



Recebido em 11 fev. 2015

Aceito em 30 abr. 2015

MULTIPARENTALIDADE NOS CASOS DE RECONHECIMENTO DE FILHO JÁ REGISTRADO: UMA SOLUÇÃO À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

*Rhafaela Cordeiro Diogo**

RESUMO: Trata da constitucionalização do direito civil que proporcionou uma mudança de paradigma do conceito de família, em prol dos princípios da afetividade e da igualdade. Procura demonstrar que o caráter instrumental das entidades familiares corrobora com a convivência harmônica e simultânea dos três critérios determinantes para a paternidade, a saber: biológico, socioafetivo e presuntivo, restando a multiparentalidade como solução mais justa para os casos de reconhecimento de filho já registrado.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Filiação. Presunção de paternidade. Reconhecimento de filho. Teoria tridimensional do direito de família.

1 INTRODUÇÃO

A família pertence à sociedade e o Estado regula essa última. Com isso, o conceito de família está acompanhado do conceito patrimonial que, ainda hoje, mesmo depois do Estado social estabelecido com a Constituição Federal de 1988 - a qual preleciona que todos são iguais, tendo em vista uma ordem que visa à liberdade equilibrada -, contém resquícios do liberalismo.

Metade do Código Civil que versa sobre direito de família apresenta texto normativo relativo ao patrimônio. No Estado liberal, a família possuía um viés econômico, considerando os direitos sucessórios do patrimônio. Observa-se a influência desse período nos deveres

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 7º período. Estagiária da Advocacia Geral da União (PU/RN). Editora-geral da Revista Pesquisas Jurídicas. Integrante da Base de Pesquisa Direito, Estado e Sociedade. Bolsista do Projeto de Pesquisa Sistemas Alternativos de Resolução de Conflitos. Integrante do Projeto de Pesquisa Práticas Abusivas e Defesa do Consumidor. Membro da Simulação de Organizações Internacionais (SOI).

impostos pelo Estado quando do matrimônio, determinando exatamente como a pessoa deve agir na família e como sair dela.

Por outro lado, o Estado social trouxe a proteção estatal para o âmbito familiar, principalmente dos hipossuficientes na família, haja vista o art. 226 da Constituição Federal de 1988 determinar que “a família terá a proteção do Estado”. Além disso, tal dispositivo traz a concepção de família plural que é uma cláusula aberta, de inclusão.

Tendo em vista a instrumentalização da família, que outrora fora instituição, para fins de proteção, o Estado trouxe a sua repersonalização. Nesse sentido, a afetividade apresenta-se como valor jurídico, visto que, hoje, a família não visa a patrimonialidade, mas, sim, a felicidade e a solidariedade. Daí decorre a ampliação do conceito de família, que resulta nas famílias plurais.

Desse modo, há diversas formas de constituição da ligação de um ser humano a outro a partir do reconhecimento da paternidade ou da sua maternidade. Em face disso, este estudo inicia-se abordando os três critérios harmônicos, porém, não cumulativos, adotados pelo Código Civil de 2002 para o reconhecimento da paternidade.

Em seguida, busca-se apresentar a influência da Lei Maior na interpretação sistemática do Código Civil, destacando os entendimentos doutrinários acerca do novo conceito de família e dos princípios que corroboram com a implantação da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Fixadas as bases sobre as quais estará fundado o estudo, este artigo se encaminhará para o cerne da discussão à qual se propõe, qual seja: o ser humano constitui-se dos seus laços afetivos, genéticos e biológicos, não fazendo jus à noção de justiça um destes critérios sobrepujar-se ao outro em se tratando das relações de filiação.

Por fim, realizar-se-á uma breve análise da decisão proferida na Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286-SP, à luz da teoria tridimensional do direito de família. Diante disso, o presente trabalho visa demonstrar, por meio de colações doutrinárias e jurisprudenciais, que o ordenamento jurídico fornece todos os requisitos para a adoção da multiparentalidade, desde a mudança de paradigma quanto à concepção de família ao tratamento prioritário no Estado Social e Democrático de Direito destinado às crianças e adolescentes, limitando-se, no entanto, aos efeitos jurídicos (e patrimoniais) decorrentes de tal medida.

2 RECONHECIMENTO DE FILHO JÁ REGISTRADO

No direito brasileiro, a prova da maternidade vem da expressão latina *mater is semper certus* (a mãe é sempre certa). Desse modo, a maternidade é presumida pela gestação¹. É válido salientar, no entanto, que tal presunção é relativa, tendo em vista os casos de “barrigas de alu-

¹ Enunciado 129 – *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014. p. 21.

guéis” e a troca de bebês na maternidade por engano do hospital, os quais permitem a proposição de ação negatória de maternidade quando provado “a falsidade do termo (do nascimento do filho), ou das declarações nele contidas” (art. 1608, Código Civil).

Por outro lado, no que tange o reconhecimento da paternidade, o Código Civil de 2002 adotou um tríptico critério determinante para a filiação: presunção legal (art. 1.595), biológica e socioafetiva (art. 1.593). Os três critérios são harmônicos e independentes, restando a cargo do juiz fixar no caso concreto a paternidade de acordo com o critério que se sobrepuser. Uma coisa, portanto, é certa: um critério exclui o outro.

Dessa forma, é eminente no ordenamento jurídico brasileiro os litígios nos casos de reconhecimento de paternidade de filho já registrado em nome de outrem, uma vez que tornou-se comum nas famílias plurais hodiernas o reconhecimento voluntário de filhos pelo caráter socioafetivo, seja nos casos de adoção à brasileira² (conduta ilegal), seja nas situações em que o padrasto almeja reconhecer o filho da sua esposa já registrado no nome do pai biológico (conduta atípica).

Nesse ínterim, há uma tese mais recente que traz a pluripaternidade ou multipaternidade, também chamada de teoria tridimensional do Direito de Família – assunto que será detalhadamente abordado mais adiante no trabalho –, que trata da possibilidade de fixação da paternidade ou maternidade utilizando mais de um critério, simultaneamente. Assim, uma pessoa pode ter até três pais: um biológico, um socioafetivo e um pai ontológico; tal como ocorre na vida real.

2.1 Critério presuntivo

O critério presuntivo, elucidado no art. 1.597, do Código Civil, está amparado na velha máxima latina *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant* (a maternidade é sempre certa, a paternidade é presunção que decorre da situação de casados).

Na letra fria do artigo supra, este critério é exclusivo do casamento, sendo, inclusive, inaplicável à união estável. Todavia, é razoável sustentar a presunção de paternidade na união estável devido ao seu caráter constitucional de entidade familiar³.

Dessarte, o Código Civil não apenas prestigiou a presunção de paternidade pelo casamento, mas a ampliou: ela incide tanto na concepção biológica (sexual) como na artificial (fertilização medicamente assistida⁴); isso em meio à possibilidade de prova em contrário – vide o exame de DNA que traz certeza absoluta quanto à paternidade –, que incentivou a perda da força da presunção *pater is est* (de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamen-

2 “Reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra o menor como seu filho, sem as cautelas judiciais impostas pelo estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses da criança”. STJ. REsp. 833.712-RS. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 16.05.2007. DJU 04.06.2007.

3 STJ. REsp 1.194.059/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Massami Uyeda. j. 06.11.2012. DJE 14.11.2012.

4 Se subdivide em fertilização in vitro e inseminação artificial. Na primeira o embrião é concebido no laboratório e, na segunda, o médico trabalha apenas com o sêmen. Ambas podem ser, porém, homólogas (material genético do casal) ou heterólogas (material genético de terceiro).

to) de outrora (TARTUCE, 2014).

Entretanto, o estado de certeza decorrente de mera presunção da paternidade leva ao estabelecimento de prazos para aquém e para além da constância do casamento. A presunção (sempre relativa) na fertilização sexual tem início 180 dias após o matrimônio e término 300 dias depois da sua dissolução (DIAS, 2013).

Também os filhos frutos de fertilização homóloga, mesmo que falecido o marido, ou mesmo que se trate de embrião excedentário, ou seja, os remanescentes que ficam guardados pelo prazo de 03 anos, conforme estabelece o art. 5º, da Lei nº 11.105/05; e de fertilização heteróloga, com prévia autorização do marido (funciona como reconhecimento prévio de filho e de forma absoluta⁵), gozam da condição de filho por ficção legal.

Merece destaque a hipótese que versa sobre fertilização de marido falecido. A grande discussão gira em torno do direito hereditário dos filhos nascidos nessas circunstâncias, pois o art. 1.798, do Código Civil, possui uma redação genérica ao afirmar que terão legitimidade sucessória as pessoas nascidas e concebidas.

Segundo Flávio Tartuce (2014), o referido artigo diz respeito apenas à concepção uterina, de modo que o embrião de laboratório seria filho, mas não seria herdeiro. Obviamente, tal posição não poderia prosperar, haja vista o princípio constitucional de igualdade entre os filhos, disposto no art. 226, § 6º, da Lei Maior, sendo majoritariamente reconhecido que o embrião laboratorial (resultado da fertilização *in vitro*) será herdeiro.

2.2 Critério biológico

Se a paternidade não for definida pelo critério presuntivo (os pais não forem casados, por exemplo), o juiz utilizará o critério biológico, ou o socioafetivo. O critério biológico é a determinação da filiação a partir do exame de DNA.

Distingue-se, assim, do parentesco “civil”, em que não se verifica tal transmissão. O filho biológico tem com o pai um vínculo de parentesco natural, ao passo que o adotivo e o gerado por fecundação assistida heteróloga (feita com espermatozoide fornecido por outro homem) vincula-se ao pai por parentesco civil, no entanto, na prática não há distinção alguma, uma vez que a Constituição Federal de 1988 preleciona a igualdade entre os filhos (COELHO, 2012, p. 26).

Em razão dos arts. 231 e 232, do Código Civil, o exame de DNA não é obrigatório, contudo, nos termos do art. 2º-A, da Lei nº 8.560/92 que consubstanciou a súmula 301 do STJ⁶, a sua recusa faz presumir relativamente a paternidade. Salienta-se que a recusa e a consequente presunção de paternidade não serão sanadas pelo arrependimento posterior, já que constituiria

5 Trata-se do único caso de presunção absoluta de paternidade. O enunciado 111 da I Jornada de Direito Civil consagra que o filho nascido por força de fertilização heteróloga não pode ajuizar ação de investigação de origem genética. Por fim, a doutrina vem admitindo a possibilidade de fertilização heteróloga para casais homoafetivos. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014. p. 16.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 301*. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

uma *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório). Essa presunção, porém, não pode ser aplicada em outras ações que não seja a ação investigatória de paternidade.

No Brasil, segundo previsão legal do art. 3º, da Lei nº 1.060/50, o exame de DNA é gratuito para as pessoas beneficiárias da gratuidade judiciária. Todavia, em alguns estados da federação há uma obstacularização quanto à ausência do pagamento, muito embora esta obrigação esteja compelida por lei. Nesses casos, o STJ entende que o juiz decidirá através de prova testemunhal, já que não houve recusa por parte do réu e não houve a realização do exame:

Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples ‘ficar’, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual⁷.

A determinação da realização do exame de DNA e a conversão do julgamento em diligência, quando não foi realizado anteriormente, devem ser *ex officio*.

2.3 Critério socioafetivo

A posse do estado de filho, representada nas situações de adoção à brasileira, filho de criação, registro por erro, vem expressa no art. 1.593, do Código Civil, e se refere à filiação estabelecida pela convivência, ocorrendo quando as partes assumem, na prática, o papel de pai e filho. O STJ admite a posse do estado de filho como concretização da filiação socioafetiva:

O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil⁸.

Com esse fato, houve um desatrelamento entre os conceitos de pai e genitor, de modo que podem ser pessoas distintas. Nesse sentido, é possível prospectar uma ação de investigação de paternidade socioafetiva em que não é preciso sequer que o afeto esteja presente no momento da ação, bastando que ele tenha sido a causa determinante da relação, como no caso de adoção à brasileira, na qual, no momento do divórcio, o pai negue a paternidade do filho.

Os efeitos jurídicos familiares e sucessórios (patrimoniais e pessoais) são fixados, automaticamente, quando caracterizada a filiação socioafetiva. Se houve paternidade socioafetiva, o pai deve pagar alimentos, conforme determina o Enunciado 341 da IV Jornada de Direito Civil: “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação

7 STJ . REsp 557.365-RO. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 07.04.2005. DJU 03.10.2005.

8 STJ. REsp. 878.941-DF. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi.. j. 21.08.2007. DJU 17.9.2007.

alimentar”⁹.

Ademais, quando estabelecida filiação pelo critério socioafetivo, o filho tem direito de saber a sua origem biológica. A jurisprudência¹⁰ já vinha admitindo essa possibilidade e o art. 48, do ECA, sacramentou. Ela se dá por meio da ação de investigação de origem genética/ancestralidade que está fundada na personalidade e não na relação de família, sendo, portanto, personalíssima, e só podendo ser proposta pelo filho quando este estiver em plena capacidade.

Em suma, a ação investigatória de ascendência genética é a pretensão de obter a afirmação da origem genética, sem qualquer efeito sucessório ou familiar (sempre estará fundada no elo biológico). Inclusive, se o réu se recusar ao exame de DNA, a consequência será a extinção do processo sem resolução de mérito por perda superveniente do interesse de agir. Se ele realizar o exame e der positivo, será decretada a procedência do pedido para declarar que ele é genitor, e não pai.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A MULTIPARENTALIDADE

Historicamente, o reconhecimento dos filhos, assunto disposto nos arts. 1.607 a 1.617, do Código Civil é visto sob a máxima de que os filhos havidos fora do seio familiar tradicional, isto é, do casamento, não têm os mesmos direitos dos legítimos.

Isto se deve ao fato das legislações civis brasileiras terem sido influenciadas pelo direito da França. A partir do primeiro Código Civil francês, a dimensão do chefe de família se expandiu em detrimento dos direitos inerentes a pessoa do filho, uma vez que a investigação de paternidade era proibida, tanto que o seu precursor, Napoleão Bonaparte, proferiu a frase célebre: “a sociedade não tem interesse em que os bastardos sejam reconhecidos”¹¹.

Com essa frase é possível detectar um histórico de discriminação e certa relação entre filiação e casamento, de modo que a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, denominada de família legítima por um longo período, trazendo para o conceito de filiação uma concepção à luz do casamento (DIAS, 2013).

Depois disso, passou-se a ter uma visão biológica da filiação: constituía-se o vínculo entre uma pessoa e aquelas que lhe deram origem. Todavia, esta visão não pôde se manter por muito tempo, visto que ela passou a sofrer influências da Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu a igualdade entre os filhos, da biotecnologia e das novas formas de arranjos familiares.

Nesse sentido, hodiernamente, o conceito de parentesco e de filiação está situado muito mais no campo da cultura do que na biologia (LÉVI-STRAUSS, 1982), o que possibilitou, inclusive, a adoção homoafetiva sob o argumento de que:

9 *IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 12.

10 STJ. REsp 833.712-RS. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 17.05.2007. DJU 04.06.2007.

11 SILVA, André Ribeiro Molhano; *et al.* *Evolução histórica da paternidade no mundo*. Disponível em: < <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29385/evolucao-historica-da-paternidade-no-mundo>>. Acesso em: 30 out. 2014.

Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal¹²

A origem da filiação pode ser, portanto, socioafetiva, caracterizando-se no vínculo de parentesco no primeiro grau, na linha reta, determinado pela paternidade e/ou maternidade, ou seja, no vínculo entre uma pessoa e aqueles que o geraram ou que o acolheram, com base no afeto e na solidariedade.

Desta feita, o Código Civil de 2002, surgido após a Constituição Federal de 1988, trouxe consigo:

A convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a cor-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade família. (MÁRIO, citado por GONÇALVES, 2012, p. 30).

Com efeito, o conceito de família vem sofrendo mutações na medida em que este instituto vai se modelando a partir das diferentes necessidades sociais. Tais mudanças fizeram com que o seu conceito fosse visto mais como um fenômeno cultural e não biológico (LÉVI-STRAUSS, 1986).

Em se tratando dos tempos atuais, “a mais significativa mudança por que passou a família neste século foi a valorização do elemento afetivo nas relações familiares” (CANOTILHO, 2013, p. 12.199). Dessa maneira, ocorreu uma mudança de paradigma em que a família passou a ter uma visão instrumental, visando a proteção das pessoas e não o seu núcleo, valorizando, pois, a vontade do ser humano (ampliação da importância da autonomia privada) em prol da mitigação da intervenção estatal na família.

Em outras palavras, a família agora é instrumental, porque ela não almeja um fim em si mesma, ou seja, ela existe para proteger as pessoas que a compõem, fugindo da concepção tradicional cujo fim remetia ao casamento, sexo e patrimônio. Daí os dizeres de Paulo Lôbo (2011, p. 37):

A família é sempre socioafetiva, em razão de ser um grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transferência de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos.

12 STJ, REsp 889.852-RS. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 27.04.2010. DJE 10.08.2010.

Busca-se, então, a felicidade e a realização pessoal de cada um dos componentes familiares que estão ligados por vínculos afetivos e por sua própria manifestação de vontade, impulsionando uma verdadeira (re)personalização do direito de família, isto é, a volta da proteção da pessoa, de modo que os princípios gerais do Código Civil de 2002 colaboram com essa proteção.

Assim sendo, a família, hoje, enquanto base de uma sociedade que se propõe a constituir um Estado Democrático de Direito calcado no princípio da dignidade da pessoa humana, tem a função de permitir, em uma visão filosófica-eudemonista, a cada um dos seus membros, a realização dos seus projetos pessoais de vida (GACLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.57).

É no momento em que se reconhece a família em nível constitucional que a sua função social remonta-se à realização existencial do indivíduo (GACLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.57-58).

Nesse contexto, surge o direito de família mínimo que nada mais é a intervenção mínima do Estado na família. Dessa forma, o Estado só intervém na relação familiar para garantir direitos fundamentais, tais quais: dignidade da pessoa humana, afetividade e solidariedade. É o que dispõe Canotilho (2013, p. 12.199):

Assim, se a família, através da adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida como instrumental, não há como se recusar a tutela a tantas outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstas expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificadas com a mesma *ratio*, com os mesmos fundamentos e com a mesma função.

3.1 A teoria tridimensional do direito de família na filiação

A teoria tridimensional do direito de família se utiliza dos princípios constitucionais, sobretudo da dignidade da pessoa humana, igualdade jurídica de todos os filhos, afetividade, solidariedade, pluralismo das entidades familiares e da convivência familiar, para embasar a impossibilidade de um vínculo afetivo, sociológico ou biológico excluir o outro, encabeçando a ideia de que juntos operem efeitos.

Todos esses princípios se revelam na tridimensionalidade dos laços genéticos, afetivos e ontológico relatados por Welter (2009, p. 47), o qual destaca que, apesar do ser humano estar unido por eles, constituindo seu único mundo, a família, base da sociedade, sempre foi “(des)cuidada” tão somente pelo prisma da normatização do mundo biológico.

Deveras, a normatização do direito de família recolhe apenas uma amostra do conceito de família, qual seja, o biológico, visto que decorre desse preceito a fixação do parentesco, do direito de herança, da filiação, o poder de família, da guarda, das visitas, enfim, de todos os direitos do ser humano, e não somente os de família (JULIANI, 2013, p. 30).

No que tange à afetividade, Welter (2012, p. 130) ressalta que:

O ser humano deve derrubar esse teto preconceituoso que o encobre (de que na família há apenas afeto), para que possa obter uma paisagem e uma passagem à compreensão do ser humano como humano, que, às vezes, está afetivo, mas, outras vezes, desafetivo.

Isso resulta na importância da análise da tutela efetiva que se busca no ordenamento jurídico hodierno, isto é, uma tutela adequada, tempestiva e eficaz, tendo em vista que é o direito que deve se adequar à realidade, e não o contrário, como ocorria no Estado Liberal. Com isso, há necessidade da produção do direito voltada à realidade da vida, buscando o sentido do texto do direito de família no exame das circunstâncias concretas da questão jurídica (WELTER, 2012, p. 131).

Considerando a instrumentalização do conceito de família e a sua função social voltada à possibilidade de desenvolvimento da personalidade do indivíduo neste ceio, de modo que cada membro familiar desempenha sua função – como explicitado no tópico anterior –, resta nítido que considerar apenas o pai consanguíneo como o único pai de uma criança, quando há outro socioafetivo, que na prática já exerce esta função, é ir de encontro ao princípio do pluralismo das entidades familiares (JULIANI, 2013).

Mais que isso, “é furtar o direito de vivenciar a relação afetiva e duradoura exercida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, ou seja, é violar o princípio da convivência familiar, também consagrado pela Carta Magna” (JULIANI, 2013, p. 43).

Diante disso, reconhecer a multiparentalidade é retificar os preceitos constitucionais, bem como conferir a tutela jurídica para um fenômeno já existente em nossa sociedade, que é fruto, precipuamente, da liberdade de (des)constituição familiar e da consequente formação de famílias reconstituídas¹³.

4 ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NA APL Nº 0006422-26.2011.8.26.0286-SP À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

A teoria tridimensional do direito de família acaba por sugerir não apenas a pluripaternidade, mas também a plurihereditariedade, vislumbrando-se a patrimonialização da relação filiatória.

“É que os Tribunais pátrios ainda veem com certa estranheza a possibilidade de um indivíduo ter mais de um pai/mãe, sobretudo a de manifestação de todos os efeitos dessas parentalidades” (JULIANI, 2013, p. 51) Daí os resquícios da visão patrimonialista presentes no Código Civil atual ser um óbice a este entendimento e talvez o principal motivo para a jurisprudência relutar em adotar tal medida.

Todavia, pequenos passos já foram dados, a começar pelo precedente do TJ/SP que

13 RODRIGUES, Renata de Lima. *Multiparentalidade e a nova decisão do STF sobre a prevalência da verdade socioafetiva sobre a verdade biológica na filiação*. Disponível em: <<http://www.ibijus.com/blog/12-multiparentalidade-e-a-nova-decisao-do-stf-sobre-a-prevalencia-da-verdade-socioafetiva-sobre-a-verdade-biologica-na-filiacao>> . Acesso em: 30 out. 2014.

permitiu que a filha tivesse o nome da mãe que morreu no parto e o da sua madrasta, possuindo, portanto, duas mães, conforme decisão proferida na Apelação Cível nº 64222620118260286-SP, ementada da seguinte forma:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações 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.¹⁴

No caso em apreço, a mãe biológica foi vítima de um acidente vascular cerebral, vindo a falecer três dias após o parto. Posteriormente, o pai biológico conheceu a autora desta ação declaratória de maternidade socioafetiva, que passou a cuidar da criança como se filho dela fosse. Em meio às circunstâncias, o Relator Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, suscitou que não haveria qualquer tipo de reprovação social em se declarar legalmente a maternidade socioafetiva concomitantemente com a biológica¹⁵.

Ademais, por entender que o artigo 1593 do Código Civil estipula que a filiação não decorre unicamente do parentesco consanguíneo, que “a formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF), e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF).”; além de considerar a equiparação da multiparentalidade à dupla adoção, tendo em vista a decisão em que o próprio STJ reconheceu a adoção por duas mulheres, diante da existência de “fortes vínculos afetivos”, o relator da Apelação deu provimento ao recurso e declarou reconhecida a maternidade socioafetiva da recorrente¹⁶.

A partir do caso em comento, vislumbra-se a consagração dos princípios da dignidade humana e da afetividade, afastando-se a preocupação inicial com a proteção ao patrimônio, voltando-se à proteção das pessoas e, por consequência, passando a prevalecer, no âmbito jurídico, o trinômio amor, afeto e atenção¹⁷.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

14 TJ-SP. APL: 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286. Primeira Câmara de Direito Privado. Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. j. 14.08.2012. DO. 14.08.2012.

15 PIOLI, Roberta Raphaelli. *Multiparentalidade: é possível ter dois pais ou duas mães no registro civil*. Disponível em: <<http://dp-am.jusbrasil.com.br/noticias/100300099/multiparentalidade>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

16 Atualidades do direito. *TJSP reconhece dupla maternidade*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2012/08/17/tjsp-reconhece-dupla-maternidade/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

17 ZAMATARO, Yves. *O reconhecimento da multiparentalidade no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI185307,210480+reconhecimento+da+multiparentalidade+no+Direito+brasileiro>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

Distante de esgotar a questão, este trabalho buscou analisar a possibilidade de reconhecimento de mais de um pai ou mãe no registro civil, com a produção de todos os seus efeitos jurídicos, à luz da recente constitucionalização do direito civil, por meio do fenômeno denominado de instrumentalização da família, no qual importa cada membro cumprir o seu papel no âmbito familiar.

Por essa ótica, chega-se à conclusão de que a multiparentalidade configura-se como um instrumento encontrado pelo Estado-Juiz capaz de tutelar todos os laços inerentes ao mundo do ser humano, a saber: socioafetivo, biológico e ontológico. Apresentando-se, pois, a teoria da tridimensionalidade do direito de família como uma solução justa sob a égide dos preceitos constitucionais.

Tanto é assim que as decisões dos tribunais, aos poucos, vêm se posicionando no sentido de reconhecer a multiparentalidade. Ser contrário a isto seria admitir que os efeitos jurídicos e patrimoniais de tal medida prevalecem sob a proteção do interesse do menor. E pior, seria menosprezar as situações corriqueiras, deixando-as desamparadas da tutela jurídica.

Desta feita, resta clarividente que a aplicação da teoria da tridimensionalidade do direito de família no âmbito da filiação, por meio do reconhecimento da multiparentalidade e da coexistência da paternidade socioafetiva com a paternidade biológica representa um avanço significativo no Direito de Família e alcança o senso de justiça almejado pelo Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes; *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil: família e sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 6.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GACLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 6.

JULIANI, Maihara Gimena. **A teoria tridimensional da paternidade aplicada ao reconhecimento de filho: uma leitura a partir dos princípios constitucionais da igualdade**

e da afetividade. Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, fev., 2013. Disponível em: < https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104296/TCC_Maihara_Gimena_Juliani.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 out. 2014.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. de Mariano Ferreiro. Petrópolis: Vozes, 1982. Disponível em: < <http://classicos12011.files.wordpress.com/2011/03/lc3a9vi-strauss-claude-as-estruturas-elementares-do-parentesco.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O olhar distanciado**. Trad. de Carmen de Carvalho. Lisboa: Edições 70, 1986. Disponível em: < <https://classicos12011.files.wordpress.com/2011/03/a-familia.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

LÔBO, Paulo. Despatrimonialização do direito de família. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**, São Luiz, v. 5, n. 2, p. 29-40, jul.-dez., 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. vol. 5.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Editora e Livraria do Advogado, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do direito de família. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 71, p. 127-148, jan.-abr., 2012. Disponível em: < http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1342124687.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.

MULTIPARENTALIDADE IN ALREADY REGISTERED SON OF RECOGNITION OF CASES: A SOLUTION IN THE LIGHT OF CIVIL RIGHTS CONSTITUTIONALISATION

ABSTRACT: It analyses the constitutionalization of civil law that provided a change of family concept of the paradigm, to the principles of affection and equality. Seeks to show that the instrumental character of family entities corroborates the harmonic and simultaneous coexistence of the three decisive criteria for parenthood, namely, biological, socio-emotional and presumptive, leaving the multiparentalidade as fairest solution for cases of child recognition already registered.

Keywords: Multiparentalidade. Affiliation. Presumption of paternity. Son of recognition. Three-dimensional theory of family law.