⁸⁸” Essa referência de condição inferior e superior diz respeito às fases pelas quais passou a humanidade, que segundo o autor são: estado selvagem, barbárie e civilização.

⁸⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 1^a ed. LeBooks Editora, 2019.

Em sentido lato, afetividade é o estado psicológico que permite ao homem demonstrar seus sentimentos e emoções a outro ser vivo. Sabe-se que o primeiro núcleo social que proporciona esse estado ao ser humano é a família. Isso demonstra que o afeto é um valor desenvolvido durante a relação entre os seres. Com isso, pode-se dizer que essa relação dá origem ao termo socioafetividade.

Na perspectiva da psicanálise, que é um método criado por Sigmund Freud para interpretar ações e pensamentos do indivíduo, a consolidação do vínculo afetivo na vida do ser humano dá-se a partir dos primeiros meses de vida, onde a criança desenvolve estruturas básicas subjetivas que fazem com que consigam diferenciar a si mesma daquele que cuida.

Sobre isso, Maria Rosimere da Conceição Silva e Zeno Germano⁸⁹ ensinam:

Ao longo do processo de amadurecimento, a criança desenvolve a necessidade de estabelecer um vínculo com a mãe ou um cuidador substituto. Tanto a estrutura psíquica como o sistema biológico da criança estão em desenvolvimento. Devido à ausência da capacidade de provimento das próprias necessidades básicas, é necessário que surja o apoio responsável de alguém para contribuir com o desenvolvimento do infante.

O vínculo afetivo como uma forma de se relacionar com o outro na perspectiva de manter-se ligado emocional e/ou comportamentalmente, apresenta-se na relação cuidador e criança como um meio de subsistência e manutenção de um ambiente adequado para o desenvolvimento maturacional sadio desta última. A proximidade de ambos funciona como uma busca pela segurança e apoio, quer seja nos momentos de adversidade, quer seja para proporcionar uma capacidade funcional da personalidade da criança.

Por esse viés, fica claro que o vínculo de afetividade é gerado no indivíduo como um meio de subsistência e manutenção para seu desenvolvimento hígido. E ainda, que as manifestações, desde os primeiros dias de vida do bebê, compõem as primeiras pinceladas do domínio afetivo.

⁸⁹ SILVA, Maria Rosimere da Conceição; GERMANO, Zeno. **Perspectiva psicanalítica do vínculo afetivo: o cuidador na relação com a criança em situação de acolhimento.** *Psicol. Ensino & Form.* São Paulo, v. 6, n. 2, p. 37-53, 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217720612015000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2020.

Analisando a afetividade sob a perspectiva da psicologia, ramo da ciência que trata dos processos mentais, do comportamento do ser humano e de suas interações com o ambiente físico e social, destacamos a teoria da afetividade desenvolvida pelo psicólogo francês Henri Wallon, que a definiu como a teoria da emoção e do caráter.

Segundo Fabiana Donato⁹⁰, para o referido psicólogo, a afetividade

(...) tem papel fundamental no desenvolvimento da personalidade, pois é o primeiro domínio funcional percorrido pela criança. O recém-nascido e a criança, no seu primeiro ano de vida, utilizam gestos e expressões carregadas de significados afetivos, anteriores à inteligência.

Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo “*o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções.*”⁹¹

Em outras palavras, resumidamente, para a psicologia, afeto é um dos três tipos de função mental, juntamente com a volição (processo de decisão para a prática de uma ação) e a cognição (função da inteligência ao adquirir um conhecimento).

No plano jurídico, é bem verdade que a socioafetividade é apresentada como marca do Direito de Família a partir da década de 1990, principalmente pelo surgimento do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), entidade criada para transformar o pensamento e construir um Direito das Famílias mais humano, condizente com a realidade da vida.

Por sua vez, as contínuas transformações sociais denotam uma passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente nas relações familiares do mundo ocidental. Nesse viés, a tendência

⁹⁰ DONATO, Fabiana Juvêncio Aguiar. **Afetividade: perspectiva sob olhar da psicologia cognitiva no âmbito escolar.** Agosto/2013. Disponível em: <https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-escolar/afetividade-perspectiva-sob-olhar-da-psicologia-cognitiva-no-ambito-escolar> Acesso em: 12 ago 2020.

⁹¹ **Ballone GJ.** Afetividade - in. PsiqWeb, Internet, disponível em <http://www.psiqweb.med.br/>, revisto em 2005, acesso em 07 ago. 2020.

da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez mais baseado em sentimentos e valores compartilhados.

A compreensão abrangente do fenômeno da afetividade não é apreendida pelo direito, uma vez que este se preocupa com os fatos da vida que devem incidir a norma jurídica. Contudo, os conceitos gerados por outras ciências são considerados relevantes no mundo jurídico, uma vez que representam interferência na vida das pessoas juntamente com a evolução humana e social, impactando no regramento normativo para o estabelecimento de regras de convivência.

Todavia, se levarmos em conta a formação positivista do profissional do direito, entendemos o motivo que deu causa a tanta resistência em considerar o afeto numa perspectiva jurídica, notadamente porque o afeto é um fato social e psicológico e não normativo. Todavia, o que importa ao Direito são as relações sociais de natureza afetiva, posto que se trata de condutas humanas suscetíveis de incidência da norma jurídica.

Ainda, segundo Paulo Luiz Netto Lôbo⁹²,

O termo “socioafetividade” conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congrega o fato social (socio) e a incidência do princípio normativo (afetividade).

Após apresentar estes significados, detalharemos o conteúdo jurídico que envolve a socioafetividade no âmbito das relações familiares, levantando os requisitos para que seja provada a filiação socioafetiva, bem como os efeitos jurídicos e concretos de seu reconhecimento.

⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

3.2. Reconhecimento da socioafetividade nas relações familiares

Neste tópico trataremos especificamente do reconhecimento da socioafetividade nas relações familiares, notadamente a paternidade e maternidade socioafetiva. Para tanto, ante a ausência de previsão legal expressa sobre a matéria, far-se-á necessária menção aos dispositivos legais que apontam para o reconhecimento de filho biológico, aplicáveis ao caso, bem como sua interpretação extensiva.

Preliminarmente, ressaltamos o ensinamento de Maria Berenice Dias⁹³ sobre os novos paradigmas trazidos pela Constituição Federal de 1988 e que foram consolidados ao Direito de Família, quando faz a seguinte afirmação: “*A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao afeto, ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar.*” A autora refere-se às famílias decorrentes de união estável, bem como a família monoparental.

Em sentido equivalente, Paulo Luiz Netto Lôbo⁹⁴ afirma:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.

Isso faz supor que o sentido da família está na união efetivada pelos laços de respeito, amor, consideração e afetividade, atributos necessários à realização da personalidade dos membros daquela família, em consonância com os preceitos da noção de dignidade da pessoa humana.

Assim, Silvana Maria Carbonera⁹⁵ admite que “*o aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação baseia-se no comportamento das pessoas que o integrem, para revelar quem efetivamente são os pais.*”

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2^a ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 163.

⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XXXVI, p. 42.

Já no capítulo primeiro, mostramos que o Código Civil brasileiro aponta para uma presunção de paternidade relativamente aos filhos gerados no âmbito de uma relação matrimonial. Por outro lado, os filhos gerados fora desta relação não gozam de tal presunção, necessitando de reconhecimento para a garantia de direitos e estabelecimento de deveres aos indivíduos envolvidos.

Com isso, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento poderá ser realizado de duas formas: por ato espontâneo do pai (que reconhece voluntariamente o vínculo biológico), ou por ato coativo, isto é, imposto por uma determinação judicial. Nas duas hipóteses, ocasiona-se uma série de direitos e obrigações, aos quais veremos adiante no tópico destinado aos efeitos jurídicos e concretos.

O artigo 1.609⁹⁶ do atual Código Civil brasileiro prevê as hipóteses para se formalizar o reconhecimento de filhos. A redação deste dispositivo é idêntica ao que prevê o artigo 1º da Lei nº 8.560/92, que trata da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

De igual modo, o artigo 10, inciso II⁹⁷, do referido diploma civil, determina a averbação em registro público nos casos em que se declare ou reconheça a filiação, seja de forma extrajudicial, seja por decisão judicial.

Nota-se que estas prescrições legais lidam com o reconhecimento de filhos nos casos em que há voluntariedade no ato de reconhecer o vínculo biológico entre pai e filho, ou com base em testes de DNA (que demonstram vínculo genético), independente da circunstância em que foi gerado, isto é, se havia vínculo conjugal ou não com a genitora daquele filho.

⁹⁵ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 304.

⁹⁶ Lei nº 10.406/2002. Artigo 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

⁹⁷ Lei nº 10.406/2002. Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:

(...)

II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação.

Com isso, a expressão ‘filhos havidos fora do casamento’ não deve ser interpretada de maneira literal. Se assim o fizer, tem-se a impressão de que todo filho que for concebido sem que haja um vínculo matrimonial entre o homem e a mulher é considerado ‘fora do casamento’.

Portanto, já que, nos dias de hoje, a união estável tem igualdade jurídica constitucional ao casamento, na prática, algumas situações reais enquadram-se na ideia de ‘filho havido fora do casamento’, senão vejamos:

- a) O casal que vive em união estável civilmente registrada e geram um filho biológico ou adotam uma criança;
- b) Duas pessoas que possuem um vínculo afetivo de casal, sem registro civil de união estável e geram um filho biológico;
- c) Duas pessoas que possuem um vínculo afetivo de casal, sem registro civil de união estável, e reconhecem judicialmente uma criança como filha pela relação de afeto existente entre eles e pela convivência pública;

Visto de outro ângulo, ainda existe a possibilidade de uma mulher solteira ou viúva que possui filhos biológicos, mas também assume a filiação socioafetiva de uma criança, com seu devido reconhecimento judicial.

No âmbito social e jurídico, estas e outras situações são plenamente reconhecidas como um contexto familiar, ainda que não haja uma relação de casamento. Assim, não podemos dizer que os filhos decorrentes destas uniões e destes fatos são ‘havidos fora do casamento’, posto que configurado o vínculo de filiação, seja biológico ou não.

Uma relação conjugal dá-se, especialmente, pela existência de afeto entre os cônjuges, além de suas necessidades emocionais e do desejo em constituir uma família. Portanto, apesar da geração de um filho não se dar apenas pela relação de afinidade, o reconhecimento da paternidade e/ou maternidade socioafetiva o é.

Infelizmente, sabe-se que uma vida pode ser gerada sem que haja uma relação de afinidade entre o homem e a mulher, em razão de atitudes irresponsáveis no ato da relação sexual. No entanto, apesar disso, o reconhecimento de um filho

faz parte do desejo em se constituir uma família, ainda que não seja da forma tradicional.

Portanto, entendemos que o mais correto seria utilizar a expressão ‘filhos havidos no âmbito da relação conjugal’, pois abrange o casamento, a união estável e as demais formas de constituição familiar, inclusive, a socioafetiva.

3.2.1. Reconhecimento Voluntário e Judicial

O reconhecimento voluntário de filho biológico é aquele realizado por ato espontâneo do pai, já que a mãe está vinculada ao filho por ocasião do parto, sendo desnecessário seu reconhecimento. Todavia, nos casos de filiação socioafetiva, esse reconhecimento aplica-se tanto ao homem quanto à mulher, já que não há qualquer vínculo biológico entre pai/mãe e filho socioafetivo.

Salienta-se que o reconhecimento de filhos, como todo ato voluntário, deve ser exercido com liberdade, intenção e discernimento, atributos que demonstram a capacidade do agente. Dessa forma, é necessário ter absoluta capacidade civil para o ato de reconhecimento.

Isso permite afirmar que os menores de 16 anos e as demais pessoas consideradas absolutamente incapazes devem ser representadas por seus pais ou representantes legais, a fim de que o ato de reconhecimento seja válido. No caso de pessoa relativamente incapaz devem ser assistidas na realização do referido ato.

É conveniente lembrar que o objeto deste estudo é justamente o reconhecimento da paternidade ou maternidade sem a existência de vínculo biológico, inclusive podendo ser gerado no âmbito de uma relação de casamento ou união estável. Desse modo, conquanto o legislador ordinário não tenha previsto a filiação socioafetiva, o reconhecimento voluntário pode-se aplicar a estes casos, desde que preenchidos os requisitos que veremos adiante.

Claro que, em regra, o reconhecimento da filiação socioafetiva acontece no âmbito do Poder Judiciário, nos termos do que dispõe o inciso IV do artigo 1.609 supratranscrito. Nessa situação, possibilita-se ao magistrado a verificação do real

vínculo afetivo existente entre pai e/ou mãe e filho, analisando-se os requisitos e as provas trazidos aos autos, além da oportunidade de intervenção do membro do Ministério Público, nos casos em que houver necessidade.

Dizíamos anteriormente que no Código Civil de 2002 é possível identificar vários dispositivos que viabiliza a filiação socioafetiva. Um exemplo claro é o artigo 1.593⁹⁸ que atesta a relação de parentesco ser configurada por qualquer ‘outra origem’.

Diante disso, Paulo Luiz Netto Lôbo⁹⁹ encontra distinções em relação à verdade real da relação de parentesco, assim separadas:

O problema da verdade real, que tem sido manejada de modo equivocado quando se trata de paternidade, é que não há uma única, mas três verdades reais: a) a verdade biológica com fins de parentesco, para determinar paternidade – e as relações de parentesco decorrentes - quando esta não tiver sido constituída por outro modo e for inexistente no registro do nascimento, em virtude da incidência do princípio da paternidade responsável imputada a quem não a assumiu; b) verdade biológica sem fins de parentesco, quando já existir pai socioafetivo, para os fins de identidade genética, com natureza de direitos da personalidade, fora do direito de família (art. 48 do ECA, com a redação da Lei 12.010, de 2009); c) verdade socioafetiva, quando já constituído o estado de filiação e parentalidade, em virtude de adoção, ou de posse de estado de filiação, ou de inseminação artificial heteróloga.

Com efeito, quando se trata de buscar a ‘verdade socioafetiva’, tem-se que levar em consideração as consequências na determinação do parentesco. No caso da filiação socioafetiva, quando essa demonstração é feita perante uma autoridade judiciária, esta é quem decidirá sobre a possibilidade do registro público e seus efeitos.

Como já visto, o vínculo de filiação é a relação de parentesco de primeiro grau em linha reta, isto significa tratar-se da relação mais importante para o Direito de Família, pois é dela que decorrem as demais.

⁹⁸ Lei nº 10.406/2002. Artigo 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade em família e a orientação do STJ: considerações em torno do Resp 709.608.** Out. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25365/socioafetividade-em-familia-e-a-orientacao-do-stj#ixzz3SaM7ovUc>. Acesso em: 31 jul. 2020.

Tratando-se da filiação socioafetiva, as relações entre pais e filhos devem permanecer em razão do vínculo de afeição gerado entre eles durante a convivência familiar. Nessa perspectiva, consideramos que o filho criado por aquele pai com amor, cuidado e afeto, com a convivência pacífica e a intimidade familiar deve ser legitimada pelo juiz, com as devidas consequências jurídicas.

Desse modo, para tornar concreta a prova da filiação socioafetiva, entende-se que deve haver vinculação do ato de reconhecimento a um processo judicial, à medida que as relações afetivas a serem demonstradas demandam uma ponderação por alguém que não tenha vínculo com aquela entidade familiar, nesse caso, o juiz, que atua de forma imparcial. Pode-se dizer que há um juízo de valores em relação aos sentimentos demonstrados por pai e filho ou mãe e filho.

Além do mais, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o reconhecimento de filiação socioafetiva depende da análise das provas contidas nos autos acerca da manifestação de vontade do pai ou mãe, bem como da relação existente entre eles para se constatar o vínculo de filiação¹⁰⁰.

¹⁰⁰ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO POST MORTEM DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA, COM A MANUTENÇÃO, EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO, DA MÃE REGISTRAL. ALEGAÇÃO DE QUE A MÃE REGISTRAL E A APONTADA MÃE SOCIOAFETIVA PROCEDERAM, EM CONJUNTO, À DENOMINADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA" DA DEMANDANTE, QUANDO ESTA POSSUÍA APENAS DEZ MESES DE VIDA. 1. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. 2. CERCEAMENTO DE DEFESA. VERIFICAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, RECONHECENDO-SE, AO FINAL, NÃO RESTAR DEMONSTRADA A INTENÇÃO DA PRETENSA MÃE SOCIOAFETIVA DE "ADOTAR" A AUTORA. O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA REQUER A VONTADE CLARA E INEQUÍVOCADA DA PRETENSA MÃE SOCIOAFETIVA, AO DESPENDER EXPRESSÕES DE AFETO, DE SER RECONHECIDA, VOLUNTARIAMENTE, COMO TAL, BEM COMO A CONFIGURAÇÃO DA DENOMINADA 'POSSE DE ESTADO DE FILHO', QUE, NATURALMENTE, DEVE APRESENTAR-SE DE FORMA SÓLIDA E DURADOURA. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ANULAR A SENTENÇA, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, A FIM DE VIABILIZAR A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

1. A Corte de origem adentrou em todas as questões submetidas a sua análise, tendo apresentado fundamentação suficiente, segundo sua convicção. No ponto ora destacado, o Tribunal estadual deixou assente que, embora se afigure possível o reconhecimento do estado de filiação, estribada no estabelecimento de vínculo socioafetivo, inclusive em hipóteses em que os pais formem um casal homossexual, não restou demonstrado nos autos a intenção da pretensa mãe socioafetiva em, também, adotá-la, sendo certo, ainda, que a mãe registral e a suposta mãe socioafetiva não constituíram um casal homoafetivo, tanto que esta última, posteriormente, casou-se com o primeiro demandado.

2. A constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai/mãe, ao despender afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança. Tal

Em que pese o Código Civil de 2002 tratar a questão da filiação socioafetiva de forma tão genérica, como vimos nos dispositivos supramencionados, os tribunais brasileiros têm reconhecido tal instituto com ampla relevância para as relações sociais.

Exemplo disso é o Provimento nº 09/2013 editado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que permite aos cartórios de registro civil das pessoas naturais daquele estado registrar o reconhecimento de parentalidade socioafetiva, sem necessidade de ação judicial.

A novidade em relação ao assunto é que se dá oportunidade de reconhecimento voluntário e espontâneo de pessoas que não possuem o nome do pai em seu registro civil de nascimento, ou seja, é cabível somente quando a pessoa estiver registrada sem paternidade.

comprovação, na hipótese dos autos, deve revestir-se de atenção especial, a considerar que a pretensa mãe socioafetiva já faleceu (trata-se, pois, de reconhecimento de filiação socioafetiva post mortem).

2.1. O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, bem identificou a importância do aspecto sob comento, qual seja, a verificação da intenção da pretensa mãe de se ver reconhecida juridicamente como tal. Não obstante, olvidando-se que a sentença havia sido prolatada em julgamento antecipado (sem a concessão, portanto, de oportunidade à parte demandante de demonstrar os fatos alegados, por meio das provas oportunamente requeridas), a Corte local manteve a improcedência da ação, justamente porque o referido requisito (em seus dizeres, "a intenção de adotar") não restou demonstrado nos autos. Tal proceder encerra, inequivocamente, cerceamento de defesa.

2.2. Efetivamente, o que se está em discussão, e pende de demonstração, é se houve ou não o estabelecimento de filiação socioafetiva entre a demandante e a apontada mãe socioafetiva, devendo-se perquirir, para tanto: i) a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despendar expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como mãe da autora; ii) a configuração da denominada 'posse de estado de filho', que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. Todavia, em remanescendo dúvidas quanto à verificação dos referidos requisitos (em especial do primeiro, apontado pelo Tribunal de origem), após concedida oportunidade à parte de demonstrar os fatos alegados, há que se afastar, peremptoriamente, a configuração da filiação socioafetiva. É de se ressaltar, inclusive, que a robustez da prova, na hipótese dos autos, há de ser ainda mais contundente, a considerar que o pretendido reconhecimento de filiação socioafetiva refere-se à pessoa já falecida. De todo modo, não se pode subtrair da parte a oportunidade de comprovar suas alegações.

2.3. Em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito. Desse modo, há que se conferir à parte o direito de produzir as provas destinadas a comprovar o estabelecimento das alegadas relações socioafetivas, que pressupõem, como assinalado, a observância dos requisitos acima referidos.

3. Recurso especial provido, para anular a sentença, ante o reconhecimento de cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a instrução probatória, tal como requerido oportunamente pelas partes.

(STJ - Acórdão Resp 1328380 / Ms, Relator(a): Min. Marco Aurélio Bellizze, data de julgamento: 21/10/2014, data de publicação: 03/11/2014, 3ª Turma) (g.n.)

Em relação a aludido provimento, Christiano Cassetari¹⁰¹ expõe suas peculiaridades:

O interessado poderá reconhecer a paternidade socioafetiva de filho, perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, mediante a apresentação de documento de identificação com foto, certidão de nascimento do filho, em original ou cópia.

O oficial deverá proceder à minuciosa verificação da identidade da pessoa interessada que perante ele comparecer, mediante coleta, no termo próprio, conforme modelo anexo ao texto do referido provimento, de sua qualificação e assinatura, além de rigorosa conferência de seus documentos pessoais. Em qualquer caso, o Oficial, após conferir o original, manterá em arquivo cópia do documento oficial de identificação do requerente, juntamente com cópia do termo por este assinado.

(...)

O reconhecimento da paternidade socioafetiva apenas poderá ser requerido perante o Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais no qual o filho se encontre registrado.

Sempre que qualquer Oficial de Registro de Pessoas Naturais, ao atuar nos termos do provimento, suspeitar de fraude, falsidade ou má-fé, não praticará o ato pretendido e submeterá o caso ao magistrado, comunicando, por escrito, os motivos da suspeita.

Nesse contexto, havendo o reconhecimento da filiação socioafetiva, o Oficial procederá ao registro daquela paternidade com averbação à certidão de nascimento daquele filho, independente de manifestação do Ministério Público ou decisão judicial.

Contudo, necessário ressaltar que, se houver ação judicial pleiteando o reconhecimento da paternidade, não é possível o reconhecimento da filiação socioafetiva em cartório. Entretanto, se já houver o reconhecimento perante o Oficial, é possível a discussão da verdade biológica em demanda proposta no Poder Judiciário, a fim de garantir ao filho seu direito à identidade genética.

Essa iniciativa do Tribunal pernambucano deu-se pelo fato de se constatar um grande número de crianças e adultos sem o nome do pai na certidão de nascimento. Com o reconhecimento da paternidade socioafetiva já consolidado pelo ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não haver legislação específica, este

¹⁰¹ CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 85.

Tribunal entendeu conveniente adotar esta medida para reconhecer sua existência na realidade das famílias brasileiras.

Também é importante destacar que o provimento supramencionado deu ensejo a provimentos de igual conteúdo em outros estados, como por exemplo, Ceará (Provimento 15/2013 TJ-CE) e Maranhão (Provimento 21/2013 TJ-MA).

Sob o mesmo ponto de vista, o Supremo Tribunal Federal, em análise ao Recurso Extraordinário 692.186 RG/DF, pelo voto do relator Ministro Luiz Fux, admitiu que há repercussão geral da matéria, notadamente acerca do conflito entre o vínculo afetivo e biológico.

Aludida repercussão geral motivou o tema 622 da Corte Suprema que firmou a tese no sentido 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 os efeitos jurídicos próprios.”*

Estas indicações consideram que prevalece o vínculo afetivo, conforme exemplifica Flávio Tartuce¹⁰²:

Analizando um exemplo prático, se o marido, depois de quinze anos de convivência, descobre que o filho de sua mulher não é seu filho, diante de exame de DNA feito em laboratório extrajudicial, não poderá mais quebrar esse vínculo, pois a afetividade prevalece sobre o vínculo biológico.

Nessa situação fática, devemos considerar que o filho foi criado por aquele pai com amor, cuidado e afeto, já que a dúvida somente foi suscitada após longos anos de convivência, intimidade familiar, com trato de pai e filho. Em outras palavras, as relações entre pais e filhos devem permanecer em razão do vínculo de afeição gerado entre eles durante a convivência familiar.

¹⁰² TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família.** v. 5. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2020. p. 392.

3.2.2. Reconhecimento *post mortem*

No que diz respeito especialmente ao reconhecimento da paternidade socioafetiva após o falecimento do pai, já há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de sua possibilidade, quando manifestada em vida a inequívoca vontade pelo pai afetivo, em interpretação extensiva ao artigo 42, §6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰³, que trata da adoção póstuma. No caso, tal situação pode ser efetivada em juízo por meio de ação declaratória ajuizada pelo filho afetivo em favor dos herdeiros do pai afetivo.

Por outro lado, o reconhecimento de vínculo paterno-filial em momento posterior ao falecimento do filho dá-se por autorização do que consta no artigo 1.609, parágrafo único¹⁰⁴, do atual Código Civil, nos casos em que o filho possua descendentes.

Entretanto, é importante deixar claro que, na filiação socioafetiva o objetivo de seu reconhecimento é garantir que a convivência fraterna entre os envolvidos, que, inclusive, auxilia no desenvolvimento social, psíquico, emocional do filho, favorecendo também sua dignidade humana, contribua para assegurar direitos fundamentais ao filho.

¹⁰³ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. ART. 42, § 6º, DO ECA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. 1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem". 2. A comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. 3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. 4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias. 5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias. 6. Recurso especial não provido. (STJ - Acórdão Resp 1500999 / Rj, Relator(a): Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, data de julgamento: 12/04/2016, data de publicação: 19/04/2016, 3ª Turma) (g.n.)

¹⁰⁴ Lei nº 10.406/2002. Artigo 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: (...) Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Assim, não se pode utilizar do instituto da filiação socioafetiva para exclusivamente garantir direitos aos sucessores, em razão do falecimento do filho. Evidente que isso caracterizaria o desvirtuamento do objetivo principal do instituto. Logo, não é toda relação de afetividade que possibilita o vínculo de perfilhação, como por exemplo, nos casos de guarda de menores.

Com efeito, o entendimento da jurisprudência atual¹⁰⁵ corrobora essa ideia, uma vez que registra a necessidade de se demonstrar os requisitos da

¹⁰⁵ DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. COMPROVAÇÃO. CONDIÇÃO DE “POSSE DE ESTADO DE FILHO”. AUSÊNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. IMPEDIMENTO. PEDIDO IMPROCEDENTE. 1. Não se nega existência de um direito de personalidade, fundamentado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, quanto ao reconhecimento de situações de pluriparentalidade. Contudo, a hipótese depende de comprovação contundente da relação entre os envolvidos. 2. **A parentalidade afetiva decorre da posse de estado de filho, a qual vem estampada pelo desfrute público dessa situação peculiar de filho, com a utilização do nome familiar ou ainda a condição de ser tratado como filho na sociedade, além do vínculo afetivo inerente a esta relação social.** O reconhecimento da parentalidade socioafetiva, portanto, está condicionada à comprovação dos requisitos da afetividade, estabilidade e ostentabilidade da relação entre os envolvidos. 3. Não se pode admitir a concessão de parentalidade socioafetiva com o único fim de se auferir pensão ou aposentadoria. O instituto não se presta a este fim, mas sim a dar um tratamento jurídico mais adequado às relações de parentalidade socioafetiva, daí a necessidade de pleitos de reconhecimento de parentalidade socioafetiva post mortem terem amplamente demonstrada a relação de mãe-filha e não apenas de benfeitora ou guardiã. 4. Ainda que haja a concordância dos filhos da de cujus quanto ao reconhecimento desta relação, imperiosa a comprovação ampla e irrestrita da relação de parentalidade socioafetiva, sob pena de desvirtuamento do instituto. 5. Recurso conhecido e desprovido. (TJDFT - Acórdão 0001057-65.2016.8.07.0020, Relator(a): Des. Getúlio de Moraes Oliveira, data de julgamento: 19/12/2018, data de publicação: 22/01/2019, 7ª Turma Cível) (g.n.)

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HÉRANÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CONTRARIEDADE AOS DISPOSITIVOS LEGAIS INDICADOS. NÃO DEMONSTRADA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 284/STF. **PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. EXISTÊNCIA DE MERA RELAÇÃO JURÍDICA DE GUARDA. REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTENTE.** 1. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC, quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Incide a Súmula n.º 284/STF, por deficiência na fundamentação, quando o recorrente não apresenta, com clareza e objetividade, quais razões amparam a insurgência, limitando-se a tecer alegações genéricas. 3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 4. **No caso concreto, o Tribunal de origem, analisando as provas contidas no processo, concluiu que não foi comprovada a existência de paternidade socioafetiva.** 5. Para alterar esse entendimento, seria necessário o reexame do conjunto probatório do feito, o que é vedado em recurso especial. 6. Consoante entendimento jurisprudencial, a incidência da Súmula n.º 7/STJ, impede o conhecimento do recurso especial por ambas as alíneas do permissivo constitucional. 7. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 8. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ - Acórdão Agrg no Resp 1550518 / Rs, Relator(a): Min. Paulo de Tarso Sanseverino, data de julgamento: 05/04/2016, data de publicação: 11/04/2016, 3ª Turma) (g.n.)

afetividade, estabilidade e ostentabilidade da relação e não apenas o fato de ser gardião ou benfeitor.

Diante disso, passaremos a tratar especificamente dos requisitos mencionados pela doutrina e jurisprudência para que haja a prova e o consequente reconhecimento da filiação socioafetiva.

3.3. Requisitos para a prova da filiação

Em outro momento falamos da ausência de legislação específica acerca da filiação socioafetiva. Em consequência disso, neste tópico, revelamos os dispositivos legais do atual Código Civil que impõem como deve ser realizada a prova da filiação, independente de sua origem. Além do mais, ressaltamos as características exigidas pela doutrina e jurisprudência para que seja reconhecida a filiação socioafetiva e viabilizado seu registro público.

Regra geral, a prova da filiação é realizada por certidão de nascimento registrada no Registro Civil das Pessoas Naturais, nos termos do artigo 1.603¹⁰⁶ do diploma civil brasileiro.

Na ausência do termo de nascimento, o mesmo diploma prevê que a filiação pode ser provada por outras formas, conforme dispõe o artigo 1.605¹⁰⁷. Aqui, está apontado o instituto da ‘posse do estado de filho’, uma vez que há início de prova proveniente dos pais (inciso I).

José Bernardo Ramos Boeira¹⁰⁸ constata algumas legislações estrangeiras que apesar de não trazer expressamente em seus textos legais a posse de estado de filho, não a afastam como valor probatório para se determinar a filiação, conforme descreve:

¹⁰⁶ **Lei nº 10.406/2002. Artigo 1.603.** A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

¹⁰⁷ **Lei nº 10.406/2002. Artigo 1.605.** Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

¹⁰⁸ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 163.

A italiana (no art. 270, do Código Civil), a portuguesa (no art. 1871, 1, do Código Civil, após a reforma de 1977), a espanhola (no art. 113, alínea 1, do Código Civil), a francesa^[2] (no art. 311-1, do Código Civil), a belga (reformado em 1987), a soviética, a boliviana (nos arts. 182, 192 e 205 do Código de Família), a venezuelana (nos arts. 198, 230 e 233 do Código Civil), a uruguaia e a argentina (nos arts. 256, 259 e 263 do Código Civil).

Se considerarmos que o instituto jurídico da posse do estado de filho já está implicitamente integrado ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se possibilita ao Poder Judiciário utilizá-lo como prova nos processos que envolvem filiação socioafetiva, é dever do legislador brasileiro a consagração expressa de tal instituto.

Esse posicionamento legislativo construirá um sistema jurídico de filiação que assegura os laços afetivos da família, além de vincular juridicamente os indivíduos que desejam amar-se e cuidar-se de forma recíproca.

Para Jaqueline Filgueiras Nogueira¹⁰⁹, é através da noção de ‘posse do estado de filho’ que se alcança o verdadeiro estabelecimento da relação filiação, conforme descreve abaixo:

A “posse de estado de filho” constitui a base sociológica da filiação, é esta noção fundada nos laços de afeto, o sentido verdadeiro de paternidade. Portanto é essa noção que deve prevalecer em casos de conflitos de paternidade, quando as presunções jurídicas já não bastam e não convencem, ou quando os simples laços biológicos não são suficientes para demonstrar a verdadeira relação entre pais e filhos. Não são os laços de sangue nem as presunções jurídicas que estabelecem um vínculo entre uma criança e seus pais, mas o tratamento diário de cuidados, alimentação, educação, proteção e amor, que cresce e se fortifica com o passar dos dias.

Orlando Gomes¹¹⁰ define o instituto como “*um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa.*” Tal definição abrange as condições fáticas do título de filho, as vantagens desfrutadas

¹⁰⁹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras Nogueira. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico.** São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 113-114.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 324.

pelos indivíduos envolvidos, além da necessidade de se suportar os encargos decorrentes da relação filial.

De forma mais específica e clara, Paulo Luiz Netto Lôbo¹¹¹ admite que a posse de estado de filiação exterioriza a convivência familiar e o vínculo afetivo, uma vez que se constitui “*quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos.*”

De acordo com Ana Paula Brandão Ribeiro e Isabella Carolina Miranda¹¹², ao tratarem sobre o tema ‘filhos de criação’,

O instituto da posse de estado de filho encontra-se, por sua vez, alicerçado na verdade socioafetiva, ou seja, sua exteriorização encontra-se na convivência familiar e na afetividade. Desta forma, a sua configuração não diz respeito à existência de registros, de nomenclaturas técnicas ou de exames laboratoriais, por exemplo, mas antes, da convivência fraternal, que se constrói dia-a-dia, como se dá com os filhos de criação.

Voltando-se ao Código Civil, a hipótese descrita no inciso II do artigo 1.605, deixa certa a possibilidade de determinação da filiação socioafetiva, uma vez que, nesse caso, há ‘*veementes presunções resultantes de fatos já certos*’.

Trata-se da prova supletiva da filiação, que pode ser realizada por qualquer meio. Inclusive, a posse de estado de filho, ou seja, a convivência contínua e pacífica com o pai e/ou mãe afetivos é fato ensejador do reconhecimento da filiação socioafetiva.

Nesse contexto, Paulo Luiz Netto Lôbo¹¹³ afirma que

As possibilidades abertas com esta segunda hipótese são amplas. As presunções “veementes” são verificadas em cada

¹¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista CEJ, Brasília, v.8, n.27, p. 47-56, out./dez. 2004, p. 49.

¹¹² RIBEIRO, Ana Paula Brandão; MIRANDA, Isabella Carolina. **Filhos de criação: uma abordagem paradigmática.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cb93980bc94a17e3> Acesso em: 07 Ago. 2020.

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade em família e a orientação do STJ: considerações em torno do Resp 709.608.** Out. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25365/socioafetividade-em-familia-e-a-orientacao-do-stj#ixzz3SaM7ovUc>. Acesso em: 31 jul. 2020.

caso, dispensando-se outras provas da situação de fato. O Código brasileiro não indica, sequer exemplificadamente, as espécies de presunção, ou a duração, o que nos parece a orientação melhor. Na experiência brasileira, incluem-se entre a posse de estado de filiação o filho de criação e a adoção de fato, também chamada “adoção à brasileira”, que é feita sem observância do processo judicial, mediante declaração ao registro público.

Conquanto o diploma civil brasileiro trate da filiação socioafetiva de forma genérica, como já vimos, os tribunais brasileiros têm reconhecido tal instituto de forma abrangente para incluir as demais formas de relações familiares, já que são comuns ao nosso cotidiano.

Relativamente ao assunto, Belmiro Welter¹¹⁴ constata que:

São três os requisitos do estado de filho afetivo: a *nominatio*, a *tratactus* e a *reputatio*, ou seja, “que a pessoa tenha sido tratada como filho do indigitado pai e que tenha, como tal, atendido à manutenção, à educação e à colocação dela; que a pessoa tenha constantemente considerado como filho nas relações sociais”. A *nominatio*, que é o nome, é ter o filho o apelido do pai; a *tratactus* é ser tratado e educado como filho; a *reputatio* é ser tido e havido por filho na família e na sociedade em que vive.

Isso permite afirmar que a identificação da socioafetividade depende de três condições: nome, trato e fama. Assim, aquele que requer ao judiciário o reconhecimento da filiação socioafetiva deve chamar o requerido de filho, tratar como se filho fosse, e mais, que a sociedade reconheça como uma relação de pai e filho. Destaca-se, contudo, que o tratamento é o elemento de maior valor, posto que reflete a conduta conferida ao filho, garantindo-lhe o indispensável à sobrevivência.

Grosso modo, significa a conduta do pai na proteção e amparo econômico, consubstanciada no sustento, vestuário, educação, segurança etc, bem como na afetividade concretizada no carinho, respeito, desvelo, ternura etc. Portanto, o tratamento é o melhor parâmetro de reputação para que se determine a perfilhação.

¹¹⁴ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 156.

José Bernardo Ramos Boeira¹¹⁵ ao referir-se aos requisitos para comprovação da posse do estado de filho afirma que

o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a “posse de estado de filho”, desde que estejam presentes os demais elementos, ou seja, o trato e a fama, a confirmarem a verdadeira paternidade. Sendo esses dois últimos elementos suficientes à caracterização da posse de estado.

Ao fazer referência aos requisitos da posse do estado de filho, que servem igualmente à comprovação da filiação socioafetiva, Renata Viana Neri¹¹⁶ atesta que:

Os elementos caracterizadores da posse de estado de filho: a atribuição de nome, o tratamento de filho e o reconhecimento no meio social dessa relação paterno-filial devem ser públicos, notórios, estáveis e inequívocos. Assim, a caracterização da filiação sociológica com base na posse de estado de filho é consequentemente, aferida de modo objetivo, mantendo-se, dessa forma, a segurança jurídica das relações sociais.

Por isso é que Paulo Luiz Netto Lôbo¹¹⁷ admite: “*Pai, com todas as dimensões culturais, afetivas e jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico; é mais que este.*”

Assim, parece acertado o entendimento do referido jurista ao apontar para três características comuns e essenciais na configuração de entidades familiares, quais sejam: a afetividade, a estabilidade e ostentabilidade¹¹⁸, como já mencionado no capítulo segundo.

¹¹⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

¹¹⁶ NERI, Renata Viana. **Da posse do estado de filho: fundamento para a filiação socioafetiva.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 jul 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39629/da-posse-do-estado-de-filho-fundamento-para-a-filiacao-socioafetiva>. Acesso em: 10 jul 2020.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade em família e a orientação do STJ: considerações em torno do Resp 709.608.** Out. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25365/socioafetividade-em-familia-e-a-orientacao-do-stj#ixzz3SaM7ovUc>. Acesso em: 31 jul. 2020.

¹¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** IBDFAM, Março de 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Ainda acerca dos requisitos, o Superior Tribunal de Justiça em consonância com o entendimento doutrinário já mencionado sistematizou as características essenciais para a primazia da socioafetividade nas relações de família, em especial, aos casos de filiação.

Exemplo disso são os acórdãos proferidos no Recurso Especial nº 1.663.137/MG, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, julgado em 15/08/2017, DJe de 22/08/2017; e Recurso Especial nº 1.500.999/RJ, de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/04/2016, DJe de 19/04/2016.

Tais julgados são precedentes da Superior Corte de Justiça, que atestam a necessidade de comprovação inequívoca da vontade do pai e/ou mãe afetivo, nos mesmos moldes da adoção *post mortem* indicada no artigo 42, §6º, do ECA. Além disso, endossa a ideia de tratamento como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição para que seja reconhecida a filiação socioafetiva.

Extrai-se, portanto, que o requisito da expressa vontade do pai e/ou mãe ao reconhecimento da filiação socioafetiva exprime exatamente a aspiração em assumir as responsabilidades e consequências fáticas e jurídicas de um vínculo paterno e/ou materno.

3.4. Efeitos jurídicos e concretos

Como já vimos no tópico destinado à filiação não matrimonial, o reconhecimento de um filho é ato unilateral, irrevogável e personalíssimo, que possui efeitos de natureza patrimonial e de cunho moral. Além disso, enfatiza-se que o reconhecimento voluntário possui efeitos *erga omnes* – contra todos – e *ex tunc*– retroativos.

Do ponto de vista legislativo, o reconhecimento da filiação em geral apresenta diversos efeitos jurídicos, senão vejamos:

- a) a não revogação do reconhecimento, nem mesmo por testamento (artigo 1.610, CC¹¹⁹);
- b) residência no lar conjugal com o consentimento do outro cônjuge, no caso de pais separados (artigo 1.611, CC¹²⁰);
- c) no caso de filho menor, este ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, ou se reconhecido por ambos, ficará com aquele que melhor atender os interesses da criança (artigo 1.612, CC¹²¹);
- d) havendo condição ou termo no ato de reconhecimento, estes são considerados ineficazes (artigo 1.613, CC¹²²);
- e) no caso de filho maior, deve haver consentimento deste (artigo 1.614, CC¹²³).

Tais efeitos também são válidos quando há reconhecimento de filiação socioafetiva, em razão do princípio da segurança jurídica, bem como dos princípios do melhor interesse do menor e igualdade entre os filhos.

Em relação à possibilidade de se contraditar o estado de filiação socioafetiva por meio da ação de investigação de paternidade, sob o argumento da ausência de origem biológica, o Direito brasileiro não autoriza tal situação, justamente em razão da irreversibilidade do instituto.

Nesse ponto de vista, Paulo Luiz Netto assevera que:

toda vez que um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, com a decorrente paternidade socioafetiva consolidada, esta não poderá ser impugnada nem contraditada. A investigação da paternidade só é cabível quando não há paternidade, nunca para desfazê-la. É incabível fundamentar a investigação da paternidade biológica, para contraditar a paternidade socioafetiva já existente, no princípio

¹¹⁹ **Lei nº 10.402/2003. Artigo 1.610.** O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

¹²⁰ **Lei nº 10.402/2003. Artigo 1.611.** O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

¹²¹ **Lei nº 10.402/2003. Artigo 1.612.** O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

¹²² **Lei nº 10.402/2003. Artigo 1.613.** São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

¹²³ **Lei nº 10.402/2003. Artigo 1.614.** O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

da dignidade da pessoa humana, pois este é uma construção cultural e não um dado da natureza.

Consequentemente, a ação de investigação de paternidade presta-se a buscar a verdade biológica do vínculo paterno-filial, quando não houver paternidade de qualquer natureza, a fim de garantir ao filho o direito à identidade genética, o que não se coaduna com a ideia de filiação socioafetiva.

Na concepção de Silvio Venosa¹²⁴

De qualquer modo, no campo do Direito, por maior que seja a possibilidade da verdade técnica, nem sempre o fato natural da procriação corresponde à filiação como fato jurídico. O legislador procura o possível no sentido de fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, levando em conta as implicações de ordem sociológica e afetiva quem envolvem essa problemática.

Isso demonstra que a verdade obtida com o registro de nascimento não deve prevalecer sobre os laços afetivos criados no âmbito de uma convivência familiar. Aliás, ainda que haja o direito à origem genética, a proteção constitucional é exatamente ao direito à convivência familiar, constituindo uma prioridade absoluta da criança e do adolescente, conforme prevê o artigo 227, *caput*¹²⁵, da Carta Magna.

De outro modo, nos casos de filiação socioafetiva, seu reconhecimento voluntário ou judicial também gerará efeitos concretos que, certamente, trarão benefícios ao filho assim reconhecido.

No caso de crianças que não possui o registro do nome do pai biológico, ter um homem que a reconheça como sua filha, em um ato de amor e afeto, assumindo obrigações em relação a ela, também lhe garante um pai em seu registro de nascimento.

Substancialmente, esta criança passará a possuir mais um sobrenome, avós paternos, além de permitir o gozo de benefícios como, inclusão no plano de

¹²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** v. 6. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 224.

¹²⁵ **Constituição Federal de 1988. Artigo 227, *caput*.** 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.

saúde daquela família, possível pedido de alimentos (se necessário), participação na partilha e sucessão dos bens daquele que a reconheceu como pai etc.

Contudo, é importante lembrar que a paternidade é muito mais que prover alimentos ou garantia de direito à herança, envolve a constituição de valores morais e éticos, o sadio desenvolvimento da personalidade do filho, as particularidades da relação pai e filho e a valorização da dignidade humana dos indivíduos envolvidos.

Em síntese, importante realçar a afirmação de Paulo Luiz Netto Lôbo¹²⁶ quando solidifica o seguinte entendimento:

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 vida, 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 pai quem assumiu esses deveres, embora não seja o genitor.

Por último, a multiparentalidade também pode ser um efeito concreto decorrente do reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva, conforme veremos no tópico a seguir.

3.5. Da possibilidade de configuração da multiparentalidade

Apesar da legislação se referir a tantos efeitos decorrentes do reconhecimento do vínculo filial, aqui se pretende focar no efeito que atinge diretamente o reconhecimento de filho afetivo, que é a multiparentalidade.

A multiparentalidade ocorre quando há manutenção da paternidade ou maternidade biológica no registro de nascimento, bem como a aposição do nome do pai ou mãe afetivo, permitindo que haja em seu registro mais de um pai ou mais de uma mãe, fato este que, além de trazer benefícios ao filho, estabelecerá deveres ao pai ou mãe reconhecidos. Assim, haverá coexistência de paternidades ou maternidades.

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a verdade real.** Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 15-21, jul./set. 2006.

É sabido que a socioafetividade pode dar origem à multiparentalidade, tendo em vista a possibilidade, nos dias atuais, de haver mais de um pai ou mãe apontados no registro civil – pai/mãe biológico e pai/mãe afetivo. Esse é um dos pontos de diferenciação em relação aos casos de adoção, conforme veremos no tópico a seguir.

Importante salientar o posicionamento de Christiano Cassetari¹²⁷:

Para nós, é inconcebível que seja feito um reconhecimento de parentalidade socioafetiva, de qualquer forma, e o mesmo não seja levado ao assento de nascimento, que é o local adequado em que tal informação deve constar. Acreditamos que, se esse pedido não é feito num processo, por exemplo, evidencia-se o caráter exclusivamente patrimonial da ação judicial, onde se discute o afeto e todos os seus termos, e ao final se declara a sua existência, apenas para um determinado fim, geralmente com benefício financeiro (alimentos e sucessão), mas não se altera o registro do nascimento. Isso é um verdadeiro absurdo que deve ser coibido por advogados, juízes e promotores. Se há reconhecimento de parentalidade socioafetiva, ele deve, obrigatoriamente, constar do registro de nascimento.

No Brasil, já há decisões em ação negatória de paternidade que reconhecem a prevalência da relação socioafetiva por meio do reconhecimento voluntário¹²⁸, em razão do interesse do menor sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e de desatendimento aos direitos básicos do menor.

¹²⁷ Cassetari, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 82.

¹²⁸ RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. **AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA CONTRÁRIA. ÔNUS DE QUEM ALEGA.** ART. 333 DO CPC/1973. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A retificação do registro de nascimento depende da configuração de erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil/2002) em virtude da presunção de veracidade decorrente do ato, bem como da inexistência de relação socioafetiva preexistente entre pai e filho. 3. A paternidade socioafetiva não foi impugnada pela autora, a quem incumbia o ônus de desconstituir os atos praticados por seu pai biológico, à luz do art. 333, I, do CPC/1973. 4. O Tribunal local manteve incólumes os registros de nascimentos em virtude da filiação socioafetiva, circunstância insindicável nesta instância especial em virtude do óbice da Súmula nº 7/STJ. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1730618/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018) (g.n.)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. **AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO: ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.604 e 1.609 do Código Civil.** 1. Ação negatória de paternidade, ajuizada em fevereiro de 2006. Recurso especial concluso ao Gabinete em 26.11.2012. 2. Discussão relativa à nulidade do registro

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao relatar um caso em que o requerente pleiteia a alteração de seu registro de nascimento para incluir o pai biológico, apesar de já constar o pai afetivo, admite que o reconhecimento de um tipo de filiação não significa a negação de outra. Em suas palavras, “não há mais falar em uma hierarquia que prioriza a paternidade biológica em detrimento da socioafetividade ou vice-versa. Ao revés, tais vínculos podem coexistir com idêntico status jurídico no ordenamento desde que seja do interesse do filho.”¹²⁹

De igual modo, Belmiro Welter¹³⁰ demonstra que as filiações biológica e socioafetiva podem coexistir, quando afirma:

de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes. 3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro. 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 5. **Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser pai da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.** 6. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. 7. Recurso especial desprovido. (REsp 1383408/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 30/05/2014) (g.n.)

¹²⁹ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. **A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis.** 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido. (REsp 1.618.230/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017) (g.n.)

¹³⁰ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 277.

Quem comparece no cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea, solicitando o registro de alguém como filho, não necessita de qualquer comprovação genética, porque isso representa um modo de ser família. Em outras palavras, “aquele que toma o lugar dos pais pratica, por assim dizer, uma ‘adoção de fato’”, uma aceitação voluntária ou judicial da paternidade/maternidade, em que é estabelecido o modo de ser filho afetivo, com a atribuição de todos os direitos e deveres.

Estas poucas indicações atestam tanto a possibilidade de alguém que não tem o pai biológico em seu registro de nascimento ser reconhecido pelo pai socioafetivo, e assim registrá-lo, como também acrescentar mais um pai ou mãe no registro de nascimento daquele filho reconhecido pela relação de afeto.

Além do mais, em sede de repercussão geral (RE 898.060), o Supremo Tribunal Federal firmou a tese 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 os efeitos jurídicos próprios.*”

Dito isto, Christiano Cassetari¹³¹ afirma a possibilidade de somar a parentalidade biológica com a socioafetiva, sem que uma exclua a outra. Nesse ponto, o autor revela que:

Por esse motivo acreditamos que a máxima “*a parentalidade afetiva prevalece sobre a biológica*”, consagrada pela jurisprudência em casos de negatória de paternidade, deve ter aplicação ponderada, pois acreditamos que ambas as espécies podem coexistir, formando, assim, a multiparentalidade.

A ponderação a que se refere o autor decorre da análise do caso concreto, com o objetivo principal de garantir direitos ao filho, em razão do princípio do melhor interesse do menor, além da manutenção sadia do vínculo afetivo.

Sob outro ponto de vista, tratando-se da questão dos filhos decorrentes da relação de *padrastio* ou *madrastio*, sabe-se que, nos dias de hoje, em razão do crescente número de casais divorciados, muitas vezes, ocorre a chamada ‘família reconstituída’, fato em que se evidencia uma relação de socioafetividade entre padrastos ou madrastas e seus enteados. Isso acontece quando filhos são

¹³¹ CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 169.

abandonados afetivamente pelo pai ou mãe biológicos, dando ensejo a uma criação moral e afetiva por parte do segundo companheiro (marido ou esposa) do genitor responsável.

A respeito da família reconstituída, Adriana Ribeiro David e Tânia Cristina Dias Maldonado¹³² a conceituam da seguinte forma:

A família reconstituída é estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros tem filho ou filhos de um vínculo anterior. Em uma formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padastro ou uma madrasta. Neste grupo entram pais viúvos ou mães viúvas como de pais divorciados e de mães divorciadas e pais e mães solteiros.

Na atualidade, o divórcio é uma realidade frequente. Antigamente, a pessoa divorciada recebia sanções, geralmente, no âmbito social. Aliás, havia comunidades em que a pessoa era penalizada com o próprio corpo, submetendo-se a tratamento desumano.

Novamente em consulta aos estudos de Adriana Ribeiro David e Tânia Cristina Dias Maldonado¹³³ encontramos a seguinte referência à reação das sociedades quanto à pessoa divorciada:

No que diz respeito ao divórcio, historicamente, desde a sociedade mais antiga, o divórcio tem sido uma viva frequência nos costumes. Na China antiga, por exemplo, admitia-se a separação, mas o marido que abandonasse a esposa, sem justa causa, recebia oito chibatadas. Na Grécia antiga já se admitia o divórcio. Em Roma, havia o divórcio em que deveria haver mútuo consentimento, e o *repudium*, de iniciativa apenas do marido, sem necessidade de motivo, mas nesse caso ele era obrigado a pagar uma multa.

No Brasil, com o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), o casamento, que antes era considerado uma instituição que deveria durar até a morte de um dos cônjuges, tornou-se juridicamente possível o desfazimento deste. Nessa

¹³² DAVID, Adriana Ribeiro. MALDONADO, Tânia Cristina Dias. **Família reconstituída: o amor resolve tudo?** Disponível em: www.cefacbahia.org.br Acesso em: 15 ago 2020.

¹³³ Idem.

hipótese, quando um casamento não dá certo por qualquer razão, as pessoas se divorciam, com a possibilidade de realizar novo casamento a qualquer tempo.

Contudo, o que nos interessa é o fato de uma pessoa divorciada com filho, contrair casamento com outra pessoa, levando aquele filho a conviver com alguém que não tem vínculo biológico, caso em que se configura a relação de *padrastio* ou *madrastio*.

Havendo tal situação e configurado o “abandono” afetivo pelo pai ou mãe biológico, é possível e provável que se crie uma relação de afetividade entre padrasto e enteado. Contudo, não é necessário que haja tal “abandono” para que haja a formação de tais laços entre ambos.

Por fim, vale acrescentar a assertiva de Zeno Veloso¹³⁴ quando destaca que “os vínculos biológicos, às vezes, cedem aos laços do amor, da convivência, da solidariedade, pois a voz do sangue nem sempre fala mais alto do que os apelos do coração.”

3.6. Correlação entre filiação socioafetiva e a adoção

É cediço que a relação de socioafetividade está presente tanto na adoção quanto no reconhecimento obtido por meio da filiação socioafetiva. Quanto a isso, em matéria jurídica, indispensável tecer alguns comentários sobre tais assuntos.

O artigo 19, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação dada pela Lei nº 13.257/2016, prevê que: “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.”

Acerca disto, Oswaldo Peregrina Rodrigues¹³⁵ afirma:

¹³⁴ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 180.

¹³⁵ RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Os novos tipos familiares em face da lei em vigor: as relações jurídicas privadas e a dignidade das pessoas humanas que as integram**. São Paulo: Claris, 2016. p. 40.

Como regra geral, a criança e o adolescente haverão de ser criados e educados em sua família natural, ou seja, na família biológica, com a qual mantém vínculos consanguíneos e, como exceção, caso violados ou ameaçados seus direitos fundamentais, consoante estabelecem os arts. 98 e 101, inciso VIII, ambos do ECA, em família substituta.

Em outras palavras, a colocação em família substituta é uma situação de excepcionalidade, em hipóteses que não é possível a convivência familiar com a família natural da criança ou adolescente.

Geralmente, a criança que está inserida num cadastro para ser adotada é exatamente por ter passado por circunstâncias que impedem sua convivência com a família biológica, por exemplo, quando os pais biológicos perdem o poder familiar em decorrência de situações específicas da lei, confirmadas por decisão judicial.

Outrora, a adoção possuía apenas natureza assistencial à medida que a intenção era dar filhos a quem não os tem, de modo que os pais adotivos pudessem prestar assistência e apoio material àquela criança adotada. Contudo, em razão da necessidade da convivência familiar entre eles, essa situação obrigou-se a evoluir para abranger a visão moderna de família, de sorte que dar-se-ia pais a quem não os tem, mas observando também a necessidade e o desejo destes em constituir uma família, o que envolve um sentimento de querer ser pai e/ou mãe. Nessa visão, há, verdadeiramente, a formação de uma família com consequentes vínculos afetivos e não simplesmente a assistência material à criança.

Na visão do poder público, essa nova sistemática da adoção que garante o direito aos pais e mães que queiram ter uma criança em adoção aplica-se igualmente ao instituto da filiação socioafetiva, considerando-se a ideia de formação familiar para convivência saudável e desenvolvimento integral da criança.

A adoção é um ato jurídico que atribui à criança ou adolescente, que esteja desvinculado de sua família biológica ou natural, o *status* de filho, por meio de um processo de colocação em família substituta. Trata-se de medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, nos termos do artigo 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como ensina Oswaldo Peregrina Rodrigues¹³⁶, a família substituta nada mais é do que a “família não original ou desbiologizada”, posto que liderada por uma pessoa ou grupo de pessoas que assumirão os deveres de criar e educar a criança ou adolescente, mantendo-o sob sua guarda, cuidado e zelo, exercendo, assim, as mesmas atribuições da família natural, demonstrando-lhes o mesmo vínculo afetivo.

Em se tratando do instituto da adoção, Maria Berenice Dias¹³⁷ afirma:

A adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, sendo vedada qualquer designação discriminatória (CF 227, §6º). Assim, não deve constar nenhuma observação no registro de nascimento do adotado sobre a origem da filiação (ECA 47, §4º). O registro anterior é cancelado. No novo registro deve constar, além do nome do adotante, também o de seus ascendentes (ECA 47, §1º).

Assim, como já vimos no tópico que trata do princípio da igualdade entre os filhos, ao adotado dá-se a condição de filho com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em sentido semelhante, Maria Helena Diniz¹³⁸ ensina:

(...) aquele que, por opção, acolheu uma pessoa estranha como filho, isto é, pelo método da adoção, surge a relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado, tendo como fator essencial o afeto e o interesse na filiação. A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre ambos (adotante e adotado) um laime legal de paternidade e filiação civil.

No Brasil, tem-se a adoção de fato, que é vulgarmente chamada de “adoção à brasileira”, situação que se enquadra na ideia de ‘posse de estado de filiação’, apesar de ser feita sem a observância de um processo judicial. Em outras

¹³⁶ RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Os novos tipos familiares em face da lei em vigor: as relações jurídicas privadas e a dignidade das pessoas humanas que as integram.** São Paulo: Claris, 2016. p. 41/42.

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 125.

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** v. 5. 34. ed. São Paulo, Saraiva: 2020. p. 416.

palavras, a “adoção à brasileira” dá-se mediante a declaração falsa de paternidade ou maternidade ao registro público.

De modo similar, e por ser a filiação socioafetiva tão frequente no Brasil, Christiano Cassetari¹³⁹ admite:

A filiação afetiva é muito comum em nosso País, onde proliferam os casos de adoção de fato, e, por esse motivo, encontramos os “filhos de criação”, em que, mesmo não havendo qualquer vínculo biológico ou jurídico, os pais criam uma criança ou adolescente por mera opção, como se seus filhos biológicos fossem, dando-lhes todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família cuja mola-mestra é o amor entre seus integrantes e o vínculo é o afeto.

Partindo desses entendimentos, é preciso destacar que, em termos concretos, a adoção de fato e a adoção de direito não devem apresentar distinções. Inclusive, os tribunais brasileiros já possuem o entendimento de que a adoção de fato gera as mesmas consequências da adoção formalizada em juízo.

Aliás, sabe-se que a adoção de fato é situação preparatória para que aconteça a adoção jurídica, uma vez que padrastos e madrastas, em alguns casos, demonstram maior presença afetiva em relação aos pais ou mães biológicas.

Em outro aspecto, ressalta-se o entendimento de Belmiro Welter¹⁴⁰ ao comparar a adoção com a criança gerada por meio de inseminação artificial heteróloga:

O filho adotivo, mesmo sendo biologicamente estranho aos pais, é amparado pela lei, visto que a adoção é um ato oficial e público. O reconhecimento de um filho gerado por um processo de fecundação artificial heteróloga supõe a falsificação consciente e oficial, por parte dos pais, numa certidão de nascimento. Adotando uma criança, tem o casal por ela sentimentos iguais aos que dificilmente podem-se encontrar numa fecundação artificial extramatrimonial.

Dessa forma, fica evidenciado que qualquer forma de convivência familiar que solidifique a afetividade nas relações influenciará no direito fundamental da

¹³⁹ CASSSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 40.

¹⁴⁰ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

criança ou adolescente em ser criado e educado no seio familiar, em busca do desenvolvimento sadio e completo do mesmo, bem como o melhor interesse da criança.

Por outro lado, a filiação socioafetiva diferencia-se da adoção, porque nesta há exclusão dos pais biológicos para incluir o pai ou mãe adotivos no registro civil. Como sobredito, há o desligamento de todo vínculo com pais e parentes biológicos da criança e/ou adolescente. No caso de socioafetividade, o mais comum é haver a coexistência de paternidades e/ou maternidades.

Assim, diferentemente do que ocorre nos casos de adoção, a determinação do registro da filiação socioafetiva pode gerar a ocorrência de multiparentalidade, isto é, o indivíduo possuir, em seu registro de nascimento, mais de um pai ou mais de uma mãe, à medida que não se exclui o genitor biológico do registro de nascimento.

A viabilidade de exclusão da filiação registral somente se dará quando houver prova de vício de consentimento e ausência de socioafetividade, exceto se o pedido for formulado pelo próprio filho, em razão do estado de filiação ser considerado um direito personalíssimo.

CAPITULO IV – A SOCIOAFETIVIDADE NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este capítulo expõe a pauta da socioafetividade, notadamente a filiação, sob a ótica do Supremo Tribunal Federal, buscando evidenciar os contornos e as limitações acerca do assunto, bem como apresentar a multiparentalidade como novo paradigma diante do posicionamento desta Corte Constitucional Brasileira, além de levar em consideração conceitos como o ativismo do Poder Judiciário e a politização da justiça.

Aqui também é apresentada a teoria da concretização constitucional, trazendo argumentos capazes de desenvolver as dimensões criativas do STF, bem como a exposição do principal julgado desta Corte que gerou repercussão geral sobre o tema, a fim de exteriorizar um entendimento mais amplo à sociedade e expor os aspectos constitucionais do tema proposto.

Sabe-se que o Direito Civil e o Direito Constitucional devem ser interpretados conjuntamente, objetivando um desenvolvimento social, econômico e político do Estado social. Trata-se de fenômeno conhecido pela doutrina como a ‘constitucionalização do direito privado’.

Quanto a isso, Gustavo Tepedino¹⁴¹ ensina:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o Direito Civil na perspectiva da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda mais uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar à iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

É inegável que o Direito privado é Direito Constitucional aplicado, uma vez que aquele representa valores sociais de vigência efetiva, regido por normas constitucionais. Nesse sentido, o Direito Civil vem, progressivamente, amoldando-se ao caráter fundamental da Constituição Federal de 1988. Especificamente quanto ao

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil.** Temas de direito civil. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22.

Direito de família, relaciona-se à necessidade de encontrar uma solução socialmente adequada às situações concretas do cotidiano familiar.

Visto de outro ângulo, explica Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁴²:

Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior a ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição.

Destarte, não se pode aceitar uma leitura e interpretação do Código Civil, mormente as normas de Direito de Família, senão à luz da Constituição Federal vigente. Além do mais, como já vimos, há relevantes fundamentos com base no princípio da dignidade da pessoa humana que viabilizam o reconhecimento da filiação socioafetiva, bem como a aplicabilidade deste em qualquer relação familiar.

Vale salientar que as normas do Direito de Família são essencialmente de ordem pública, pois estão diretamente ligadas ao direito existencial da pessoa humana, circunstância que demanda proteção estatal. Ainda, como a filiação socioafetiva é baseada no afeto, a ideia é que o Direito de Família seja pautado mais na afetividade do que na estrita legalidade.

Assim, quando a família concretiza a afetividade humana, ela transfere a importância das funções econômicas e políticas para a função afetiva, valorizando muito mais o interesse humano do que as relações patrimoniais. Esses são argumentos válidos para alicerçar a ideia de que as relações consanguíneas possuem menos importância na sociedade do que aquelas que têm origem na afetividade e na convivência familiar. Isso demonstra que o afeto é fator gerador de efeitos jurídicos nas relações familiares.

Diante desse contexto, far-se-á uma breve explanação acerca do ativismo judicial, utilizando-o como mecanismo para a concretização de direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, bem como os direitos decorrentes estampados no Código Civil de 2002, principalmente nos casos em que envolve a socioafetividade.

¹⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 216-217.

4.1. Ativismo do Poder Judiciário e a Politização da Justiça

Preliminarmente, diz-se que uma pessoa é ativista quando trabalha de modo ativo e eficiente, na prática por uma causa, ou que exerce a militância por uma ideologia política ou social, geralmente tratando de um interesse coletivo.

Segundo Sérgio Merola Martins¹⁴³, ativismo judicial é uma técnica utilizada pelos membros do judiciário, notadamente os magistrados, que pode ser definida como a *“atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferirem em decisões de outros poderes.”*

Em outras palavras, o ativismo no Poder Judiciário pode ser compreendido basicamente da seguinte forma: no atual sistema brasileiro, o cidadão elege os membros do Poder Legislativo que, de acordo com as regras constitucionais e legais do sistema político, produz as leis. Os juízes, que integram o Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, estão vinculados ao texto das leis, levando em consideração também os valores da sociedade e princípios gerais do direito. A partir do momento em que esses juízes começam a fazer uma interpretação muito aberta e extensiva da lei dá-se o que se chama ‘ativismo judicial’. Assim, o magistrado, de certa forma, pretende substituir o papel do legislador e, consequentemente, substitui as escolhas do povo.

Contudo, dado que os litígios são decididos pelo Poder Judiciário, mesmo em caso de inércia do Poder Legislativo, pode-se dizer que essa técnica apresenta vantagem ao jurisdicionado. Isto é, se os políticos eleitos não atuam de forma suficiente a atender os anseios da sociedade, produzindo a legislação necessária, o juiz julgará o caso a fim de garantir o direito pretendido.

Segundo Oswaldo Peregrina Rodrigues¹⁴⁴, *“a mutação social humana está à frente da evolução legal e jurídica, os fatos acontecem para que, posteriormente, o legislador apresente o ordenamento legal para a solução dos conflitos e impasses porventura surgidos.”*

¹⁴³ MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo judicial.** Ago-2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial> Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁴⁴ RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Os novos tipos familiares em face da lei em vigor: as relações jurídicas privadas e a dignidade das pessoas humanas que as integram.** São Paulo: Claris, 2016. p. 35.

Assim, tendo em vista as rápidas transformações da sociedade e a visível inação do legislador, capaz de acompanhar essa evolução social, a tutela jurisdicional será garantida pela atuação do Poder Judiciário, ainda que não haja legislação específica para o caso concreto. Trata-se do que conhecemos como ‘preenchimento de lacunas’ no texto da lei.

Segundo Maria Helena Diniz¹⁴⁵, “*a teorização do problema da lacuna só apareceu no pleno domínio do positivismo jurídico, porque nos leva à concepção do direito como um sistema normativo*”. Afirma também que o sistema “é a *ferramenta metodológica que ocupa um lugar central no exame da problemática das lacunas jurídicas, permitindo identificá-las*”.

Destarte, em um legalismo estrito, o termo ‘lacuna’ está ligado a um campo normativo, demonstrando que há um problema lógico de completude ou incompletude do sistema normativo. Se levarmos em consideração que o sistema jurídico brasileiro é aberto, e por conseguinte, o Direito é relacionado às normas e fontes jurídicas, percebemos que muitas vezes o texto legal necessita de complementação. Dessa forma, a lacuna passa a ser um problema jurídico, exigindo-se a completude do sistema como um ideal racional.

Ainda sobre os problemas jurídicos encontrados no sistema normativo, além da existência de lacunas, tem-se a possibilidade de conflito de normas, as denominadas antinomias jurídicas, fenômeno que ocorre justamente em razão do caráter dinâmico do Direito.

Sobre isso, Maria Helena Diniz¹⁴⁶ declara: “*O direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida.*”

Portanto, a lacuna constitui um estado incompleto do sistema, devendo ser colmatada ou suprida; já a antinomia é uma contradição lógica encontrada no sistema normativo de modo a revelar conflitos entre as normas, implicando na ausência de coerência do sistema como uma unidade.

¹⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6^a edição. São Paulo: Saraiva, 2000. Páginas 19 e 24.

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 3^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 9.

No cenário da filiação socioafetiva, o ordenamento jurídico brasileiro prescreve o direito filial, porém deixa aberta a possibilidade de reconhecimento desse direito por meio do vínculo afetivo, uma vez que aponta a expressão “outra origem” relacionada ao parentesco, como já visto nos capítulos anteriores.

Dessa maneira, não se trata de uma antinomia jurídica, mas sim de uma lacuna no sentido processual, à medida que só aparece por ocasião da aplicação do direito filial, em análise a determinado caso concreto, para o qual não há norma específica, exigindo do magistrado um posicionamento ao proferir sua decisão judicial.

Sob outro ponto de vista, o ativismo judicial apresenta desvantagem quando denota um desequilíbrio entre os poderes, trazendo como consequência uma imposição da chamada ‘ditadura do Poder Judiciário’.

Em consonância com o pensamento de Lênio Streck¹⁴⁷, o poder interpretativo do juiz não deve ser preenchido com subjetivismo e de maneira ideológica, posto que, se assim o fizer, deixará de lado o princípio da verdade real. Por outro lado, a utilização descritoriosa de princípios, transformados em “álibis persuasivos”, tão somente fortalece o protagonismo judicial, arriscando a efetivação do direito pretendido.

Outra dimensão desse tópico é que se devem considerar as nuances do princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988¹⁴⁸, o qual enfatiza a independência e harmonia entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Tal princípio garante a liberdade individual, evitando e combatendo a concentração absolutista do poder nas mãos de determinadas pessoas ou grupo de pessoas. Para tanto, tem-se a chamada ‘teoria dos freios e contrapesos’ (*check and balances*), em que um poder deve conter o outro com a finalidade de evitar o abuso.

Cada poder possui atribuições típicas inerentes à sua natureza, além das funções atípicas (que são as funções típicas dos demais poderes), de modo que

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito.** Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: www2.senado.leg.br Acesso em: 14 set. 2020.

¹⁴⁸ **Constituição Federal de 1988. Artigo 2º.** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

haja uma responsabilização e fiscalização recíproca entre os poderes. Exemplo disso é quando o Poder Judiciário rever os atos do Poder Executivo e do Legislativo, porém deve o fazer com base na legislação vigente.

Segundo Elival da Silva Ramos¹⁴⁹, ativismo judicial é o

exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes.

Sabe-se que em um Estado democrático de direito, necessário se faz o equilíbrio entre os poderes, de maneira que nenhum se destaque em relação ao outro. Ademais, na esfera de atuação do Poder Judiciário, a aplicação do direito deve se afastar das ideias políticas, para que se evitem ingerências no julgamento das demandas.

Essa concepção simboliza que o Poder Judiciário forte e independente é importante para a preservação e promoção de direitos fundamentais, entretanto, não se pode aceitar que haja uma elite judiciária com poder de intimidação em relação aos outros poderes e ainda que se utilize de dogmas políticos no julgamento dos processos judiciais.

Nesse ponto, o ativismo judicial com alto grau de subjetivismo do magistrado, além de afrontar o princípio da separação dos poderes, uma vez que usurpa a função legislativa e/ou a autoridade administrativa da função executiva, configura-se flagrante desrespeito aos limites normativos da função jurisdicional.

Em crítica a esse modelo de interpretação constitucional pelos membros da Suprema Corte, Ronald Dworkin¹⁵⁰ afirma:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua

¹⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: avanços dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3^a ed. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2014. p. 451

promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Também há que se frisar a existência de uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. Neste último, os Poderes Legislativo e Executivo transfere a decisão para o Poder Judiciário e, este último passa a estabelecer normas e condutas a serem seguidas pelos demais poderes.

Nos dizeres de Veridiane Santos Muzzi¹⁵¹,

A teoria da judicialização da política propõe que o Poder Judiciário vem assumindo funções que antes cabiam fundamentalmente aos poderes Executivo e Legislativo, como a recepção e canalização de demandas sociais. A positivação dos chamados direitos sociais fez com que o Poder Judiciário se tornasse o guardião dos interesses coletivos, inclusive quando ameaçados pelo próprio Estado, bastando ao cidadão ação-lo quando necessário.

No Brasil, os direitos sociais incluídos na Constituição Federal de 1988, ampliam a ideia de igualdade e transformam o que eram meras expectativas em direitos propriamente ditos. À época da Assembleia Nacional Constituinte, as demandas pautadas na esfera pública foram amparadas pela legislação, de modo que o sistema jurídico tornou-se um meio para garantir o provimento desses direitos.

Considerando-se que as normas jurídicas asseguram os direitos sociais, o Poder Judiciário, por meio de suas decisões, deveria efetivá-los de forma automática, bastando a aplicação técnica da lei, de maneira isenta de posicionamentos ideológicos.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, ao tentar enfrentar demandas sociais, passa a ser alvo de reivindicações que extrapolam seu âmbito técnico. E, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em que o magistrado não pode se abster do julgamento da demanda a que está submetido (artigo 5º,

¹⁵¹ MUZZI, Veridiane Santos. **A politização da Justiça e o instituto da Repercussão Geral.** Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24514223_A_POLITIZACAO_DA JUSTICA_E_O_INSTITUTO_DA_REPERCUSSAO_GERAL.aspx Acesso em: 09 de mar. de 2021.

inciso XXXV, da Constituição Federal¹⁵²), muitas vezes, invocam seu posicionamento político.

Por outro lado, há ainda um fenômeno oposto, qual seja: a politização da justiça, onde os fundamentos políticos interferem de maneira determinante nas decisões judiciais, em detrimento de argumentos técnicos e jurídicos, deixando claro que a justiça é sensível às pressões da sociedade, manifestadas por ações políticas.

Sabe-se que o objetivo principal da atividade Estado-juiz, desenvolvida pelo Poder Judiciário, é a solução de conflitos sociais levados à sua análise. Mas não é o único, já que, nessa atuação, necessário se faz a implementação de uma medida político-legislativa, a fim de manifestar a intenção do legislador quando da elaboração da lei.

Segundo Veridiane Santos Muzzi¹⁵³,

É público e notório que o Poder Judiciário passa por uma crise estrutural e institucional: a primeira, em razão de não suportar a demanda de conflitos que lhe é imposta para solucionar; a segunda, em razão do desvirtuamento das funções essenciais de seus órgãos, principalmente no que diz respeito à função do STF.

Nesse contexto, como forma de repressão aos atos abusivos cometidos por magistrados, o Poder Legislativo é chamado a intervir a fim de realizar um controle externo do Poder Judiciário, visando sua reformulação. Entretanto, essa atuação demanda exatamente uma crescente politização da justiça, à medida que interferirá na composição dos órgãos julgadores, bem como na forma de interpretação da legislação vigente. Certamente, essa situação terá como consequência o questionamento da justiça e a manipulação dos direitos pelo Estado.

Sob a dimensão da Teoria Geral do Direito, o fenômeno da politização das decisões judiciais é inerente aos séculos XX e XXI, onde há a tentativa de se conferir um caráter mais criativo à função jurisdicional, flexibilizando a mera

¹⁵² **Constituição Federal. Artigo. 5º, inciso XXXV.** A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁵³ MUZZI, Veridiane Santos. **A politização da Justiça e o instituto da Repercussão Geral.** Disponível em:

http://www.editoramagister.com/doutrina_24514223_A_POLITIZACAO_DA JUSTICA_E_O_INSTITUTO_DA_REPERCUSSAO_GERAL.aspx Acesso em: 09 de março de 2021.

declaração do conteúdo legal no exercício do poder julgador. Tal fenômeno implica não apenas a simples interpretação da lei, de maneira linguística e formal, mas também a análise econômica, ética e política.

Todavia, há que se refletir sobre a seguinte questão: tais condutas impõem aos magistrados um “padrão de decisões” sob a ótica do politicamente correto? Se assim o for, não há aplicação do direito em si, mas sim a sobreposição de ideologias, o que deveria ser apartado do ordenamento jurídico.

Nas sábias palavras de Júlio Antônio Lopes¹⁵⁴,

O que vem acontecendo é que o Judiciário está sendo indevidamente chamado para encontrar saídas jurídicas a questões políticas, o que nunca vai dar certo. A solução? Um bom começo seria que cada um dos poderes voltasse a atuar de acordo com a sua destinação. E que a política não entrasse nos tribunais e que estes não se deixassem contaminar pela política.

Portanto, trata-se da dimensão que devemos dar às ações de políticos e magistrados, bem como as consequências destas que acabam por afrontar o equilíbrio dos poderes definidos constitucionalmente.

4.2. Teoria da Concretização Constitucional

Partindo do pressuposto de que a função do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, como órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião precípua do texto constitucional, é proteger e garantir aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil os direitos fundamentais e demais direitos elencados na Constituição Federal de 1988, pretendemos abordar a teoria da concretização constitucional, defendida por André Ramos Tavares¹⁵⁵, como forma de tornar efetivamente concretos tais direitos.

¹⁵⁴ LOPES, Júlio Antonio. **A judicialização da política e a politização da justiça.** Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-da-justica/> Acesso em: 09 de março de 2021.

¹⁵⁵ Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/SP e Livre-docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP.

Trata-se não apenas da interpretação literal e dogmática do texto constitucional, mas sim da ‘*atribuição de um significado aos enunciados linguísticos*’ da Lei Maior. Na realidade, o trabalho de concretização é executado pelo operador do direito à medida que seu papel central é converter a realidade do caso concreto ao texto da norma jurídica, de modo a solucionar o problema social em si.

André Ramos Tavares¹⁵⁶ apresenta essa teoria como um modelo de compreensão do Direito, apontando os estudos de Hesse e Engisch, ao passo que tais autores referem-se à ideia de que a compreensão da norma jurídica só é adequada quando relacionada a um problema concreto.

Segundo a lição do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵⁷,

Concretizar a Constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídicos-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta ‘concretização normativa’ é, pois, um trabalho técnico jurídico. (...) A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma *norma jurídica*.

Nesse mesmo sentido, é o posicionamento de André Ramos Tavares¹⁵⁸ quando afirma que “a concretização evoca o caso concreto (ainda que hipotético). A concretização dimensiona o texto escrito e a norma a partir ‘do’ e em relação ‘ao’ problema concreto”.

Logo, a concretização evidencia o problema concreto, mas não exclui o processo tradicional de interpretação e suas discussões, de maneira que o fato e a norma tornam-se elementos inseparáveis no processo de compreensão do Direito.

¹⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **A teoria da concretização constitucional.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Ano 2, nº 7. Julho-Setembro 2008. p. 14.

¹⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra, Almedina, 2003.

¹⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **A teoria da concretização constitucional.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Ano 2, nº 7. Julho-Setembro 2008. p. 17.

No entanto, importante destacar a visão de Engisch¹⁵⁹, quando afirma que a concretização não pode significar apenas “*a imposição do direito à realidade e tendência a uma realidade a ser ordenada*”.

Nesse sentido, do ponto de vista do julgador, necessário se faz a análise minuciosa das peculiaridades de cada caso concreto, tendo em vista as mudanças e transformações visíveis no contexto social, que demandam interpretação adequada dos fatos e não apenas uma mudança arbitrária de entendimento dos órgãos julgadores acerca dos direitos garantidos à sociedade pela norma jurídica, na tentativa efetiva de concretização destes.

Por esse ângulo, destaca-se também a importância da proporcionalidade e da razoabilidade. No mundo jurídico pós-positivista, a proporcionalidade exerce papel imprescindível na tutela dos direitos fundamentais, posto que o intérprete do direito depara-se, não raras vezes, com embates entre princípios ao examinar o conteúdo normativo do texto constitucional, que se apresenta por meio de um conjunto axiológico plural.

De acordo com o pensamento de Robert Alexy¹⁶⁰, a técnica decisória da ponderação pretende a realização de princípios para atingir uma solução adequada ao caso analisado, na busca constante de harmonização do sistema jurídico-normativo. Assim, a ponderação é representada pela proporcionalidade em sentido estrito, além de avaliadas as questões de adequação e necessidade de sua utilização.

Em síntese, a ideia defendida por Alexy, como mecanismo de solução do conflitos de princípios, é no sentido de se realizar um sopesamento dos valores envolvidos na problemática em questão para se chegar à decisão mais coerente e congruente com o direito pretendido, sem que haja a retirada de qualquer princípio do sistema.

Assim, no que diz respeito à aplicação da ponderação como forma de solucionar um dado caso concreto, havendo contraposição ou colisão entre princípios e não havendo critério que defina a preponderância de um sobre o outro,

¹⁵⁹ ENGISCH, Karl. **La idea de concretión en el derecho y en la ciencia jurídica actuales.** Granada: Ed. Comares, 2004. Tradução original, 1953. p. 177.

¹⁶⁰ Jurista alemão, considerado um dos mais influentes contemporâneos filósofos do Direito.

necessário se faz um balanceamento a fim de se chegar a um resultado justo do ponto de vista social.

Nessa perspectiva, o conflito entre princípios, solucionado por meio da ponderação gera uma decisão somente para o caso específico, podendo dar ensejo a outra solução em caso concreto diverso.

De outro ponto de vista, André Ramos Tavares¹⁶¹ admite:

Doutrinariamente, é possível oferecer a construção operativa adequada a cada caso concreto, oferecer o caminho que tem de ser trilhado, explicitando o processo de concretização do Direito segundo um modelo racional de correção (e que inclua a possibilidade de sua verificação) das soluções alcançadas, no contexto do que Alexy denomina como “dogmática jurídica normativo-prática”, sem que isso implique a crença num cálculo (matemático infalível e universalmente repetível) para a aplicação do Direito.

A respeito da ideia de que o intérprete da norma jurídica deve estabelecer a ponderação de valores sociais aplicáveis a um dado caso, tem-se que a situação em si é avaliada a partir do problema existente para, assim, concretizar e aplicar o direito. Então, a argumentação terá maior relevância na fundamentação do julgador (intérprete), tornando-se mais difícil estabelecer a ponderação valorativa de princípios do que a mera subsunção do fato à norma.

Por último, no que se refere ao assunto da concretização dos direitos constitucionais, vale mencionar a colocação de Marcelo Quentin¹⁶² quando atesta que “a Constituição alcança sua concretude no momento em que os valores nela contidos alcançam o caso concreto, sob a forma de regras e princípios, que correspondem intimamente aos anseios populares”.

Em vista disso, é indispensável que a população conheça o texto constitucional e batalhe, junto aos governantes e parlamentares, pelo cumprimento efetivo dos direitos ali prescritos, forçando-os a atuar de forma positiva na consecução dos objetivos públicos delimitados na Carta Magna.

¹⁶¹ TAVARES, André Ramos. **A teoria da concretização constitucional.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Ano 2, nº 7. Julho-Setembro 2008. p. 26.

¹⁶² QUENTIN, Marcelo. **Constituição e concretização: as normas constitucionais diante da moderna hermenêutica.** Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 50.

4.4. Prevalência da parentalidade socioafetiva sobre a biológica

O reconhecimento da socioafetividade nas relações familiares deu-se em razão do ativismo do Poder Judiciário, onde o Supremo Tribunal Federal apresenta-se como protagonista das pautas relacionadas ao Direito de Família. Contudo, vale mencionar que a regra principal destinada especialmente à filiação socioafetiva é dada pela lei ordinária (Código Civil) e pela aplicação dos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico.

No tópico destinado ao ativismo do Poder Judiciário, tratamos também das questões relacionadas ao preenchimento de lacunas do texto normativo e correção das antinomias que possam surgir em razão do conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais. No entanto, no nosso entendimento, quando verificamos o tema ligado à filiação socioafetiva, compreendemos que não se trata dessas hipóteses. No máximo, poder-se-ia considerar uma lacuna no sentido processual à medida que só aparece por ocasião da aplicação do direito filial, em análise a determinado caso concreto.

Na perspectiva da Corte Constitucional Brasileira, deve-se ressaltar a assertiva posta pelo STF evidenciando que o século XXI está marcado pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade (Informativo 625, STF). Em outras palavras, admite que, nas relações familiares, o vínculo afetivo prevaleça sobre o vínculo biológico, porém em casos específicos. Inclusive, esse argumento já é utilizado como fundamento jurídico para a propositura da ação negatória de paternidade.

Trata-se da chamada “desbiologização da paternidade”, em que há um desprestígio do vínculo biológico, para prestigiar o vínculo afetivo, já que o afeto tem um papel mais importante na formação do indivíduo, comparado à questão genética. O impasse que se apresenta é se, em razão desse fundamento, haveria uma relativização da regra “*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”.

A expressão “desbiologização da paternidade” foi trazida primeiro por João Baptista Villela¹⁶³, sendo apresentada como um fato e uma vocação ao referir-se à paternidade adotiva. Em suas palavras:

Em um momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o País sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber.

É cediço que, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça tem sistematizado os requisitos necessários para a prevalência da socioafetividade nas relações familiares, mormente na filiação. Conforme já vimos, a origem genética passa a ser fundamento secundário na constituição da relação de família.

A importância do afeto nas relações familiares vem sendo reconhecida pelos tribunais estaduais de todo o Brasil, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, denotando uma prevalência do afeto ao vínculo biológico.

Com base na análise de julgados do STJ, Christiano Cassetari¹⁶⁴ preconiza:

(...) a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guardada no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.

Dessa forma, o vínculo de filiação construído ao longo da convivência e do afeto deve ser assegurado judicialmente, uma vez constatados os elementos caracterizadores da filiação socioafetiva.

¹⁶³ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.L.], n. 21, p. 400-418, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156> Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁶⁴ CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Entretanto, para alguns estudiosos do Direito de família essa prevalência é questionável à medida que a preponderância do vínculo afetivo não deve uma regra geral, pois não é uma verdade, e aplicar-se-ia apenas em casos muito específicos, por exemplo:

- a) Criança órfã de pai, em que a mãe assume novo relacionamento conjugal, hipótese em que ela cria com o padrasto um vínculo afetivo de pai;
- b) Criança que foi criada desde o nascimento por madrinha e/ou padrinho, tendo exercido todas as funções materna e/ou paterna, criando-se um forte vínculo filial entre eles;
- c) Criança que é criada por algum parente, em razão da perda do poder familiar dos pais biológicos desde o nascimento;
- d) Processo de adoção judicial não finalizado, em que a mãe biológica da criança arrepende-se e retoma o contato com o filho, o que pode gerar a questão da multiparentalidade;

Claramente, estas situações podem ensejar a possibilidade de reconhecimento do vínculo filial em razão da preponderância da socioafetividade no convívio familiar, mas não necessariamente. O vínculo afetivo é irrevogável e, nos casos que seja reconhecida a filiação socioafetiva, sua desconstituição, com o consequente rompimento do vínculo, é praticamente impensável.

Outro embate acerca disto é que se levanta o seguinte questionamento: a preponderância do vínculo afetivo em relação a alguém que não gerou aquele filho estimularia genitores biológicos e responsáveis genéticos a negar afeto ao filho, inclusive gerando irresponsabilidade de sua parte e premiando-os com a ausência do encargo inerente à função de pai e mãe?

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a repercussão geral das questões relacionadas à socioafetividade (Tema 622), em julgamento plenário, decidiu negar provimento ao Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, em que o pai biológico recorre contra o acórdão que estabeleceu sua paternidade, inclusive com efeitos patrimoniais, pois aquele filho havia sido reconhecido em razão do vínculo de filiação socioafetiva.

Nessa ocasião, como estampado na ementa do aludido julgado abaixo colacionada¹⁶⁵, a Corte Constitucional Brasileira estabelece a ideia de que a existência de paternidade socioafetiva não exime a responsabilização do pai biológico.

Diante disso, a multiparentalidade torna-se um novo paradigma no posicionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em razão do reconhecimento concomitante de vínculo filial biológico e afetivo (paternidade ou maternidade), o que decorre a seguinte tese jurídica: “*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.*”

Importante destacar que, meses após a publicação da tese sobredita, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, publicado em 17 de novembro de 2017, que padroniza, em todo território nacional, o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva. Sabe-se que aludido Conselho é órgão que atua para o aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro, baseado nos valores de justiça e paz social, sendo chefiado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, conforme previsão do artigo 103-B da Constituição Federal.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedações 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. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “*A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*”.

(RE 898060, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)

¹⁶⁶ **Constituição Federal. Artigo 103-B, inciso I e parágrafo 1º.** O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

§ 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Verificando-se os fundamentos deste provimento, fica evidente a valorização dos princípios explicitados no segundo capítulo deste trabalho. Além do mais, é possível constatar outros princípios frequentemente utilizados no direito de família, quais sejam: direito à busca pela felicidade, pluralismo das entidades familiares, paternidade responsável e solidariedade familiar.

Especialmente quanto à paternidade responsável, pode-se dizer que o reconhecimento da filiação socioafetiva traz uma nova releitura deste princípio, de modo que a discussão levantada pela repercussão geral do tema 622 (Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica) enfoca que não há taxativamente uma preponderância apenas do vínculo socioafetivo, mas sim a harmonização do trabalho realizado entre os dois (biológico e afetivo), de modo a não preconizar uma irresponsabilidade da paternidade biológica. Assim, prevalece o entendimento de que, havendo o vínculo com o pai biológico e com o pai afetivo, um não desconstitui o outro, prevalecendo os dois.

O Provimento nº 63/2017 dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva em livro próprio nos cartórios de registro civil. Contudo, é o Provimento nº 83, editado em 14 de agosto de 2019, que estatui alguns limites e critérios quanto a esse reconhecimento junto ao órgão oficial de registro civil, alterando parte dos dispositivos do provimento anterior, conforme se verá no tópico subsequente.

4.5. Limites e critérios da filiação socioafetiva no Supremo Tribunal Federal

Anterior à edição e publicação do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, o reconhecimento da filiação socioafetiva dar-se-ia por meio de um processo judicial, com a consequente análise dos requisitos para a prova da filiação pelo magistrado. Ocorre que, já no ano de 2013, essa regra apresentava exceção em estados que já possuíam provimentos estaduais acerca do reconhecimento extrajudicial, como por exemplo, Pernambuco (Provimento nº 09/2013) e Maranhão (Provimento nº 21/2013).

Tendo em vista a necessidade de tutela jurídica mais ampla e com o julgamento do Recurso Extraordinário supracitado, que reconheceu a repercussão

geral do tema (622), a Suprema Corte Brasileira não apresentou limites ao reconhecimento da filiação socioafetiva, mas enfrenta o tema da família sob a luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta Magna de 1988.

Conquanto não haja limitações específicas à caracterização da socioafetividade pelo STF, de acordo com o julgado em sede de repercussão geral, o Provimento nº 83/2019 trata de questões pontuais que servem de baliza para o efetivo reconhecimento e a consequente segurança jurídica dos atos jurídicos, senão vejamos.

De antemão, urge evidenciar algumas considerações que levaram a edição do aludido provimento pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, quais sejam:

- i. A existência de regulamentação pelas corregedorias-gerais de justiça dos Estados do reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais;
- ii. A conveniência de edição de normas básicas e uniformes para a realização do registro ou averbação, visando conferir segurança jurídica à paternidade ou à maternidade socioafetiva estabelecida, inclusive no que diz respeito a aspectos sucessórios e patrimoniais;
- iii. A ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil;
- iv. A possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação (artigos 1.539 e 1.596 do Código Civil);
- v. A possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva;

- vi. A necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (artigo 10, inciso II do Código Civil);
- vii. O fato 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 os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – RE nº 898.060/SC);

À vista disso, depreende-se a noção de que, no que diz respeito ao reconhecimento da filiação socioafetiva, a intenção do STF é abarcar as constituições de família reais encontradas da atual sociedade, com a devida regulamentação junto aos ofícios de registro civil, de modo a garantir segurança jurídica das relações familiares, bem como proteger direitos constitucionalmente tutelados.

Especificamente quanto às limitações e/ou fixação de critérios balizadores ao reconhecimento da filiação socioafetiva em si, o texto do Provimento nº 83/2019 implica em alterações ao texto do Provimento nº 63/2017, podendo-se destacar as seguintes:

- a) O artigo 10, que anteriormente previa que o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva em relação à pessoa de qualquer idade, passou a ter redação diversa, determinando apenas a autorização deste reconhecimento em favor de maiores de 12 anos de idade¹⁶⁷;
- b) Incluiu-se o artigo 10-A que estabelece expressamente que a paternidade ou maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente;
- c) Incluiu-se o parágrafo 1º ao artigo 10-A instituindo a necessidade de averiguação, pelo registrador, das condições e elementos concretos

¹⁶⁷ **Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça. Artigo 10.** ~~O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.~~

O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os o (Redação dada pelo **Provimento nº 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça**).

- caracterizadores da relação filial afetiva, por meio de apuração objetiva¹⁶⁸;
- d) Incluiu-se o parágrafo 2º ao artigo 10-A, que admite ao requerente utilizar-se de formas de demonstração da afetividade com base em quaisquer provas admitidas em direito, como num processo judicial; e ainda, exemplifica algumas formas de se provar o vínculo afetivo filial¹⁶⁹;
 - e) Incluiu-se o parágrafo 3º ao artigo 10-A que reconhece a possibilidade do registro da filiação socioafetiva mesmo sem a apresentação de tais documentos, desde que o registrador ateste como apurou o vínculo afetivo¹⁷⁰;
 - f) Incluiu-se o parágrafo 4º ao artigo 10-A que determina o arquivamento dos documentos que asseguram o vínculo socioafetivo;
 - g) O parágrafo 4º do artigo 11, que antes exigia a necessidade de consentimento do filho maior de 12 anos, passou a ter redação diversa, exigindo o consentimento apenas quando o filho reconhecido for maior de 18 anos¹⁷¹;
 - h) Incluiu-se o parágrafo 9º ao artigo 11 para determinar, após constatados os requisitos para o reconhecimento da filiação

¹⁶⁸ **Provimento nº 63/2017. Artigo 10, § 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.

¹⁶⁹ **Provimento nº 63/2017. Artigo 10, § 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 pretenso 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.

¹⁷⁰ **Provimento nº 63/2017. Artigo 10, § 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.

¹⁷¹ **Provimento nº 63/2017. Artigo 11, parágrafo 4º.** ~~Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.~~
Se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento. (Redação dada pelo **Provimento nº 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça**)

socioafetiva, a remessa do expediente ao representante do Ministério Público para seu parecer¹⁷².

Em relação a este último critério, vislumbra-se que o Ministério Público, como fiscalizador da lei e defensor de interesses individuais indisponíveis, atuará em defesa da ordem jurídica da mesma forma como desempenharia seu papel em uma ação judicial. Nesse contexto, o registrador só é autorizado a realizar o registro da filiação socioafetiva havendo parecer favorável do membro ministerial. Se desfavorável, deverá arquivar o expediente de requerimento¹⁷³.

Por último, porém não menos importante que os critérios informados acima, destaca-se que o ato de reconhecimento da filiação socioafetiva é unilateral, além de não ser possível o reconhecimento de duas pessoas ao mesmo tempo. De acordo com o disposto no artigo 14 e parágrafos do Provimento nº 63/2017, incluído pelo Provimento nº 83/2019, cada reconhecimento é lavrado em termo próprio e o limite é dois pais e duas mães no registro de nascimento do filho afetivo¹⁷⁴.

Ademais, o termo de reconhecimento da filiação socioafetiva é documento público, que deve ser preenchido e assinado pelo oficial cartorário, nas dependências do cartório de registro civil, com a identificação das partes.

Portanto, com base nas informações trazidas neste capítulo, no cenário da filiação socioafetiva, para que o reconhecimento da paternidade ou maternidade surta efeitos jurídicos, em tese, deve ser legalmente documentado, com os trâmites exigidos e determinados pelo Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁷² **Provimento nº 63/2017. Artigo 11, parágrafo 9º.** Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer.

¹⁷³ **Provimento nº 63/2017. Artigo 11, parágrafo 9º, incisos:**

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.

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

¹⁷⁴ **Provimento nº 63/2017. Artigo 14.** O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.

§1º Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno.

§2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial.

Por fim, é perceptível que o procedimento realizado na forma extrajudicial é basicamente idêntico ao procedimento que seria cumprido pelo Poder Judiciário, num pleito judicial. Isso demonstra a possibilidade de desafogamento do sistema judiciário, bem como a celeridade em relação a esse reconhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A filiação socioafetiva é assunto com relevância atual no âmbito jurídico e social, além de possuir grande importância para o Direito de Família brasileiro em razão das transformações ocorridas nas formas de constituição familiar de nossa sociedade.

Em análise ao entendimento atual adotado pelo Supremo Tribunal Federal, vimos que seu posicionamento está intimamente aliado aos princípios que regem o Direito de Família, quais sejam: dignidade da pessoa humana, parentalidade responsável, igualdade entre os filhos e afetividade.

A ideia desse estudo foi compreender os liames do direito positivo, investigando as mais diversas questões ligadas à filiação socioafetiva e pertinentes ao Direito de Família, com base nos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais. Assim, com a conjugação da análise do Direito Civil em consonância com o texto constitucional compreendemos que a família é base da sociedade, merece tutela especial do Estado e não pode ser ignorada em qualquer de suas formas de constituição.

Sabe-se que uma decisão de tornar-se pai e mãe e exercer a função paterna e materna na vida de outra pessoa demanda consequências não só jurídicas, mas também econômicas e sociais. Chamar pra si essa responsabilidade, como é o caso do reconhecimento da filiação socioafetiva, já deve ser considerado um ato de amor.

O reconhecimento da paternidade é um ato livre, espontâneo e voluntário e, portanto, já é considerado um ato de afeto, qualquer que seja sua forma: biológica ou afetiva. Por outro lado, ser reconhecido como filho é sentir-se amado, pertencente a uma construção familiar, em unidade com outras pessoas.

Nos achados durante essa investigação, tivemos a oportunidade de entender que o ato de reconhecer alguém como filho é elemento formador da personalidade do indivíduo, que se estrutura na necessidade de preservação da autoestima e no senso de identidade como pessoa. Por outro lado, pode-se dizer

que a falta desse reconhecimento marca o indivíduo de forma destrutiva e desumana, atribuindo-lhe até um sentimento de ódio contra si mesmo, com poder autodepreciativo de sua personalidade e de sua própria identidade.

Nesse sentido, ficou claro que o reconhecimento da paternidade e/ou maternidade não é tão somente um fator biológico, pois demonstra também um fator emocional caracterizador da formação da personalidade do indivíduo em desenvolvimento.

Além do mais, diante do conteúdo percorrido neste estudo para abordar o assunto, vislumbramos que suas dimensões ultrapassam a simples ideia de construção familiar à medida que o seu reconhecimento gera consequências jurídicas de ordem hereditária/sucessória, direito à pensão de alimentos, direito a benefícios previdenciários, entre outros.

Os objetivos pretendidos foram alcançados à medida que identificamos quais critérios e limitações previstos pelo Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, órgão diretamente vinculado ao Supremo Tribunal Federal, para que haja o reconhecimento da filiação socioafetiva. Entretanto, faz-se necessário dar continuidade aos estudos sobre o tema, a fim de vê-lo regulamentado por meio de legislação específica, sem a necessidade de recorrermos a um ativismo do Poder Judiciário.

Por fim, sabe-se que a preponderância da afetividade nas relações de família, notadamente a filiação, é típica do Brasil e que nossos arranjos familiares, muitas vezes, não encontram guarda em outros países.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruthiléia. **27 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Julho de 2017. Disponível em: <https://ruthileiabarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/477923840/27-anos-de-vigencia-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 27 jul. 2020.

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

BRASIL. **Direitos Humanos - Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. – 4^a ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

BRASIL. **Direitos Humanos - Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** – 4^a ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARNEIRO, Alessandra Hornung. **Da despatrimonialização para a repersonalização das relações familiares: perspectivas para uma nova realidade social do direito de família contemporâneo.** Disponível em: <https://santacruz.br/revistas/index.php/JICEX/article/view/118/394> Acesso em: 10 jul. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra, Almedina, 2003.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-25022015-083746. Acesso em: 2020-07-23.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente.** In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

DAVID, Adriana Ribeiro. MALDONADO, Tânia Cristina Dias. **Família reconstituída: o amor resolve tudo?** Disponível em: www.cefacbahia.org.br Acesso em: 15 ago 2020.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo Direito de filiação.** São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 34^a edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito.** 6^a edição. São Paulo: Saraiva, 2000. Páginas 19 e 24.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas.** 3^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998

DONATO, Fabiana Juvêncio Aguiar. **Afetividade: perspectiva sob olhar da psicologia cognitiva no âmbito escolar.** Agosto/2013. Disponível em: <https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-escolar/afetividade-perspectiva-sob-olhar-da-psicologia-cognitiva-no-ambito-escolar> Acesso em: 12 Ago 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3^a ed. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2014.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 1^a ed. LeBooks Editora, 2019.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 6 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ENGISCH, Karl. **La idea de concretión en el derecho y en la ciencia jurídica actuales.** Granada: Ed. Comares, 2004. Tradução original, 1953.

ESPINOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** In: Revista Brasileira de Filosofia. Vol. 236, jan-jun 2011. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195 Acesso em: 06 Ago. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.** 17^a edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O Direito de família e a Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a verdade real.** Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 15-21, jul./set. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista CEJ, Brasília, v.8, n.27, p. 47-56, out./dez. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** IBDFAM, Março de 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em 15 jul. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado.** São Paulo: Atlas, 2003. v. XXXVI.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Março de 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/130>. Acesso em: 21 jul. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade em família e a orientação do STJ: considerações em torno do Resp 709.608.** Out. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25365/socioafetividade-em-familia-e-a-orientacao-do-stj#ixzz3SaM7oyUc>. Acesso em: 31 jul. 2020.

LOPES, Júlio Antonio. **A judicialização da política e a politização da justiça.** Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-da-justica/>

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **A contribuição de Justiniano para o nosso direito.** Jornal Carta Forense, 2005. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-contribuicao-de-justiniano-para-o-nosso-direito/180> Acesso em: 30 jun. 2020.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família - Constituição e Constatação.** Disponível em <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/direito-de-familia-constituicao-e-constatacao>. Acesso em: 10 jul. 2020.

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

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **As relações de parentesco na contemporaneidade.** Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano I, nº 1, Jul-Ago 2014.

MARTINS, Geisiane Oliveira; SALOMÃO, Rosa Maria Seba. **A família socioafetiva: as novas tendências do conceito de filiação.** Disponível em: www.ambitojuridico.com.br. Acesso em: 30 jun. 2020.

MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo judicial.** Ago-2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial> Acesso em: 10 set. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 34 ed. São Paulo, Malheiros, 2019.

MUZZI, Veridiane Santos. **A politização da Justiça e o instituto da Repercussão Geral.** Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24514223_A_POLITIZACAO_DA JUSTICA_E_O_INSTITUTO_DA_REPERCUSSAO_GERAL.aspx

NERI, Renata Viana. **Da posse do estado de filho: fundamento para a filiação socioafetiva.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jul. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39629/da-posse-do-estado-de-filho-fundamento-para-a-filiacao-socioafetiva>. Acesso em: 10 jul. 2020.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras Nogueira. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico.** São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAIANO, Daniela Braga. **A família atual e as espécies de filiação: da possibilidade jurídica da multiparentalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional diferenciada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUENTIN, Marcelo. **Constituição e concretização: as normas constitucionais diante da moderna hermenêutica.** Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: avanços dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; MIRANDA, Isabella Carolina. **Filhos de criação: uma abordagem paradigmática.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cb93980bc94a17e3> Acesso em: 07 ago. 2020.

RISSI, Rosiane Sasso. [**Prevalência da filiação socioafetiva e/ou biológica nas relações parentais.**](#) Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 21, n. 4816, 7 set. 2016.](#) Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51101> Acesso em: 4 set. 2020.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Os novos tipos familiares em face da lei em vigor: as relações jurídicas privadas e a dignidade das pessoas humanas que as integram.** São Paulo: Claris, 2016.

SACHS, Albie. **Vida e Direito: uma estranha alquimia.** Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Maria Rosimere da Conceição; GERMANO, Zeno. **Perspectiva psicanalítica do vínculo afetivo: o cuidador na relação com a criança em situação de acolhimento.** Psicol. Ensino & Form. São Paulo, v. 6, n. 2, p. 37-53, 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S21772061201500020004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2020.

SOUZA, Keila Maria Mota Mendes. **Princípios: uma abordagem à luz do direito registral brasileiro.** Artigo publicado na Revista CEPPG – Nº 20 – 1/2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio:** dilemas da crise do direito. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: www2.senado.leg.br Acesso em: 14 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família.** v. 5. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro.** Junho/2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/308> Acesso em: 10 jul. 2020.

TAVARES, André Ramos. **A teoria da concretização constitucional.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Ano 2, nº 7. Julho-Setembro 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares. Temas de direito civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** v. 6. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A importância dos princípios específicos do direito das famílias.** 07 Junho 2010. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2225332/artigo-a-importancia-dos-principios-especificos-do-direito-das-familias-por-renata-malta-vilas-boas> Acesso em: 15 jul 2020.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.L.], n. 21, p. 400-418, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156> Acesso em: 17 set. 2020.

VILLELA, João Baptista. **O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições.** Revista Brasileira de Direito de Família, Ano I, n. 2, jul./-set. 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. **Irregularidade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

WINNICOTT, Donald. W. **Privação e delinquência.** Tradução: Álvaro Cabral. 5^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.