

# A Família e seus Afetos

Maria Berenice Dias

## A família do afeto

O evoluir da sociedade levou a uma verdadeira transformação da própria família que passou a ser referida no plural: **famílias**. Ocorreu o alargamento da ideia sacralizada do casamento, chagando-se ao pluralismo das entidades familiares, que passou a abrigar estruturas não convencionais, em que nem o número ou o sexo dos partícipes é determinante para seu reconhecimento.

A mudança acabou inserida na Constituição Federal ao trazer o conceito de entidade familiar. A partir desta evolução – verdadeira revolução – passou-se a buscar uma definição de família que albergasse as diversas estruturas de convívio. E foi o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família que isolou o seu elemento identificador: **o afeto**. Este é o elemento fundante que permite reconhecer quando se está frente a uma estrutura familiar merecedora a tutela jurídica.

## Os filhos do afeto: filiação socioafetiva

Mas não só a família, também a filiação foi alvo de profunda transformação. O afeto, elemento identificador das entidades familiares, igualmente passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. Como lembra Zeno Veloso, o princípio capital norteador do movimento de renovação do Direito das Famílias é fazer prevalecer, em todos os casos, o bem da criança; valorizar e perseguir o que melhor atender aos interesses do menor (*favor filii*). [\[1\]](#)

De um lado existe a verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza

praticamente absoluta, a existência de um **liame biológico** entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.<sup>[2]</sup>

Estas realidades não se confundem e nem conflitam. O *status* de filho é conquistado com o nascimento em uma família matrimonialmente constituída, com a adoção, com o reconhecimento da paternidade, voluntário ou forçado, sem que a causa que deu ensejo ao vínculo que se estabelece entre pai, mãe e filho seja a consanguinidade.<sup>[3]</sup>

O parentesco deixou de manter, necessariamente, correspondência com o vínculo consanguíneo. A disciplina da nova filiação há que se edificar sobre os pilares constitucionalmente fixados: a plena igualdade entre filhos, a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral.<sup>[4]</sup>

Sensível como sempre, a jurisprudência percebeu a necessidade de atentar ao princípio do melhor interesse e começou a estabelecer vínculo de filiação a quem desempenha as funções parentais. Tal fez surgir uma nova figura jurídica, a **filiação socioafetiva**, que se sobrepôs tanto à realidade biológica como a registral.

A definição da paternidade é condicionada à identificação do desejo de quem deseja, planeja e assume as responsabilidades parentais, mesmo antes do nascimento do filho, nada mais do que o reconhecimento prévio da **posse do estado**.

Quando as pessoas desfrutam de situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de **posse de estado**. Em se tratando de vínculo de filiação, quem assim se considera dispõe da **posse de estado de filho**, ou de **estado de**

**filho afetivo**, como prefere Belmiro Welter.<sup>[5]</sup> Fabíola Santos Albuquerque traz a noção de **posse de estado de pai**, que exprime reciprocidade com a posse de estado de filho.<sup>[6]</sup> *A paternidade se faz*, como diz Luiz Edson Fachin, o vínculo de paternidade não é apenas um dado, *tem a natureza de se deixar construir*.<sup>[7]</sup> Essa realidade corresponde a uma aparente relação paterno-filial.

O sistema jurídico não contempla, de modo expresso, a noção de posse de estado de filho, expressão forte e real do nascimento psicológico, a caracterizar a **filiação afetiva**.<sup>[8]</sup> A noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.<sup>[9]</sup> Em matéria de filiação, **a verdade real** é o fato de o filho gozar da **posse de estado**, que prova o vínculo parental.

A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida.<sup>[10]</sup> A afeição tem valor jurídico.<sup>[11]</sup> Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater est*. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto.<sup>[12]</sup>

Permitir exclusivamente que a verdade biológica identifique o vínculo jurídico é olvidar tudo que a doutrina vem sustentando e a Justiça vem construindo.

**Afetos entre iguais: filiação homoparental**

Não mais cabe buscar na verdade jurídica ou na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares. É imperioso encontrar **novos referenciais**, pois a coincidência genética deixou de ser fundamental. A **paternidade** não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de **opção**, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva.<sup>[13]</sup>

Deixar de ver que o filho têm mais de um pai ou mais de uma mãe é se deixar levar pelo preconceito. Não cabe tentar encontrar justificativa para afastar o direito à identidade. Tal postura, além de infirmar o princípio do melhor interesse da criança, afronta cânones consagrados constitucionalmente: o direito à liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana. De outro lado, permitir que exclusivamente os **pais biológicos** tenham um **vínculo jurídico** com o filho gestado também por quem desejou e planejou o filho é olvidar tudo que vem a justiça construindo através de uma visão mais ampliativa da estrutura da família.

Não admitir a paternidade homoparental é retroagir um século, ressuscitando a perversa classificação do Código Civil de 1916, que, em boa hora, foi banida pela Constituição Federal de 1988. Além de retrógrada, a negativa de reconhecimento escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Reconhecidos os casais homoafetivos como entidade familiar, constituindo união estável e assegurado acesso ao casamento, nada justifica não incidirem as **presunções legais de filiação**. Desse modo comprovada a união ou o casamento, é o que basta para proceder-se ao registro, sem a necessidade da propositura de ação de reconhecimento e muito menos de adoção. Afinal, de adoção não se trata.

Negar reconhecimento à homoparentalidade, que se estabelece fora da realidade biológica, é gerar irresponsabilidades e

inaceitáveis injustiças que não mais se conformam com as garantias constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana.

### **Afetos múltiplos: multiparentalidade**

Quer os doadores de material genético, quer quem gesta em substituição e acaba por dar à luz, todos geram vínculos com a criança que nasce com sua interferência. Assim, não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. É possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a **pluriparentalidade** ou **multiparentalidade**, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória.<sup>[14]</sup>

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana. Esta é uma realidade que a Justiça já começou a admitir.<sup>[15]</sup> No dizer de Belmiro Welter, não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, que fazem parte da trajetória da vida humana, é negar a existência tridimensional do ser humano, pelo que se devem manter incólumes as duas paternidades.<sup>[16]</sup>

A identificação da paternidade independe de ter havido a participação de algum dos pais no processo reprodutivo. Para assegurar a proteção do filho, todos os pais precisam assumir os encargos decorrentes do **poder familiar**. Vetar a

possibilidade do múltiplo registro, já quando do nascimento, só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem também desempenha a função de pai ou de mãe. Basta ser comprovado o consenso quanto à procriação.

Para o estabelecimento do vínculo de parentalidade, basta que se identifique quem desfruta da condição de pai, sem perquirir a realidade biológica, presumida, legal ou genética. Também a situação familiar dos pais em nada influencia na definição da paternidade, pois, a família é uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, desempenha uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente. [\[17\]](#)

A filiação multiparental funda-se na cláusula geral de tutela da **personalidade** humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da **identidade** e definição da personalidade. O princípio da **boa-fé objetiva** e a proibição de **comportamento contraditório** referendam o prestígio de que desfruta a filiação socioafetiva, que dispõe de um **viés ético**.

Para assegurar a proteção do filho, os pais precisam assumir os encargos decorrentes do poder familiar. Vetar a possibilidade do registro, só traz prejuízo ao filho, que não tem qualquer direito com relação a quem também desempenha a função de pai ou de mãe.

Rejeitar a multiparentalidade afronta um leque de princípios, direitos e garantias fundamentais.

Publicado em 08/03/2015.

[\[1\]](#) VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 180.

[2] LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, ago.-set. 2003. p. 153.

[3] STEIN, Thais Silveira. O estabelecimento da paternidade e a dignidade da pessoa nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 565.

[4] BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 382.

[5] WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 66.

[6] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 355.

[7] FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Ed. RT, 1995. vol. 2. p. 172.

[8] BOEIRA, José Bernardo Ramos. Filiação e solução de conflitos de paternidade. In: FREITAS, Douglas Phillips (coord.). **Curso de direito de família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004. p. 139.

[9] MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 22.

[10] DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 2000. p. 96.

[11] VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 36.

[12] NICOLAU JR., Mauro. Coisa julgada ou DNA negativo: o que deve prevalecer? **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 23, dez.-jan. 2004. p. 122.

[13] DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 2000. p. 12.

[14] DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 94.

[15] PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. **Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 79.

[16] WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 230.

[17] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 47.