

A MULTIPARENTALIDADE E SEUS LIMITES

MULTIPARENTING AND ITS LIMITS

Maria Rita de Holanda¹

RESUMO

O presente trabalho pretende refletir o significado, extensão e limites do exercício da liberdade na constituição de relações existenciais parentais de filiação, tendo como foco as hipóteses fáticas que ensejam a origem da filiação e as teorias construídas na evolução da legitimação do instituto. Serão considerados elementos como a evolução sociológica da família e a relativização histórica dos conceitos e convenções, além dos Princípios Constitucionais que autorizam a construção de interpretações que relativizam a legitimação da filiação a partir da realidade social e da valoração social de relações existenciais diversas, identificadas na complexidade da sociedade. A socioafetividade foi promovida por doutrinadores e grande parte da jurisprudência como a base essencial para o estabelecimento do vínculo de filiação. Assim, os parâmetros da convivência familiar, vêm sendo considerados suficientes para o estabelecimento do vínculo e suas conseqüências. Primordialmente, a realidade das denominadas “famílias recompostas”, tem sido trabalhada pela doutrina brasileira, como elemento capaz de definir uma multiparentalidade, pela extensão dos deveres familiares àquele que estabelece, no cotidiano, de forma estável e prolongada uma convivência familiar. Os parentes afins (padrastos/madrastas e enteados), assim definidos em nossa legislação, vem obtendo o reconhecimento equivalente à paternidade em razão dos vínculos criados durante a convivência familiar o que reclamaria, à princípio os seus efeitos, com a possibilidade de assunção de responsabilidade alimentícia e direito sucessório. A reflexão nos remete a possibilidade ou não do exercício da autonomia para a construção multiparental, seja através da hipótese da “reconstrução” familiar, seja através da adoção, seja através da busca de utilização das técnicas de reprodução assistida. A autonomia individual das relações privadas em geral, em sua evolução, parte de uma franca liberdade, pautada pelo individualismo liberal, para uma liberdade “vigiada” e sujeita a parâmetros que garantam a proteção dos indivíduos envolvidos e a garantia de seus direitos fundamentais. A identificação de limites na definição e finalidade de alguns institutos aponta para o estabelecimento de contornos a serem observados no exercício dessa autonomia.

Palavras-chave: Liberdade - Autonomia - Multiparentalidade

¹ Maria Rita de Holanda Silva Oliveira, mestre em direito das relações sociais pela PUC/SP e doutoranda em direito privado pela UFPE.

ABSTRACT

The present work aims to reflect the significance, extent and limits of the exercise of freedom in the constitution of parental affiliation existential relations, focusing on the factual assumptions that cause the origin of membership and the theories constructed in the evolution of the legitimacy of the institute. Elements will be considered as the sociological evolution of the family and the historical relativity of the concepts and conventions, in addition to the Constitutional principles that allow the construction of interpretations that relativize the legitimacy of membership from the social reality and social valuation of different existential relations identified in the complexity of society. The social affectivity was promoted by scholars and much of the case law as the fundamental basis for the establishment of a bond of filiation. Thus, the parameters of family life, have been considered sufficient to establish a connection and its consequences. Primarily, the reality of so-called "blended families" has been crafted by the Brazilian doctrine, as an element capable of defining the possibility of multiple parents, the extent of lying down to that family, in daily life, stable and prolonged forms a family life duties. The in-laws (stepfathers / stepmothers and stepchildren), as defined in our legislation, has achieved the equivalent recognition of paternity because the bonds created during the family life that complain, at first its effects, with the possibility of taking responsibility food and inheritance law. The reflection takes us whether or not from the exercise of autonomy for establish multiple paternity construction, either through the assumption of "reconstruction" family, either through adoption or through the use of search techniques of assisted reproduction. The individual autonomy of private relations in general, in its evolution, part of a frank freedom, guided by liberal individualism, for a "controlled" and subject to freedom parameters that ensure the protection of the individuals involved and to guarantee their fundamental rights. Identifying limits in the definition and purpose of some institutes points to the establishment of boundaries to be observed in the exercise of that autonomy.

Keywords. Liberty - Autonomy – Multiparenting

1. Introdução

Baseada nas convenções da própria sociedade Brasileira, que em seu contexto liberal clássico adotou valores religiosos, a legislação familiar, por muito tempo foi pautada pela exclusão, na medida que não obstante a realidade se portar diferentemente, a proteção Estatal apenas seria conferida a uma única forma de constituição, definida pelo casamento.

A família, em seu modelo institucional, também carregava uma história de desigualdade entre os membros que a compunha, estabelecendo-se uma hierarquia entre o *pater* família e a sua esposa, bem como com relação aos seus filhos.

A influência adveio também das ordenações Filipinas, de Portugal, que mesmo no durante o início do período Republicano, manteve-se vigente aqui no Brasil, até mais que em seu país de origem, retardando a evolução de novas interpretações, advindas da renovação legislativa da maioria das nações ocidentais (GOMES, 2006, p. 04). A sociedade colonial à época foi de grande influência para a manutenção dos valores patriarcais.

A filiação, tema central deste trabalho estaria ligada, juridicamente, à condição de os pais estarem civilmente casados, de acordo com a primeira Codificação Civil Brasileira. Os filhos que embora de fato, fossem biológicos do “casal”, apenas seriam assim considerados, se o referido casal estivesse entre si, formalmente ligados pelo casamento.

No âmbito do Direito Civil, talvez seja no Direito de Família e sucessões onde mais vislumbramos a manutenção das tradições não mais condizentes com a realidade social Brasileira, talvez por exigir do particular uma mudança de valores e de concepção quanto a sua própria existência.

A liberdade existencial individual, portanto, era um valor que deveria ser esquecido em nome da tradição da sociedade da época, fortemente influenciada também, pelos valores religiosos da Igreja Católica, que penitenciava e punia os fiéis pecadores que infringissem os mandamentos da fidelidade, deixando de reconhecer quaisquer efeitos benéficos para os frutos advindos das relações extramatrimoniais, e mesmo, sobre tais relações.

Com o contexto político e social do Estado Democrático de Direito, embora o valor da Liberdade Humana tenha sido alçado a um mandamento Constitucional imperativo, o fato é que, tal conceito, na esfera existencial sofreu várias adaptações, máxime nas relações privadas como um todo, à ela incorporando-se denominações como a da autonomia privada, como parte do exercício de tal liberdade, porém com um mínimo de segurança para o equilíbrio das relações, considerando a desigualdade material entre as partes.

Nessa esfera, portanto, os modelos perdem a importância diante da própria condição humana, passando a família a ser um locus ao desenvolvimento da personalidade e construção da felicidade de cada um de seus membros.

Não obstante os contornos criados para a autonomia privada em geral no Direito Civil, o fato é que, no âmbito existencial tal autonomia vem obtendo, na jurisprudência e nos estudos doutrinários, um sentido próprio, muito mais voltado a uma verdadeira liberdade

Assim, o que se pretenda demonstrar é que a base valorativa da liberdade existencial, vem, distinguindo-se do exercício de outras esferas de liberdade privada, principalmente em razão de sua peculiaridade íntima com os valores da própria existência humana, voltada à primazia do bem estar das pessoas e não dos grupos que as mesmas compõem, dentre eles a própria família. Dessa forma, a base da liberdade existencial distancia-se e se distingue do sentido atribuído e de conceitos atribuídos no passado, a partir da justificativa histórica da dinâmica dos valores e de sua necessária consideração para a solução dos conflitos que são detectados na atualidade.

Em recente entrevista concedida ao Instituto Brasileiro de Direito de Família, Luiz Edson Fachin alerta sobre o importante papel da jurisprudência na atualidade, de ressignificação e atualização da leis, sem que haja minimização do papel do legislador de seu tempo, possibilitando a regulação pela força construtiva dos fatos a partir da realidade social. Contudo, no Brasil, continua o insigne jurista, falta-nos coesão quando da captação pelo Direito, que possa trazer uma unidade desejável para uma segurança jurídica substancial (2014, p.05-07).

Assim, a necessária atualização concreta das normas jurídicas, não pode deixar de reconhecer institutos que foram consagrados pelo ordenamento jurídico, cuja utilidade se mantém na realidade Brasileira, e que podem limitar o exercício autônomo da liberdade existencial e sua legítima configuração normativa.

A “jurisprudência” Brasileira, aqui adotando a crítica do professor Fachin, na esfera familiar, vem fragilizando determinados institutos, na medida em que não apresenta coesão e harmonia em suas fundamentações.

A estratégia da interpretação Principiológica das normas Constitucionais será fundamental para alcançar novos significados dos fatos provenientes dos conflitos familiares, contudo o seu conteúdo aberto e relativo, ao mesmo tempo em que facilita a resolução dos conflitos e uma maior adequação aos valores da sociedade, pode permitir uma má utilização pelo julgador. Há que se considerar a relativização de determinados padrões culturais da família nas relações parentais, sem prejuízo de uma crítica na atuação “jurisprudencial”, que

coloca em risco a legitimação de decisões que podem ocorrer fora dos parâmetros pré-fixados ou limites interpretativos. O que praticamente se observa na atualidade em inúmeras decisões é uma pauta aberta a uma espécie de “Cláusula Geral de Família” e afastamento de categorias já consolidadas pelo nosso ordenamento jurídico.

O instituto da Adoção, por exemplo, embora hoje se insira na categoria da filiação socioafetiva, cumpre com outras finalidades de ordem pública, típicas de um País ainda em desenvolvimento no que diz respeito à educação de seu povo, posto que o seu reconhecimento se dá, não apenas com o objetivo de constituição de parentesco, mas principalmente de garantia de direitos fundamentais violados, com relação à criança e adolescente, no seio de sua família de origem, assumindo o Estado o papel de intermediador e a responsabilidade quanto a habilitação de um novo seio familiar para o menor em situação de risco.

2. Contextualização das convenções parentais.

Margarida Lacombe (2003, p. 250), parte do parâmetro da mudança de paradigma no âmbito da dogmática jurídica, a partir de meados do século XX, e destaca a abrangência desta com relação à prestação jurisdicional do Estado, na aplicação do direito.

Do dizer da eminente jurista, a hermenêutica é prática e concreta. Para a construção de uma justificativa que nos permita aceitar a relativização dos modelos parentais na atualidade, partimos de uma indagação muito primária: no que consiste a aplicação do direito? De certo, não consiste apenas em um olhar voltado à abstração do texto legal, enquanto principal fonte em nosso sistema romano-germânico, mas também em um olhar comprometido para o fato conflituoso que se apresenta para ser solucionado, sendo esta, a forma que melhor atenderia ao objetivo da concretização do direito.

Embora a ciência dogmática do direito dependa do princípio da inegabilidade dos pontos de partida (o direito positivo posto e positivado pelo poder), não se reduz a este, pois não trabalha com certezas, mas sim com as incertezas dos conflitos na vida social (FERRAZ JUNIOR, 2007, p.325).

A tensão tão bem identificada para a busca do significado do direito, que se estabelece entre os pressupostos da ordem e segurança e da justiça e equidade, ou seja, entre o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito, reclama padrões de justiça concreta e maior participação política.(CAMARGO, 2003, p.252)

Mas ainda restaria uma dúvida. Quais as premissas que devem ser consideradas para o reconhecimento de valores a serem observados para a solução de determinado conflito?

Bobbio (1992, p.26) destaca que há três modos de se fundar os valores: deduzi-los de um dado objetivo constante; considerá-los como verdades evidentes em si mesmas; e a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso).

Assim, tão logo submetemos valores, proclamados como evidentes, à verificação histórica, percebemos que aquilo que foi considerado evidente para alguns num dado momento, não mais o é por outros, em outro momento. À exemplo, *a propriedade era sagrada e inviolável* aos autores da Declaração de 1789.

A base do consenso explica que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito, e sendo um fundamento histórico, não pode ser absoluto.

Essa base interpretativa, consubstanciada na hermenêutica jurisprudencial, permite-nos considerar a natureza dialética na formação da norma jurídica, o que influenciará a conclusão desse trabalho, na análise das mudanças de concepções de filiação, historicamente consideradas pelo Direito Brasileiro, e a necessidade de revisão de textos normativos, que não mais se coadunam com o sentido da norma jurídica a ser alcançada, tendo por base os novos valores e práticas da sociedade contemporânea.

Por outro lado e dentro da perspectiva de que a norma jurídica embora não se encerre na letra limitativa de algumas regras, exige parâmetros mínimos a serem considerados, é que pretendemos apontar a utilidade da interpretação Principiológica em nossos Tribunais, ao passo que, correlatamente, identificamos que a abertura concedida pela boa estratégia, por vezes viola parâmetros que deveriam ser considerados.

Firmado nesse marco teórico, as teorias sociológicas e antropológicas do parentesco de filiação, além de outras influências teóricas e vicissitudes históricas, demonstram o caráter mutável de concepção do parentesco de filiação.

O desenvolvimento da família em sua organização social, máxime nas sociedades ocidentais ocorre paralelamente aos progressos obtidos na produção dos meios de subsistência. Na família, enquanto fenômeno cultural registre-se, em apertada síntese, a descrição feita por Friedrich Engels (1985, p.45).

No estado primitivo das civilizações, o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Com isso, a mulher, que mantinha relacionamento sexual com vários homens de sua tribo, no exercício da maternidade biológica era sempre conhecida, mas o pai não, o que efetivamente originou laços de parentesco **unilaterais**, fortalecendo o caráter matriarcal do parentesco e da família. A organização do matriarcado identificava bem o que hoje podemos

chamar de monoparentalidade. Contudo, o fenômeno se dava pela absoluta incerteza da paternidade, seja pela multiplicidade das relações, seja pela ausência óbvia de métodos científicos que pudessem aferir a paternidade.

Posteriormente, as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural, levaram os homens a procurarem mulheres de outras tribos, antes do que em seu próprio grupo. Esta seria uma primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia). Nesse sentido, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, na maioria das civilizações que mantinham o caráter de poligamia, como algumas até a presente data. A monogamia então, enquanto vetor de organização social desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno, e consequentemente ampliando-se o caráter unilateral do parentesco da filiação, legitimando a **biparentalidade**.

Não apenas a consanguinidade, mas também as convenções culturais serviram de fundamento para o estabelecimento de sistemas de parentesco em diversos grupos sociais na evolução para a civilização. No exemplo de convenções que se afastam dos critérios naturais estabelecidos no tratamento da filiação, Morgan, citado por Engels (1985, p.45), refere-se à chamada *família sindiásmica*, onde o iroquês (*senekas*-iroqueses do Estado de NY) masculino não somente chamava filhos e filhas aos seus próprios, mas ainda aos de seus irmãos, os quais, por sua vez, o chamavam de pai. Já os filhos de suas irmãs eram tratados como sobrinhos ou sobrinhas. Essa construção era inversa para a iroquesa. São ideias que servem de base a um sistema de parentesco inteiramente elaborado e capaz de expressar centenas de diferentes relações de parentesco de um mesmo indivíduo.

O interesse na denominação do parentesco através da atribuição da condição de “pai”, “filho”, “irmão”, entre outros, não reside apenas em sua adjetivação ou na escolha de títulos, mas na definição de deveres recíprocos e definidos no regime social dos povos.

Assim, nos diversos agrupamentos outrora existentes, cujo círculo era muito amplo em sua origem, pouco a pouco vai se estreitando até abranger, exclusivamente, o casal. Portanto, na fase primitiva, onde imperava no seio da tribo a relação sexual sem barreiras (a mulher pertencia igualmente a todos os homens e o homem a todas as mulheres), saímos de um parentesco unilateral (definido pelo matriarcado), em razão da impossibilidade de definição da paternidade rumo ao parentesco bilateral.

Até chegarmos à família monogâmica, o trajeto dos costumes estabeleceu diversas convenções, como a citada proibição do incesto. Na evolução, podemos indicar as seguintes: a família consanguínea (onde apenas os ascendentes e descendentes estavam excluídos dos deveres matrimoniais), a família punaluaana (quando houve a exclusão do irmão das obrigações matrimoniais com descendência estabelecida apenas no lado materno) e a sindiásmica (convivência entre o homem e a mulher com ocasional poligamia e infidelidade como direito dos homens e exigência da mais rigorosa fidelidade da mulher).

Na medida em que se iniciou o aumento da riqueza, o homem passou a ocupar um papel mais importante na família, e assim a filiação feminina e o direito hereditário materno, foram substituídos pela filiação masculina e o direito hereditário paterno.

A origem da monogamia, portanto, pouco tem a ver com o amor sexual individual. Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas e no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva. Baseia-se no domínio do homem e a sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível, razão esta primeira para garantir a qualidade de herdeiros diretos com relação aos filhos, que um dia ingressariam na posse dos bens de seu pai.

A convenção de que a filiação seria proveniente exclusivamente do casal, unidos monogamicamente, impulsiona a ideia da biparentalidade, pela linha paterna e pela linha materna e certifica a legitimação para a transmissão sucessória do patrimônio familiar, garantindo a continuidade social e sustento de gerações.

Assim, os arranjos familiares acima identificados provieram da cultura e o seu fundamento essencial repousa em uma profunda modificação da dotação inata, pela qual, a maior parte dos instintos desaparece, podendo ser substituídas, no dizer de Malinovsky (1973, p.163), em tendências plásticas, embora dirigidas, que podem ser moldadas em respostas culturais.

Nessa construção residem também as convenções paterno-filiais. Fora do mundo da cultura, poderíamos de início atribuir à maternidade, em razão da prenhez e do nascimento, uma definição biológica. Contudo, atribuir unicamente essa concepção, é desconsiderar a possibilidade de que fatores culturais influenciem na sua determinação.

Aí reside, o que os sociólogos chamam de postulado universal da legitimidade, ou seja, a tradição e a lei moral decretam que o grupo constituído por uma mulher e seu filho não

seria uma unidade sociologicamente completa. A biparentalidade nesse aspecto encontraria total justificativa, no sentido de ser o mínimo a ser assegurado na organização social primária da família.

O parentesco da filiação, igualmente a outras instituições, sofre paulatina e constante mutação, advindos dos valores consensuais de uma comunidade. Tais valores, por sua vez, ora são facilmente detectados, ora prescindem de uma atuação política mais enérgica, que se propõem a coadunar as soluções jurídicas às perspectivas traçadas pela organização do próprio Estado.

Nesse sentido, Torquato de Castro (1985, p.5) enfatiza que *as leis, que sob a inspiração da natureza o jurista elabora, obedecem às exigências do mundo histórico do direito, como leis jurídicas que são. São sempre fórmulas móveis que seguem as vicissitudes do momento histórico.*

Daí a utilidade da norma principiológica, sujeita sempre à novas perspectivas e interpretações, que por vezes modifica, substancialmente, a perspectiva das leis envelhecidas e altera o espírito de todo o sistema, com um novo sentido ao conjunto.

Buscando a concretude de tais afirmações com a nossa temática, temos que a situação de descender de alguém, biologicamente, pelo nascimento, constitui-se fato passível de incidência normativa que configura a relação como sendo a de parentesco pela filiação.

Outrora este fato só produziria efeito de parentesco se estivesse dentro situação pré-definida pelo direito enquanto organização familiar, restrita à modalidade do casamento entre os genitores.

A situação de legitimação de filiação através do casamento, um dia criada pelo direito, como única forma de estabelecimento do parentesco, perde a razão de ser exclusiva com o advento do Estado Social e dos valores em seu entorno, desconfigurando situações que antes se situavam no campo da ilegitimidade. Não podemos afirmar que essa configuração não mais exista, em razão das presunções jurídicas de filiação que legitimam, embora de forma relativizada, a filiação pelo casamento.

A norma situacional tem a virtude de por em existência uma real situação jurídica, que, como veremos adiante, é uma relação que posiciona sujeito concreto, diante de um

objeto, para assim projetar essa própria relação atributiva perante outro sujeito, ou perante terceiros (CASTRO, 1985, p.49).

Dessa forma, não há que se confundir a lei prévia (instrumento político e teórico, oferecido à descoberta da norma situacional/ existência apenas pensada), com a norma situacional. O pensar no direito é instrumental, apenas para o agir prático, e é escravizado ao problema que condiciona a esse agir.

Sobre a estrutura da situação jurídica, Torquato (1985, p.67) esclarece:

A norma opera através de qualificações ideais. A qualificação jurídica dos elementos integrantes da situação – sujeito, objeto e posição de sujeito ou de cada sujeito – ocorre instantaneamente no exato momento da configuração integral do fato jurídico que dela constitui fundamento da existência.

Na atualidade, identificamos dois fatos jurídicos que podem dar ensejo à relação entre os sujeitos do liame do parentesco de filiação: o fato biológico do nascimento e o fato social da convivência familiar.

Além disso, a norma previu que através do ato jurídico formal da Adoção, tal liame pudesse se estabelecer independentemente do vínculo biológico e até mesmo de prévia convivência familiar, desde que para alcançar não apenas fins de natureza privada como a constituição do vínculo de filiação, mas também de ordem pública, ao garantir ao sujeito menor qualificado como em situação de risco, a inserção em novo núcleo familiar que lhe permita o desenvolvimento de sua personalidade.

O fato biológico, contudo, pode ainda em situação real mais complexa, encontrar-se bifurcado entre a essência da consanguinidade e a essência da genética. De qualquer forma, a valoração que a norma sempre estabeleceu sobre o fato biológico do nascimento, sempre considerou a simultaneidade das duas essências, partindo sempre do pressuposto de que não haveria outra forma de reprodução humana que não a natural e proveniente do relacionamento sexual.

Contudo, ingressando no mundo cultural ético, a prática médica que auxilia a reprodução humana, garante que as duas essências (genética e consanguínea) possam estabelecer-se de forma equidistantes, reclamando também a bifurcação de conceitos jurídicos que dantes possuíam significado imutável, como o da maternidade, que sempre foi certa pelos sinais da prenhez e do parto. As descobertas e atuação médica, primeiro precisam passar por

um crivo de aceitação moral e ética, e em seguida, poderão ser valoradas para a construção de uma situação jurídica que agora possui bases reais distintas.

Tal complexidade implicará na necessidade de novas qualificações normativas, máxime com relação à paternidade e maternidade, não apenas qualitativamente como também quantitativamente.

Onde se encontra a relação de filiação, juridicamente falando ou em que fatos a norma que atribui o vínculo jurídico poderá incidir? Na origem genética? No vínculo da socioafetividade estabelecido pela convivência ou atribuído pela lei? Nos sinais biológicos da prenhez e do parto? No elemento intencional do projeto parental? Ou em todos os fatos mencionados poderá a filiação jurídica vir a se estabelecer? E ainda, estando presentes mais de um dos critérios biológicos e socioafetivos acima, seriam eles excludentes ou exigiriam uma conformação múltipla?

É óbvio que a norma jurídica buscou e busca os sinais da própria natureza para a caracterização do fato na relação jurídica de filiação. Nesse aspecto, o vínculo de filiação jurídica sempre foi raciocinado diferentemente no que diz respeito à paternidade e à maternidade. A paternidade, outrora sempre incerta para o direito pela ausência de meios científicos de sua aferição genética, foi lastreada em presunções, que têm por base o casamento ou a união estável de duas pessoas de sexos distintos, onde se presume que houve a união dos gametas feminino e masculino, naturalmente. Já a maternidade, ao contrário, sempre certa para o direito, estaria lastreada no vínculo biológico, sempre definido pela gestação aparente e pelo parto.

A complexidade trazida pela possibilidade de manipulação medicamente assistida, de gametas na reprodução humana, impele o direito a novas construções teóricas à respeito do vínculo de filiação.

Contudo, no presente trabalho, nos preocuparemos tão somente com o fato jurídico da convivência familiar, máxime aquela decorrente das chamadas “famílias recompostas”, e que alteram, na prática e substancialmente a forma de cuidado antes estabelecida entre os parentes afins, onde não há consequências patrimoniais, seja na obrigação de alimentos, seja no direito hereditário.

3. O fato social da convivência

O fato social da convivência familiar pode ou não exigir o elemento intencional do projeto parental por parte dos sujeitos. A conduta reiterada dos deveres decorrentes de um exercício da paternidade ou maternidade, por si só, poderá trazer a incidência do vínculo parental da filiação e a busca pela formalização registral do vínculo, através do qual se permitirá a produção dos efeitos decorrentes.

Da mesma forma, a convivência familiar impescinde de uma reprodução humana, seja natural ou artificial, ou mesmo do vinculo do casamento ou da união estável.

Registraríamos dentre as possibilidades, as seguintes:

3.1. Paternidade/maternidade legal

a) através do instituto legal da ADOÇÃO, que exige a judicialização da pretensão, e os parâmetros determinados por lei, que tentam garantir a intervenção do Estado com vistas a inibir o tráfico de menores entre particulares, a inserção deste em ambiente adequado à formação de sua personalidade e a cancelar o projeto parental dos requerentes, autorizando o registro. O procedimento requer o elemento intencional dos requerentes, a sua habilitação e produz efeitos extintivos do vínculo de filiação originário, tenha sido ele decorrente de qualquer tipo de reprodução humana, ou mesmo de outra adoção;

b) Decorrentes das presunções legais de filiação (PRAZOS E HETERÓLOGA), previstas nos incisos I, II e V do artigo 1597 do CCB. As presunções baseiam-se na existência de um vínculo jurídico do casamento ou união estável, para atribuir filiação ao pai, de filhos que tenham sido concebidos até 180 dias antes do estabelecimento do casamento ou união estável, ou ainda tenham nascido depois de 300 dias da dissolução destas entidades, independentemente da existência ou não de reprodução real entre os pares, seja natural ou artificial, ou mesmo de elemento intencional de projeto parental. A presunção prevista no inciso V garante a filiação ao marido, se este houver consentido no uso de material genético de terceiro em sua esposa ou companheira, atribuindo-lhe a paternidade pela intenção presumida do projeto parental e atendendo a sua autonomia expressa no consentimento;

Consideramos que as presunções jurídicas de filiação previstas nos demais incisos, III e IV do referido artigo 1597 do CCB, baseiam-se, necessariamente, não apenas no elemento intencional do projeto parental, mas principalmente na existência de vínculo

biológico/genético do casal, já que se refere ao uso homólogo do material de ambos, não deixando dúvidas de que estaria na origem biológica e não na presunção da lei. No nosso entendimento, tais presunções não estariam caracterizadas a partir do fato social da convivência entre os pares ou mesmo com o filho, mas sim no vínculo biológico entre eles. As hipóteses foram inseridas no capítulo das presunções, apenas para garantir a filiação independentemente do tempo ou época da concepção. Visaram, portanto, garantir que o uso do material do casal garantiria a filiação, independentemente da época da utilização do material pelo casal, ou pelo sobrevivente dentre eles.

3.2. A Posse de estado de filiação

A posse do estado de filiação advém de um comportamento entre os sujeitos da relação, que importa na reciprocidade de tratamento entre eles como pai/mãe e filho, e de assunção de responsabilidades de sustento, cuidado e proteção, devendo tal conduta realizar-se de forma aparente para a sociedade ou grupo comunitário, de forma a não deixar dúvidas quanto ao tipo de vínculo ali estabelecido. Requer como pressuposto ao seu reconhecimento, não apenas a convivência nesses moldes, como também a judicialização do processo para a obtenção da autorização do registro, uma vez provada a posse pela convivência, tratamento e notoriedade.

3.3. A adoção à brasileira

Terminantemente proibida por lei, a denominada “adoção” à brasileira, seria a convivência estabelecida nos mesmos moldes da posse do estado de filiação, porém, iniciada ou deflagrada através da iniciativa de registro pelos “pais”, mediante conduta tipificada como crime em nossa legislação penal, que consiste na declaração falsa perante oficial público do registro civil.

As consequências não seriam apenas penais, mas, civilmente, tal registro seria maculado pela nulidade. Contudo, a realidade brasileira judicial, revela que há, pelo judiciário, uma valorização desse registro, em nome do verdadeiro sentido do instituto da filiação, que se houver cumprido com o seu propósito de estabelecer entre as partes *a affectio*, será inútil a sua anulação formal.

O caso para obter relevância e preponderância da filiação registral não obstante a sua falsidade, não poderá se estabelecer com prejuízo de direito de terceiros, que foram sonogados quanto ao exercício de sua paternidade/maternidade. Assim, a denominada adoção à

brasileira, para obter a incidência positiva do estado de filiação, deve conjugar a inexistência de erro (ignorância) e também de sequestro e captação de menor, sob pena de estarmos sobrelevando a conduta afetiva e com isso estarmos justificando uma prática criminosa.

Assim, todos os fatos acima mencionados poderão ensejar o vínculo jurídico da filiação. Em nenhum deles haverá a dispensa do elemento formal do registro, qualificação jurídica da filiação em nosso ordenamento jurídico. O que estamos a considerar é que tal registro poderá ter como instrumentos deflagradores: a declaração unilateral ou conjunta do(s) pai(s) interessados; o contrato delineado do projeto parental que admite a autonomia das partes para o afastamento de presunções legais, relativizando-as; a sentença judicial; e a própria lei nas presunções jurídicas de filiação, advindas do casamento e da união estável.

O corte a ser atribuído pelo direito diante de tão diversas combinações fáticas, residiria, portanto:

- a) Na identificação do fato originário da filiação se proveniente da reprodução humana (natural ou artificial) ou da convivência familiar;
- b) Na legitimação do instrumento que viabilizará o registro (declaração, contrato, sentença e lei);
- c) Nos parâmetros a serem estabelecidos aos instrumentos, garantindo que a conduta tenha se pautado em limites éticos permeados pelo nosso ordenamento jurídico (solidariedade), no combate às condutas criminalizadas (sequestro e o tráfico) e antijurídicas (onerosidade), no consenso moral dessa sociedade.

4. Autonomia e Liberdade – Multiparentalidade

A reflexão sobre a liberdade no projeto parental é imprescindível para a identificação ou não de limites a serem estabelecidos.

O termo “autonomia”, no direito privado, sofreu uma série de variações conceituais, que terminou por adjetivá-lo, ora como autonomia da própria vontade, em um exercício do interesse subjetivo de quem a exercesse, ora com os limites impostos pela própria ordem Constitucional, que embora mantivesse o seu caráter privatista, ao mesmo tempo o regulava com limites impostos em observância de uma igualdade material a ser considerada nas relações jurídicas entre os particulares que, embora fossem formalmente iguais, detinham características que implicavam em uma desigualdade material. Daí a distinção histórica entre

as expressões Autonomia da Vontade, no contexto do Estado Liberal, Autonomia Privada, no contexto do Estado Social e aqui o que nós pretendemos denominar de LIBERDADE EXISTENCIAL.

Uma ideia central ao humanismo e ao Direito Moderno é o da autonomia privada em sentido amplo, como trabalha Daniel Sarmiento (2004, p.173) enquanto dimensão fundamental da noção mais ampla de liberdade. Para o autor, não cabe ao Estado, a qualquer instituição, pessoa humana ou coletividade, e nem mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar.

Sarmiento (2004, p.173), dessa forma, trabalha a expressão autonomia privada, como muitos autores, na esfera da liberdade contratual e negocial para fins patrimoniais, e também na esfera existencial. Mas é inegável que essa expressão foi adotada, e vem sendo utilizada pela doutrina majoritária, em franca distinção do que se denominava autonomia da vontade.

Segundo Perlingieri (2002, p.18), a negociação que tem por objeto situações subjetivas não patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Os atos de autonomia teriam, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.

A autonomia se apresenta, portanto, na visão desse autor como atuação não somente de direitos subjetivos, mas também de deveres de solidariedade não somente material e econômica, mas também social e familiar.

A evolução sociológica acima resgatada da construção das concepções parentais na filiação apontam para a necessidade da biparentalidade, como o mínimo à estabilidade existencial, ou seja, o ser humano estaria mais completamente inserido e apto ao seu desenvolvimento, se sob os cuidados de pelo menos duas pessoas, sendo estas, primordialmente, as que lhes deram origem, pelo nascimento.

No entanto, o conceito de biparentalidade, na atualidade, vai além do critério biológico, considerando o reconhecimento da sociedade e de nosso ordenamento jurídico, de

que o estado de filiação não se confunde com a origem biológica do ser humano, embora estes não sejam excludentes, como bem pontua Paulo Lobo (2014).

Da mesma forma e já em razão de outras vicissitudes históricas, como a própria emancipação da mulher na família e na sociedade, o exercício do planejamento familiar de filiação por uma única pessoa, seja o pai ou a mãe, advenha do critério biológico ou socioafetivo, ingressa em uma permissão moral e jurídica, na previsão da chamada Monoparentalidade.

Do exposto, indagamos: haveria a plena liberdade no exercício do planejamento familiar? O planejamento familiar engloba tão somente a construção quantitativa da filiação (número de filhos) ou abrangeria o reconhecimento do fato gerador da filiação? A filiação poderia ser livremente declarada pelo exercício da vontade do indivíduo ou estaria sujeita a parâmetros mínimos a serem observados pela norma?

Lembrando a lição de Francisco Amaral (2006, p.8), O problema na análise da incidência de uma norma sobre determinado fato está, muitas vezes, na compreensão de conceitos que, sendo produto de uma atividade de abstração, por vezes os leva a desligarem-se, demasiadamente, da realidade. Daí a necessidade de se adotar uma concepção pluralista, interdisciplinar e construtivista, máxime na análise de situações jurídicas existenciais.

Conforme anunciado em nossa introdução, a concepção jurídica de filiação em nosso Direito positivo Brasileiro, por meio das categorias elencadas, teve como momento histórico determinante inicial, no CCB de 1916, os valores da época ligados à realidade típica de uma sociedade colonial, patriarcal e matrimonialista da família, estabelecendo a partir daí sérias exclusões, como a legitimação da filiação advinda apenas do casamento e a proibição de reconhecimento de outros filhos incestuosos, adulterinos e espúrios.

A família transferiu muitas de suas funções do passado a outras instituições sociais (Estado, Igreja, Escola, empresa) e todo esse processo de mudança, se opera para a liberdade, no que identificamos, paradoxalmente, uma fuga das amarras rígidas e conceituais da família, ao mesmo tempo em que há uma busca de inclusão através de sua legitimação e reconhecimento pelo coletivo.

A mesma mudança que se operou dentro do casamento – dos interesses extrínsecos à mútua realização dos cônjuges (a reinvenção), parece operar-se nos vários arranjos da atualidade, que se auto intitulam com o objetivo familiar, numa postura de autossuficiência

que à princípio, parece querer dispensar qualquer necessidade de legitimação, com base em um argumento inegável: a própria existência/a primazia do concreto e da realidade. Um outro abismo com o qual deveremos ter o cuidado, sob pena de comprometer o próprio Estado de Direito.

A busca de uma composição que possa estabelecer um equilíbrio entre as restrições individuais necessárias e a realização pessoal é onde reside toda a problemática, que resulta ora em verdadeiras contradições no sistema ora em, apenas, aparentes contradições.

João Baptista Villela (1990, p.09), em clássico texto sobre LIBERDADE e FAMÍLIA, no ano de 1980, antes mesmo do marco da Constituição Federal de 1988, que veio a recepcionar e a corroborar os valores de Estado Social e Democrático de Direito, em matéria de Família, prenuncia a necessidade de várias modificações, algumas já operadas em nosso sistema, a exemplo da mutabilidade dos regimes de bens, admitida pelo CCB/2002, a Emenda Constitucional 66/2010 e a adoção da interpretação aberta e exemplificativa, utilizada, inclusive, pelo nosso Supremo Tribunal Federal no julgamento das Uniões Homoafetivas, além de outras que merecem ser refletidas no contexto atual, a partir da premissa de um modelo aberto, proposto pelo autor.

Felizmente, o texto normativo da Constituição Federal/1988, se afastou do modelo unitário e excludente do casamento como única forma de formação familiar e derivação da filiação, e rompeu com dogmas escravizantes nas relações existenciais, ao prever expressamente, vários tipos de constituição familiar que merecem total proteção do Estado e o contexto em que está inserida, permite ao intérprete a inclusão de tipos implícitos, que estejam coadunados com o sentido de sua abrangência, em prol da dignidade humana. Tal pluralidade, contudo, já não nos parece suficiente.

Parece tarefa tão simples distinguir Regras de Princípios, enquanto pertencentes a uma mesma categoria que é a norma jurídica, mas é inegável que, sendo estes últimos baseados em expressões e sentidos mais genéricos, apresentam uma elasticidade e plasticidade às situações concretas. A interpretação conforme a Constituição surge como metodologia mais flexível à concretização dos valores, permitindo a mutação da norma sem a necessária alteração de seu texto.

Alerte-se, porém, ao que destaca Humberto Ávila (2013, p.29) que, a exaltação da importância dos Princípios não apequena a função das regras, e a mera instituição de valores

sem a instituição de comportamentos deve ser ultrapassada, da mesma forma que a automática aplicação da regra pela subsunção.

A CF/88, em seu § 7º afirma:

§ 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.

A lei 12010 de 2009 que alterou o estatuto da Criança e do adolescente e revogou o CCB/2002, mantendo alguns dispositivos, mas em seu sentido geral especifica a sua finalidade de ordem pública, voltada à proteção integral da criança e do adolescente, enquanto cidadão considerado em situação de risco.

Não obstante a liberdade de planejamento familiar, prevista Constitucionalmente, a regra da adoção impõe limites para a sua configuração, dentre os quais os que destacamos a seguir:

Art. 39.

§ 1º A adoção é 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, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, **desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.**

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

.....

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes **sejam casados civilmente ou mantenham união estável,** comprovada a estabilidade da família.

.....

A possibilidade de multiparentalidade, aqui entendida como a possibilidade de relativização do sistema binário de filiação, para incluir outro indivíduo no exercício da paternidade ou maternidade, possibilitaria que o registro da filiação pudesse conter mais de 02 (dois) responsáveis pelo exercício dessa função.

O que podemos identificar através do instituto da adoção, no entanto, é que essa possibilidade estaria restrita ao número de dois pais, e ainda, em sendo conjunta, teriam que os mesmos estarem na situação jurídica de casados ou em união estável entre si.

Além disso, a Adoção deferida e transitada em julgado rompe, definitivamente, com os laços do parentesco entre o adotado e os seus pais de origem, salvo para fins de impedimentos matrimoniais. Tais laços não se reconstituem com a morte dos adotantes.

Assim, padrastos e madrastas podem adotar unilateralmente os seus enteados, mas as consequências previstas na lei não poderão ser afastadas, e os vínculos jurídicos parentais com o pai/mãe de origem, serão rompidos, por expressa disposição da lei. A condição de padrasto ou de madrasta, não obstante os deveres de cuidado assumidos em sua rotina de convivência, não transferem, automaticamente, o parentesco de filiação, mantendo-os na categoria de parentes afins.

Apesar disso, a possibilidade é visualizada por muitos doutrinadores e já se registra na jurisprudência, em vários formatos, baseando-se, em sua maioria, no que se denomina de primazia da realidade ou exercício da afetividade.

A família reconstituída é a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos os seus membros tem filhos ou vínculos de um filho anterior (GRISARD FILHO, p.257). Ana Carolina Brochado considera que a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental e esse exercício é que seria capaz de gerar o vínculo jurídico da parentalidade (2010, p.196).

Segundo a autora, a exegese mais simples e literal do artigo 1636 do CCB, estabelece que não deverá haver interferência do padrasto ou madrasta no exercício da autoridade parental, conforme abaixo disposto:

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, **exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.**

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Reconhecemos, no entanto, que o simples fato da convivência familiar com os enteados, e mesmo a prática de condutas de cuidado, por si só, não são capazes de transferir autoridade parental aos padrastos ou madrastas, com todos os efeitos decorrentes da parentalidade.

Em que pese a crítica da redação do artigo supra mencionado, o padrasto e a madrasta têm funções que não se confundem necessariamente com a autoridade parental. Além disso, e tomando por base a realidade mutante, teríamos que considerar o ritmo de mudanças das famílias recompostas na atualidade, com mais de três relacionamentos estáveis e sucessivos, por exemplo, para compreender que a autoridade parental não se confunde com o dever de cuidado que os parentes afins devem aos enteados menores. Em verdade, eles poderiam ser responsabilizados por atos comissivos e omissivos que viessem a causar danos ao menor, mas não teriam o dever de sustento material e muito menos direitos hereditários recíprocos.

Enquanto doutrina, e na função de refletir possíveis e futuras mudanças legais ou de interpretação da norma, a construção é válida, porém não suficiente para que o aplicador do direito perca os parâmetros pré-definidos da parentalidade. Aliás, a regra acima tem também a finalidade de fortalecer o Princípio da Paternidade Responsável, não exonerando os pais de origem de seu dever de sustento em razão de outrem haver assumido, faticamente, os deveres de cuidado.

Para Paulo Lôbo (2014, p.09), a previsão do artigo 1595 do CCB, que considera inextinguível o vínculo de afinidade entre padrasto e madrasta, demonstra que os direitos de convivência entre eles não se asseguram em harmonia com os mesmos direitos dos pais separados, não havendo colisão, mas compartilhamento do direito à convivência, em nome no melhor interesse da criança e do adolescente.

Entendemos que o compartilhamento seria o da convivência familiar, conferindo ao padrasto ou madrasta direito de regulamentação na hipótese de separação, mas não da autoridade parental, que em tese, prevaleceria, até que em análise de conflito familiar concreto, pudesse ser considerada nociva à criança, reconhecendo a condução do parente afim.

Para aprofundar a reflexão sobre os possíveis contornos a serem observados para a legitimação do estado de filiação, analisaremos algumas decisões que corroboram a liberdade que vem sendo reconhecida na jurisprudência.

5. A atuação jurisprudencial nas famílias recompostas e no instituto da Adoção - multiparentalidade

A multiparentalidade será aqui entendida como a possibilidade de relativização do sistema binário de filiação, para incluir outro indivíduo no exercício da paternidade ou

maternidade, passando o registro da filiação a conter mais de 02(dois) responsáveis pelo exercício dessa função.

Na problemática trazida aqui, iremos considerar os aspectos da família recomposta e da Adoção, onde também a multiparentalidade toma relevo, segundo alguns doutrinadores (TEIXEIRA, 2010, p.194).

Conforme acima descrito, a possibilidade é visualizada por muitos doutrinadores e já se registra na jurisprudência, que se baseia em sua maioria, na primazia da realidade, ou do que o intérprete e aplicador busca em sua fundamentação de concretização.

EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. Apelação Cível. (TJSP, Processo n. 0006422-26.2011.8.26.0286 Comarca: Itu 2ª Vara Cível Apelantes: Vivian Medina Guardiã e outro Apelado: Juízo da Comarca)

A decisão acima, confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2011, decorreu de uma Ação Declaratória de Maternidade Socioafetiva c/c retificação de assento de nascimento, promovida pela madrasta em relação ao seu enteado, considerando que a mãe biológica e registral havia falecido três dias após o parto. Não obstante a possibilidade da adoção unilateral por parte da autora, tal instituto remeteria necessariamente ao rompimento dos vínculos jurídicos com a família de origem materna, conforme expressa disposição legal. O caso aponta para a hipótese da posse de estado de filiação, já que a convivência e criação do menor foram estabelecidas pela madrasta e, portanto, de competência das Varas de Família e Registro Civil e não Infância e Juventude.

A ideia de prevalência ou não de uma concepção socioafetiva sobre a biológica e vice-versa, em tese, está totalmente descartada. Apenas o caso concreto poderá ensejar a preponderância de um critério sobre o outro. Ao refletirmos sobre a preponderância, estaremos automaticamente racionando com base na impossibilidade da multiparentalidade e na adoção do critério de exclusão de um em lugar do outro.

Sendo a filiação um conceito relacional, em tese, o pai, mediante a ação negatória de paternidade, após o registro voluntário do filho, mediante falsidade, porém sem erro, após consolidada a convivência na posse do estado de filiação, não vem obtendo a procedência de seu pedido, preponderando-se o vínculo socioafetivo nestas circunstâncias, não obstante a proibição da adoção à brasileira. A decisão abaixo da Quarta Turma em 2012 no STJ, no entanto, corrobora a ideia de que a Adoção à Brasileira não pode, em todas as circunstâncias, obter a valoração enquanto vínculo de filiação.

EMENTA. DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA **FILIAÇÃO BIOLÓGICA**. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDAS. 1. **A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto.** É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. **De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva.** No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. **A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram.** E, do mesmo modo, a **filiação** socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da **filiação** biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (STJ. Quarta Turma. Relator Luis Felipe Salomão, Julgado em 18/12/2012. REsp 1167993 / RS RECURSO ESPECIAL2009/0220972-2).

A decisão parece contrariar outras soluções correlatas, gerando dúvidas na uniformidade jurisprudencial de nossos Tribunais, e no liame que deve prevalecer para o estabelecimento do estado de filiação, conforme se depreende na decisão proferida pela terceira turma e abaixo retratada:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **REGISTRO CIVIL INVERDÍDICO**. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

PREPONDERÂNCIA. 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse. 3. Em processos que lidam com o direito de **filiação**, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração autoproduzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico. 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o **registro** da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a **filiação** socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. 5. Recurso especial provido. (STJ, REsp1244957/SC RECURSO ESPECIAL 2011/0068281-0 Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) T3 - TERCEIRA TURMA 07/08/2012).

Então, ora a “Adoção à Brasileira” pode ser valorada enquanto estado de filiação, e ora não? Que parâmetros devem ser adotados para a uniformização?

A elaboração, pela jurisprudência, de conteúdos variados ao que se denomina de “melhor interesse da criança” e “núcleo familiar estável” também gera incertezas, máxime quando a própria lei restringe, literalmente o seu sentido, como na hipótese de adoção conjunta, permitida apenas entre pessoas que mantenham entre si vínculo de casados ou de união estável. A decisão abaixo se afasta inteiramente de tais limites, conferindo conteúdo próprio aos institutos, ao admitir a possibilidade de uma adoção conjunta entre irmãos (família anaparental), e ainda, quando um deles já havia falecido, antes mesmo do início do procedimento judicial.

EMENTA. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. **Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.** O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades,

entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. A existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. **Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.**

O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, **a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido.** (STJ. Terceira Turma. Relatora. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19 de junho de 2012 REsp 1217415 / RS RECURSO ESPECIAL 2010/0184476-0.)

Ao que tudo indica, qualquer caráter de finalidade patrimonial deve ser afastado para o reconhecimento de uma filiação registral/socioafetiva ou não baseada no critério biológico. A simples prova da convivência, de existência de vínculos de afinidade, sem a prova de ausência da convivência do vínculo registral vigente, por si só não seria suficiente para a invocação da tese cumulativa da socioafetividade pela multiparentalidade. Nesse aspecto, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão no ano de 2013:

EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO PARENTAL. CARÁTER PATRIMONIAL. PROVA. 1. Se a autora possui pai e mãe biológicos que a registraram como filha, **o pedido de declaração de filiação socioafetiva é juridicamente impossível, pois quem já possui pai e mãe não pode buscar o reconhecimento simultâneo de outra paternidade e maternidade, salvo de buscar concomitantemente a desconstituição da paternidade registral.** 2. Como nada foi alegado contra a paternidade registral e como o investigado não é pai biológico da autora, sua pretensão é juridicamente impossível. 3. Se o de cujus pretendesse reconhecer a recorrente como filha, certamente teria promovido a sua adoção ou lavrado algum instrumento público neste sentido, mas nada foi feito. 4. Inexistente a relação jurídica de filiação, inexistente título jurídico capaz de albergar qualquer direito sucessório, pois não existe nem mesmo testamento. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. (TJRS, Apelação Cível Nº 70045753456, Sétima Câmara Cível, Relator: Munira Hanna, Julgado em 22/05/2013).

Recentemente a primeira instância de inúmeras Varas da Infância e Juventude, vem reconhecido ao que denominam de Adoção Poliafetiva, por vezes mantendo o vínculo jurídico do parentesco com os pais de origem e acrescentando o socioafetivo, sem critério de harmonização com o que a lei expressamente preceitua sobre o rompimento e extinção do Poder Familiar originário.

Pensamos que todo o movimento do Direito de Família vem apontando para uma menor interferência do Estado no que diz respeito às relações conjugais e de companheirismo e isso se denota das modificações históricas acima mencionadas, **e a *contrario sensu*, uma maior intervenção quando nas escolhas do indivíduo ou do par, encontra-se o direito do menor, e a necessidade de garantia de seu desenvolvimento.** Paulo Lôbo (2014) ressalta os deveres fundamentais como relatos aos direitos e que *a reciprocidade é a tônica dos deveres fundamentais, pois cada pessoa humana é responsável pela outra, e ela é também responsabilidade das outras.*

Nesse sentido, embora defendamos a liberdade existencial na formação familiar e em seu planejamento, esta não deverá ser exercida sem critérios, na medida em que os seus limites, estarão na responsabilidade recíproca dos membros que a compõem, uma vez constituída livremente.

A concepção eudemonista da família importa em reconhecer a sua superação transpessoal, para dar lugar a uma dimensão coexistencial em que a família se torna o lugar da busca da felicidade. Portanto, não há que se confundir com o exacerbado individualismo, alerta Pianovsky (2011, p.327). Trata-se de conferir expressão mais relevante à liberdade positiva para atender à sua funcionalidade. Se não admitíssemos a construção de modelos familiares para além dos que foram descritos na Constituição Federal, estaríamos admitindo a ilicitude dos mesmos.

Os critérios para a definição da existência ou não da relação de filiação, seja o fato gerador a consanguinidade, a genética, a convivência familiar ou mesmo a declaração de vontade, deverá atender a sua função, no desenvolvimento e respeito à personalidade do indivíduo e também no seu sustento.

A possibilidade de migração da legitimação entre os fatos identificados, não descaracteriza o múnus público de institutos criados em proteção ao menor, como o Poder Familiar surgido a partir da identificação do parentesco pelo registro, que mantém a sua irrenunciabilidade e características inerentes ao Princípio da paternidade responsável.

6. Conclusão

A mudança de concepção em matéria de filiação tem justificativa cultural, a partir dos novos valores que, historicamente, a sociedade elege, em relativo consenso, como sendo os mais adequados a serem reconhecidos e protegidos, no sentido de lhes atribuir efeitos jurídicos.

A busca da aplicação adequada da norma jurídica aos conflitos da sociedade vem colocando o intérprete como principal agente da criação do Direito, em razão de estruturas textuais legais que, por vezes, não permitem a ideal concretização dos valores de nossa época, comprometendo a incidência da norma e sua consequente proteção.

O exercício da liberdade existencial, na escolha de parceiros e no planejamento da prole, vem obtendo real significância na jurisprudência Brasileira, com a compreensão, pelos juristas práticos, de uma norma jurídica mais abrangente e condizente ao atual contexto sócio-político, admitindo-se formatos não contemplados nas regras jurídicas que preveem os direitos e obrigações dos sujeitos dessa relação. Ressalte-se, que toda a legislação civil no Livro de Família, trabalha a filiação e seus efeitos a partir de um modelo monoparental ou através de um modelo biparental (binário), seja no instituto da autoridade parental, por exemplo, como no estabelecimento de seus efeitos ou mesmo no direito sucessório.

A nova concepção de liberdade existencial nos padrões do exercício da paternidade e da maternidade na atualidade atingiu um nível de complexidade tal, que poderá relativizar, portanto, o milenar modelo restrito à biparentalidade, oriunda desde a primitividade até os tempos atuais e, por vezes, poderá sugerir uma alteração legal.

É preciso refletir, no entanto, que há limites nessa liberdade, se houver comprometimento no desenvolvimento da personalidade do menor, cujo bem estar, reclama intervenção do Estado, para ser garantido. Nesse sentido, resgata-se o sentido da autonomia privada que impõe limites no exercício dessa relação privada, máxime através dos parâmetros da responsabilidade e garantia de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Por fim, a tipologia familiar variada alcançada pela Constituição Federal de 1988 foi um avanço que se adequou a mudança de tais concepções, mas, em verdade, mesmo diante da interpretação exemplificativa, a realidade vem sendo negligenciada nas mais variadas interpretações, e reclama a funcionalidade do direito em sua aplicabilidade, sob pena de retrocedermos ao véu da ilegitimidade, nas situações que reclamam a legitimação do vínculo de filiação e seus efeitos.

Por outro lado, a atuação jurisprudencial diante dos conflitos familiares, vem demonstrando incertezas, em interpretação baseada numa espécie de “Cláusula Geral de

Família”, ensejando, por vezes, contradições na definição de critérios mínimos ou parâmetros que confirmam certa uniformidade lógica à norma situacional do vínculo de filiação, sem coesão e harmonização. Devemos admitir, no entanto, que diante da pluralidade das entidades familiares e de sua liberdade plural, as dimensões do instituto do parentesco pela filiação sofrerá, inevitavelmente, forte variação quantitativa e qualitativa, em nome de sua funcionalidade, mas as regras pré-estabelecidas e limitativas não podem deixar de ser observadas sob pena de comprometimento do Estado de Direito. Assim, institutos como a Adoção que cumpre dupla finalidade, ou a mera constituição fática da convivência familiar decorrente das famílias recompostas, apresentam limites na configuração quantitativa do parentesco, que deverão ser observados.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 6.ed.rev.,/atual. eaum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros Editores: São Paulo, 2013.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos/Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência *In* Revista IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, Edição 11, pgs. 05-07.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 5ª. Ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- FRIEDRICH, Engels. A origem da família, da propriedade privada e do estado – trabalho relacionado com as investigações de L.H. Morgan, 10 ed., (Trad.) Leandro Konder, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.
- GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro:Imago, 2003, p. 257.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Estado de Filiação e Origem Genética: uma distinção necessária, disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>, acesso em 07/07/2014.

_____. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade, disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25363/familias-contemporaneas-e-as-dimensoes-da-responsabilidade>> acesso em 07/07/2014.

_____. Relações de família e direitos fundamentais *In Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, Edição 02, pgs. 9-22.

MALINOVSKY, Bronislaw. *Sexo & Repressão na Sociedade Selvagem*. Petrópolis, Vozes, 1973.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdades(s)*. Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da propriedade e da Família., Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Editora *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2004.

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

VILELLA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Edição da Faculdade de Direito da UFMG, Publicação nº 033, Belo Horizonte: MG, 1980.