

Guilherme Vieira Negrão

Diálogos da filiação na pós-modernidade: reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e o apadrinhamento afetivo e o financeiro

Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Rui Geraldo Camargo Viana

Faculdade de Direito Largo São Francisco

São Paulo – SP

2020

Guilherme Vieira Negrão

Diálogos da filiação na pós-modernidade: reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e o apadrinhamento afetivo e o financeiro

Dissertação apresentada para conclusão do programa de nível de Mestrado em Direito Civil, versão corrigida. Orientador: Prof. Dr. Rui Geraldo Camargo Viana.

Faculdade de Direito Largo São Francisco

São Paulo – SP

2020

Ao meu avô, Theotônio Negrão, por seus muitos anos dedicados à atualização do Código Civil

Aos meus professores da Faculdade de Direito Largo São Francisco,
por suas aulas memoráveis.

Ao meu orientador, Rui Geraldo Camargo Viana,
pela oportunidade de demonstrar o valor dos meus estudos.

Veja o falso como falso, o verdadeiro como verdadeiro. Olhe para o seu coração.

Siga a sua natureza.

Buda

RESUMO

O quadro social da família nos faz repensar a elaboração do Código Civil brasileiro de 2002 para adequá-lo às necessidades da realidade contemporânea. O paradigma do modelo da filiação socioafetiva, recepcionado na jurisprudência brasileira segundo a concepção civil-constitucional do Direito das Famílias, vem por ampliar os comandos de reconhecimento da filiação resultando em um movimento descendente do código, na imposição de resoluções, suportes normativos e leis especiais que asseguram a ordem de valores extraídos dos princípios constitucionais. Em diálogos da complementaridade dos princípios por meio da precisão das regras, os critérios da posse-de-estado de filiação socioafetiva foram colocados em regras concretas e objetivas por sistemas como o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, na concepção da relação de parentesco, e no apadrinhamento afetivo e o financeiro, em que não temos os efeitos da parentalidade socioafetiva. Partindo de uma análise histórico-legislativa, vamos aos pontos de incompletude do Código Civil de 2002 quanto à verdade socioafetiva, à posse-de-estado de filiação, aos plenos direitos da família homoafetiva à filiação e ao direito à pluriparentalidade, para, então, chegarmos aos aspectos principiológicos que devem se conciliar à luz da função social da família. Seguimos, em segundo momento, à sistematização do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, trazendo segurança jurídica aos novos critérios de estado de filiação. No método comparativo dos meios de reconhecimento da filiação, os estudos do tema visam promover diálogos entre os sistemas descodificados, estabelecendo a convivência restauradora e harmônica dos efeitos jurídicos dos novos paradigmas parentais.

Palavras-chave: função-social da família; filiação socioafetiva; apadrinhamento afetivo; coordenação de normas.

ABSTRACT

The family's social framework leads us to rethink the writing of the Brazilian Civil Code of 2002, adapting it to the needs of the contemporary reality. The paradigm of the socio-affective affiliation model, received in Brazilian jurisprudence according to the civil-constitutional conception of Family Law, has broadened the recognition commands of affiliation resulting in a downward movement of the code, causing the implosion of resolutions, normative supports and special laws, which comes to ensure the order of values drawn from constitutional principles. Criteria of a state of socio-affective affiliation were placed in concrete and objective rules, ensuring the necessary accuracy to the complementarity of principles such as responsible parenting and the best interests of the child, as it occurs in the extrajudicial recognition of socio-affective affiliation, giving rise to the socio-affective family structure, or in the affective and financial sponsorship, where there is no socio-affective family structure. Starting from a historical-legislative analysis, we move to the incompleteness of the rules in the Civil Code regarding socio-affective truth, full family rights to affiliation, and the right to pluriparenting, then proceeding to studying the principles that must be reconciled so that the family fulfills its social function. After we are finished with the critical points of the changes of paradigms of jurisprudence, we go on about the legal presumptions for the systematization of the extrajudicial recognition of the socio-affective affiliation. In the comparative method of other forms of affiliation recognition, the studies on the theme aim to foster dialogues between the decoded systems, establishing the restorative and harmonious coexistence of the legal effects of the new parental paradigms.

Keywords: family social function; socio-affective affiliation; affective sponsorship; coordination of standards.

SUMÁRIO

Introdução..... 11

CAPÍTULO 1 – DIÁLOGOS DA FILIAÇÃO NA PÓS-MODERNIDADE

1.1) Breves aspectos históricos-evolutivos da codificação e recodificação do direito à filiação no Código Civil brasileiro de 2002

1.1.1) Do reconhecimento da filiação no Direito Romano e as heranças de seus institutos ao ordenamento brasileiro..... 16

1.1.2) Da matrimonialização da filiação na codificação do Código Civil brasileiro de 1916..... 26

1.1.3) Da biologização da filiação na descodificação do Código Civil brasileiro de 1916 pós-constitucionalização de 1988 36

1.1.4) Da desbiologização da filiação pós-recodificação do Código Civil brasileiro de 2002..... 47

1.1.4.1) Da verdade socioafetiva na recodificação do art.1.593 do Código Civil de 2002..... 52

1.1.4.2) Da construção jurisprudencial e doutrinária brasileira da posse-de-estado de filiação socioafetiva..... 55

1.1.4.3) Dos plenos direitos da família homoafetiva à filiação..... 64

1.1.4.4) Do direito à pluriparentalidade da filiação - RE 898.060 SC.....73

1.1.4.5) Do direito ao projeto familiar à coparentalidade na pluriparentalidade.. 79

1.2) Do princípio da função social na concepção civil-constitucional das relações de parentesco: insegurança jurídica pela ausência de regras..... 84

1.2.1) Das interfaces da autonomia existencial da personalidade no direito à família..... 102

1.2.2) Dos princípios da parentalidade responsável, do melhor interesse da criança e a interdisciplinaridade à psicanálise..... 113

1.2.2.1) Da Teoria do Humanismo Realista..... 126

CAPÍTULO 2 – DO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

2.1) Do conceito e o suporte normativo ao reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva – Prov. n.63/2017 e Prov. n.83/2019 do CNJ..... 135

2.1.2) Da competência do Conselho Nacional de Justiça na regulamentação do suporte normativo à extrajudicialização do reconhecimento da filiação socioafetiva..... 141

2.1.2.1) Qualificação registral do Oficial no foco de elementos concretos e objetivos.....	149
2.2) Dos pressupostos normativos ao reconhecimento da posse-de-estado da filiação socioafetiva na via extrajudicial	
2.2.1) Da competência territorial em âmbito nacional dos cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais.....	153
2.2.2) Dos critérios etários do declarante da filiação socioafetiva.....	154
2.2.3) Da anuência dos pais ao ato de reconhecimento, do consenso do reconhecido com 12 anos ou mais e da manifestação obrigatória do Ministério Público.....	155
2.2.4) Das formas de declaração da posse-de-estado da filiação socioafetiva: do escrito particular em balcão do cartório, do documento público e do testamento (reconhecimento póstumo).....	160
2.2.5) Da inexistência de suspeita quanto à fraude, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida quanto à posse-de-estado de filiação.....	162
2.2.6) Da inexistência de processo judicial de reconhecimento de filiação ou de adoção.....	163
2.2.7) Da irrevogabilidade no reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva.....	164
2.2.8) Do reconhecimento unilateral do vínculo socioafetivo: pluriparentalidade, biparentalidade e monoparentalidade.....	166
2.2.8.1) Do poder familiar e sua relação com a pluriparentalidade: da condição de eficácia do poder familiar quanto ao registro de nascimento - art.1.633 do CC/2002.....	168
2.3) Distinções de outros meios de estabelecimento de filiação no ordenamento	
2.3.1) Do reconhecimento voluntário da filiação biológica: Prov. n.16/2012 do CNJ.....	175
2.3.2) Do registro tardio de nascimento: Prov. n.28/2013 do CNJ.....	178
2.3.3) Do termo de consentimento na reprodução assistida heteróloga: Prov. n.63/2017 do CNJ.....	180
2.3.4) Do reconhecimento involuntário da filiação biológica e ou socioafetiva.....	183
2.3.5) Da adoção unilateral.....	185
2.3.6) Da adoção <i>intuitu personae</i> : Lei n.12.010/09.....	186

CAPÍTULO 3 – DO APADRINHAMENTO AFETIVO E O APADRINHAMENTO FINANCEIRO

3.1) Do conceito e o suporte normativo do apadrinhamento afetivo e o apadrinhamento financeiro: Prov. n.36/2014 do TJSP e Lei n.13.509/17.....	189
3.2) Distinções da medida protetiva de acolhimento institucional de apadrinhamento quanto à medida de colocação em família substituta por meio da guarda.....	195
3.3) Da conversão da medida protetiva de apadrinhamento da criança ou adolescente em programa de acolhimento institucional para colocação em família substitua por meio da adoção <i>intuitu personae</i>	197

CAPÍTULO 4 – DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES NO SISTEMA DESCODIFICADO DE RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

4.1) Da coerência, da complementaridade e da adaptação sistêmica das microssistematizações.....	200
4.2) Quadro sinótico comparativo do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva com o apadrinhamento afetivo e o financeiro.....	206

CAPÍTULO 5 – DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO COMPARADO ESTRANGEIRO

5.1) Da hospitalidade da lei estrangeira e a ordem pública do direito nacional no direito à filiação.....	208
5.2) Breves notícias do direito estrangeiro quanto às alterações legislativas no direito à família.....	219

CAPÍTULO 6 – PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

6.1) Proposta n.1: recodificação parcial do art. 1.593 do CC/2002 à posse-de-estado da filiação socioafetiva.....	225
6.2) Proposta n.2: recodificação parcial do art. 1.609 do CC/2002 à posse-de-estado da filiação socioafetiva.....	226

CONCLUSÕES FINAIS.....	227
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	230
-------------------	-----

Anexos

1) Provimento nº 009/2013 Pernambuco.....	250
1) Provimento nº 36/2014 do TJSP.....	253
2) Provimento nº63/2017 do CNJ.....	257

3) Pedido de Providências 0001711-40.2018.2.00.0000.....	265
4) Provimento nº 83/2019 do CNJ.....	282

INTRODUÇÃO

No direito à família e seus reflexos na filiação na pós-modernidade, temos o constante desafio jurídico de encontrarmos as margens do porto seguro da certeza das regras. Passados 30 anos da Constituição de 1988, ainda se fazem latentes atualmente a crise pela ausência de regras e a conseqüente implosão jurídica de normatizações esparsas no ordenamento, resultando no enfraquecimento do Código Civil pela saída do seu conteúdo normativo — a descodificação, processo cíclico que atinge o Código Civil de 2002. Da codificação do Código de 1916 à recodificação do Código Civil de 2002, o quadro jurisprudencial que emerge quanto à parentalidade socioafetiva requer que recuperemos o senso jurídico, em uma metodologia que aborda os aspectos pluralistas, democráticos e igualitários do direito à família — eis o valor do diálogo, senso jurídico que visa recepcionar e articular a ordem de valores extraídas dos princípios constitucionais na sistematização infraconstitucional descodificada.

A socialidade do Direito, em que encontramos o fato, o valor e a norma, não é apenas um dos grandes pilares do Código de Miguel Reale, mas, segundo ilustra a análise calcada no princípio da função social, uma forma de irradiação axiológica da dignidade da pessoa humana nos valores da ordem constitucional. Um paradigma científico pode ser compreendido como um conjunto sistemático de características cientificamente formuladas sobre certo objeto adotado como modelo para o estudo de determinado tema ou fenômeno. Em um método comparativo dos períodos históricos, buscamos ilustrar brevemente os aspectos evolutivos da jurisprudência, valendo-se dos pareceres que compartilhamos quanto à mudança de paradigmas no direito à filiação, até encontrarmos uma moldura da fotografia da filiação na família contemporânea como instituição social na pós-modernidade. Diante os novos paradigmas parentais, vamos aos estudos de microssistemas que estão assegurados pela ponte de mudanças culturais. Procurou-se, por meio de análise das inovações que sobrevieram o código, estudar dois opostos que passam a ser conteúdo de sistematizações que abarcam a parentalidade socioafetiva, pois, ao passo do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, que assegura a exteriorização social e de modo estável da aparência da família para fins de parentesco, no outro extremo, encontra-se o apadrinhamento afetivo e o financeiro, em que vedou-se os mesmos aspectos inclusivistas da parentalidade socioafetiva. A implementação das mudanças ocasionadas pela jurisprudência enseja maiores

mecanismos para assegurar o estado da filiação, essa precisão dos efeitos jurídicos no direito à filiação se torna possível por ser a microssistematização uma forma de estender regras concretas e objetivas quanto à posse-de-estado de filiação socioafetiva.

No Capítulo Primeiro, os diálogos da filiação na pós-modernidade são postos sob a análise cíclica do processo de codificação, descodificação e recodificação civil do código civil brasileiro, em que, tomando como marco teórico os estudos de Mario Luiz Delgado, trazemos enfoque pontual nos períodos que representaram a ruptura de valores na biologização e desbiologização das relações de parentesco. Os aspectos evolutivos desse movimento cíclico de codificação e recodificação civil é um método de análise que deixam claras as “heranças” de um período ao outro, na composição de normas que se erguem ainda com fundamentos de uma ordem anterior, ocasionando o engessamento de conceitos pelos resquícios de uma cultura superada. Como escopo do tema, a parentalidade socioafetiva e as regras que atuam como “porta de entrada” sistêmica aos novos paradigmas da jurisprudência são postos em questão no seu processo de elaboração do código. Procurou-se, brevemente, dar ênfase, desde a análise do Direito Romano ao direito contemporâneo, na importância do trabalho dos juízes na emancipação dos valores e na produção do Direito, assim como na necessidade de normas que incorporem a tábua axiológica acolhida na jurisprudência.

Procuramos demonstrar, por meio da jurisprudência, os passos que se fizeram presentes na verdade socioafetiva, em situações que foram cruciais para o reconhecimento dessa natureza de parentesco. A contrapartida entre a vulnerabilidade, cuidado e sustentabilidade quanto à família nos faz revisitar o sistema normativo em pontos que, pela incompletude do código, estão sendo objeto de normatizações sistematizadas fora do Código Civil de 2002. Ao tratar da posse-de-estado de filiação, trazemos as hipóteses que foram o eixo de mudanças na jurisprudência para esse novo paradigma parental, em especial as situações de adoção à brasileira, adoção póstuma e as relações de madrastio e padrastio. Também, voltando-se à filiação, destacamos como marco de ruptura de valores os plenos direitos da família homoafetiva e o direito à pluriparentalidade como temas que nos fazem rever os critérios do Código.

No Capítulo 1, optamos por trazer o aprofundamento da análise principiológica após discorrer sobre os aspectos históricos-legislativos do ordenamento, introduzindo esse ponto dos estudos sob a análise do princípio da função social da família como o valor à mediação das mudanças para uma família instrumental ao desenvolvimento da personalidade. Em subitem, temos as interfaces dos direitos da

personalidade, pois estes impulsionam a inserção social da família. E, em continuidade, trazemos a dialética com os princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança, pois esses também são componentes da dignidade da pessoa humana para análise emblemática das consequências jurídicas do vínculo de filiação, trazendo margens limítrofes à autonomia existencial. No contexto científico de análise epistemológica do conhecimento, a interdisciplinaridade vem a conciliar pontos fundamentais no processo de inovação legislativa, na superação do preconceito por meio da produção das leis e do consequente reconhecimento de valores humanitários da realidade social que se perfaz na tábua axiológica das normas, razão pela qual concluimos este capítulo com a Teoria do Direito que vem recentemente sendo difundida na doutrina brasileira, a Teoria do Humanismo da Realidade, a qual, voltando-se à legitimidade democrática, vem por acolher a análise interdisciplinar, o que se mostra condizente com o que vivenciamos na jurisprudência do direito à família.

No Capítulo 2, iniciamos os estudos do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva partindo de uma introdução conceitual e do suporte normativo segundo a microssistematização elaborada no âmbito do poder regulamentar do Conselho Nacional da Justiça. Em seus pressupostos, temos que as regras contidas nos respectivos provimentos normativos trazem a segurança jurídica em critérios que foram colocados ao longo dos aspectos histórico-evolutivos da jurisprudência, no que passamos aos seus detalhamentos quanto às margens estabelecidas para apurar a posse-de-estado de filiação na via extrajudicial. Os aspectos que fazem da sistematização um modelo próprio caracterizam o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva como um ramo distinto das demais modalidades de reconhecimento de estado de filiação socioafetiva, em que damos ênfase à análise dos efeitos da destituição do poder familiar e às margens à pluriparentalidade que são colocadas de acordo com os novos arranjos familiares, em especial quanto aos benefícios trazidos à relação madrastio e padrastio. Com o intuito de conter a meta de segurança jurídica, os esforços do Poder Judiciário se fazem presentes na regulamentação de procedimentos que implementam a finalidade precípua da paz social que as serventias de notas e registros públicos têm por essência em sua função pública, no atendimento ao cidadão em balcão do cartório. A extrajudicialização, como método de assegurar direitos e garantias fundamentais, assegura os interesses de direitos difusos e de minorias, sendo necessária sua implementação para emancipação social dos aspectos humanistas da realidade da

família socioafetiva — eis o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva como mecanismo célere e módico para se demonstrar a posse-de-estado de filiação.

No Capítulo 3 optamos por incluir os estudos do apadrinhamento afetivo e o financeiro, cuja base para construção conceitual está nos critérios diferenciadores que se fazem na funcionalização da família quanto à concepção das relações de parentesco e no diálogo com a função exercida dentro do núcleo familiar, assegurando o direito à convivência no desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. A função de criar, educar e assistir, que se faz presente na concepção constitucional do poder familiar, dialoga com a vedação do direito à parentalidade que ocorre na figura dos padrinhos e madrinhas, tema que passou a ser sistematizado ao longo de regras gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente, às quais atribuem a competência suplementar do Poder Judiciário para detalhamento das regras específicas. Por meio de regulamentação do Poder Judiciário, encontramos a sistematização dos efeitos da posse-de-estado de filiação, em diálogos com a adoção *intuitu personae*, na ausência de burla ao Cadastro Nacional de Adotantes.

No Capítulo 4, seguimos quanto à metodologia da teoria do diálogo das fontes aplicada ao Direito das Famílias, quanto à coordenação sistêmica das normas, assegurando direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, teoria que se alinha aos aspectos evolutivos da pós-modernidade. Nesse momento identificamos a complementaridade dos comandos de estabelecimento da filiação, o que pode ser alcançado pelo detalhamento de regras próprias quanto ao estado de filiação, em que se reiteram os estudos do valor das regras ao lado dos princípios. Nesse contexto, temos um sistema descodificado quanto aos efeitos da posse-de-estado de filiação socioafetiva que vem por dialogar com a concepção das relações de parentesco em regras precisas, como ocorre no reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e no apadrinhamento afetivo e financeiro, no que concluímos em quadro sinótico comparativo desses estudos.

No Capítulo 5, procuramos introduzir o tema dos estudos comparados com uma prévia reflexão quanto ao pluralismo das famílias no direito internacional privado e os mecanismos de coordenação no plano internacional, pois não apenas estamos atrás de uma comparação de outros ordenamentos estrangeiros, mas estamos a lidar com a hospitalidade das normas do direito nacional. Ao abordarmos o direito estrangeiro, procuramos sintetizar breves apontamentos de inovações legislativas com o intuito de compreender no texto da letra de lei estrangeira o modo de acolher os novos arranjos

familiares e seus reflexos na filiação. Nesse contexto, no Capítulo 6, apresentamos a elaboração do modelo de redação projetada à recodificação parcial do Código Civil de 2002. No que encerramos, em capítulo próprio, com as Conclusões Finais.

CAPÍTULO 1 – DIÁLOGOS DA FILIAÇÃO NA PÓS-MODERNIDADE

1.1) Breves aspectos histórico-evolutivos da codificação e recodificação do direito à filiação no Código Civil brasileiro de 2002

1.1.1) Do reconhecimento da filiação no Direito Romano e as “heranças” de seus institutos ao ordenamento brasileiro

Estudar o sistema de reconhecimento de filiação da época dos romanos é compreender o que herdamos nos dias de hoje para o reconhecimento da filiação no ordenamento brasileiro, pois seus institutos serviram de base às ordenações portuguesas, sendo retomados no processo de codificação civil do Direito brasileiro. Fenômeno cíclico que se repete também na modernidade, podemos identificar o ápice do fenômeno da codificação¹ das leis desde a época do Direito Romano, em que a crise do direito, a jurisprudência e a necessidade de se adequar aos valores sociais clamavam por um processo de condensação, compilação e codificação das normas.

Ao analisarmos a evolução do parentesco no período clássico para o pós-clássico do Direito romano, podemos nitidamente identificar que se vivenciou em sociedade a quebra de paradigmas, pois naquele momento histórico produziu-se muito e os estudos jurídicos eram constantes, resultando em uma cultura jurídica de que muito se aproveitou em ordenamentos de civilizações posteriores.

Temos nas origens do Direito brasileiro um legado do Direito Romano, desde o sistema de presunções de filiação até as categorizações de filhos que vieram a se fazer presentes nas expressões da lei e da jurisprudência brasileira. Para compreender as terminologias que herdamos do Direito Romano quanto às espécies de filiação, devemos associar ao estado de família em função da autoridade parental exercida pelo *patria potestas*. A individualização do estado da pessoa natural quanto às relações de parentesco era relacionada ao poder de um parente comum; na realidade, o *status familiae* espelhava a potestade do *pater familias*. Era por meio desse que se identificavam as origens da pessoa em sociedade e a autoridade parental que a estava submissa².

¹DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, Descodificação e Recodificação*. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 23. Segundo Mário Luiz Delgado: “Não se trata, como alguns equivocadamente podem pensar, de uma mera ‘discussion d’écôle’. A codificação constitui uma das expressões culminantes da cultura jurídica de um povo, instrumental relevante para a afirmação de valores de uma sociedade em épocas de crise.”

²Op. cit., p. 45

Por ser a sociedade romana uma sociedade de castas marcada pelo repúdio, preconceito e pelos interesses patrimoniais, identificamos nas suas relações de parentesco a constante contraposição entre o liame do *ius civile* (*agnatio*) e o liame natural de sangue (*cognatio*)³. Em busca de direitos civis às margens da proteção da lei na figura do *pater familias*, observa-se ao longo dos períodos do Direito romano um processo de emancipação social de valores, em que as formas de perfilhação foram se modificando em razão da conquista por direitos.

Vejamos que no ato de perfilhação na sociedade dos romanos não existiam os assentamentos públicos como conhecemos nos dias de hoje, em que se lavra um registro por escrito; àqueles apenas se identificava a clã por uma transmissão verbal. *O status familiae* se dava por uma declaração oral, atribuindo os direitos do *pater familias*. Nesse havia a autoridade que estava não apenas a educar, mas que exercia um papel semelhante ao magistrado, o qual poderia estabelecer direitos, reprimir e punir aqueles que estavam na sua esfera doméstica. A família era um estado relacionado àqueles que estavam sob a posse e a autoridade de determinada pessoa que detinha o *patria potestas*. O étimo da expressão *famul* utilizada para os escravos está também na raiz da palavra *familiae*⁴. Os agregados da posse, os *famulus*, eram uma parte do patrimônio⁵, de modo que a família se apresentava por todos aqueles que estavam sob o poder do *pater*, inclusive escravos e animais⁶.

A exemplo do que ocorria no momento do nascimento na sociedade romana, o poder exacerbado do *pater familias* romano nos retrata períodos da sociedade escravagista do direito brasileiro, em que se encontravam práticas do verdadeiro descaso com o bem da vida. Voltando-se ao estabelecimento da filiação naquela sociedade,

³CORREIA, Alexandre; SCASCIA, Gaetano. *Manual do direito romano*. Rio de Janeiro: Ed. Segreda. 1977, p. 95

⁴ESPINOLA, Eduardo. *A família do Direito Civil Brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Conquista, Brasil, 1.957.

⁵CORREIA, Alexandre; SCASCIA, Gaetano. *Manual do direito romano*. Rio de Janeiro: Ed. Segreda. 1977. p. 95. “A palavra família tem diversos significados. Objetivamente indica uma parte do patrimônio (família pecuniaque) e, portanto, em matéria de herança se identifica com o patrimônio.”

⁶VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso de Direito de Família*. Del Rey, 2000. p. 325. Quanto à família romana, expõe: “Na família romana havia até uma abrangência econômica, no sentido de a família compreender todos os agregados, que eram aqueles que descendiam de uma mesma estirpe, compreendia também aqueles que vinham e se ligavam à família por laços civis, os chamados cognados, e ainda abarcava toda a clientela, os escravos e os bens, já que no conceito de Direito Romano, a família se constituía de *persona et pecus*, ou seja, o gado também fazia parte dela, pois a família era o núcleo econômico.”

Francisco Quintanilha Vêras Neto relata que o ritual de levantamento que ocorria após o nascimento era marcado pela eugenia:

O nascimento de um romano não é apenas um fato biológico. O recém-nascido só vem ao mundo, ou melhor, só são recebidos na sociedade em virtude de uma decisão do chefe de família; a contracepção, o aborto, o enfeitamento das crianças de nascimento livre e o infanticídio do filho de uma escrava são, portanto, práticas perfeitamente usuais e perfeitamente legais. Só serão mal vistas, e, depois, ilegais, ao se difundir a nova moral que, para resumir, chamamos de estoica. Em Roma um cidadão não tem um filho: ele o ‘toma’, levanta (tollere); o pai exerce a prerrogativa, tão logo nasce a criança, de levá-la no chão, onde a parteira a depositou, para tomá-la nos braços e assim manifestar que a reconhece e se recusa a enfeitá-la. A mulher acaba de dar à luz (sentada, numa poltrona especial, longe de qualquer olhar masculino) ou morre durante o trabalho de parto, e o bebê foi extraído de seu útero incisado: isso não basta para decidir a vida de um rebento ao mundo⁷.

Naquele momento histórico da humanidade, práticas cruéis como o infanticídio e o abandono da criança eram toleradas por motivos desde a má formação do feto, até questões relacionadas à classe social, pois havia uma política de sucessão entre os ricos, para o dote da criança, visando a uma pequena prole para fins de concentração do patrimônio familiar:

A criança que o pai não levantar será exposta diante da casa ou num muro público; quem quiser que a escolha. Igualmente será enfeitada se o pai, estando ausente, o tiver ordenado à mulher grávida; os gregos e os romanos sabiam de uma particularidade dos egípcios, dos germanos e dos judeus, que consistia em criar todas as suas crianças e a não enfeitar nenhuma. Na Grécia era mais frequente enfeitar meninas que meninos; no ano 1 A.C., um heleno escreveu à esposa: ‘Se (bato na madeira!) tiveres um filho, deixa-o viver; se tiveres uma filha, enfeita-a’. Mas não é certo que os romanos tivessem a mesma parcialidade. Enfeitavam ou afogavam as crianças malformadas (nisso não havia raiva, e sim razão, diz Sêneca: ‘É preciso separar o que é bom do que não pode servir para nada’), ou ainda os filhos de

⁷VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org), *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 116. Apud: ARIES, Philippe; DUBY, Georges. (Dir.). *História da vida privada*. São Paulo: Cia das Letras, 1997, v.1, p. 23.

sua filha que ‘cometeu uma falta’. Entretanto, o abandono de filhos legítimos tinha como causa principal a miséria de uns e a política matrimonial de outros. Os pobres abandonavam as crianças que não podiam alimentar; outros ‘pobres’ (no sentido antigo do termo, que hoje traduziríamos por ‘classe média’) enjeitavam os filhos ‘para não vê-los corrompidos por uma educação medíocre que os torne inaptos à dignidade e à qualidade’. Escreve Plutarco; a classe média, os simples notáveis, preferia, por ambição familiar, concentrar esforços num pequeno número de rebentos. Contudo, mesmo os mais ricos podiam rejeitar um filho indesejado cujo nascimento pudesse perturbar disposições testamentárias já estabelecidas. Dizia uma regra de direito: ‘O nascimento de um filho (ou filha) rompe o testamento’ já selado anteriormente, a menos que o pai se conforme com deserdar de antemão o rebento que poderia vir a ter; talvez se preferisse nunca mais ouvir falar nele ou deserdá-lo⁸.

A *filius familias* abrangia todas as pessoas que se encontravam submetidas ao *pater potestas*. O *status familiae* era então a situação da pessoa no contexto da sociedade e dividia-se em: a) a pessoa *sui iuris*, aquela que não estava subordinada à relação de ascendentes masculinos, não existindo para ela a autoridade do *pater*; b) a pessoa *aliene iuris*, que era aquela submetida à autoridade familiar para prática de atos na sociedade romana⁹.

A *familia proprio iure* era a família sujeita ao *patria potestas*, apresentando uma formação patriarcal, potestativa do chefe da família. Em razão dessa havia a divisão da relação de parentesco de filiação em agnática e cognática. Quando parentes através do mesmo *pater*, essas pessoas eram chamadas de agnadas, com parentesco denominado *agnatio*. Esse era o parentesco *iure*, dado por direito. Já o parentesco *cognatio*, com origem sanguínea, quando desprovido do vínculo *agnatio*, não produzia efeitos no *ius civile*, de modo que não se formava vínculo com o *pater familiae*, pois o mero parentesco natural da filiação biológica não legitimava o *status familiae*, seus efeitos civis se davam unicamente com o lado materno¹⁰.

O período clássico do Direito romano, momento em que a civilização romana se expandia pelas conquistas do seu império (II a.C. a II d.C.), foi um período de grande crescimento jurídico em razão do aumento populacional e conflitos que

⁸Op. cit., p. 116-117.

⁹CORREIA, Alexandre; SCASCIA, Gaetano. *Manual do direito romano*. Rio de Janeiro: Ed. Segreda., 1977, p. 45.

¹⁰Op. cit., p.45.

surgiam¹¹. Entre um dos seus principais diplomas legais à época, as Instituições de Gaia, o parentesco que decorria do *pater familias* não se originava apenas por origem biológica, mas também por origem civil¹². Quanto a esse momento do Direito Romano, José Carlos Moreira Alves define três formas de ingresso na *familia proprio iure*: “a) procriação por *iustae nuptia*; b) adoção, em uma de suas formas: a *adoptio* ou a *adrogatio*; c) legitimação”.

Quanto às formas de adoção, à época do direito clássico romano, tinha-se as figuras da *adrogatio* e da *adoptio*. Essas eram formas de se gerar o vínculo agnático, sendo adquirida por processo que exigia uma declaração verbal pública perante o pretor. Isto ocorria por meio do *Capitis Diminutio Minima* em que se dava a perda do estado de um *pater familias* para outro *pater familias*. Na *adrogatio* era possível que uma família inteira passasse a pertencer a outro *pater familias*, inclusive com seu patrimônio. Já na *adoptio*, era o negócio jurídico pelo qual o *aliene iuris* era submetido ao novo *patria potestas* do adotante.

Havia discriminações entre os filhos adotados e os de origem consanguínea. Todavia, foi-se aos poucos conquistando a igualdade de tratamento em razão das decisões submetidas aos pretores no campo dos direitos sucessórios. Voltando-se às lições de José Carlos Moreira Alves, quanto à aquisição de direitos dessa origem de filiação, vejamos como foi fundamental o trabalho dos pretores para ordem dos direitos sucessórios:

No direito clássico, a adoção só produz efeitos com referência ao *alieni iuris*, que passa, como adotado, para a nova família; se ele, porém, tiver filhos ou netos (ainda que apenas concebidos), esses continuarão na família de que saiu o adotado. Portanto, com a adoção, o adotado rompe os laços, que o prendiam à família de origem, perdendo, assim, seus direitos sucessórios nela. Em compensação, ele, ao ingressar na família do adotante, embora em geral não traga patrimônio (o *alieni iuris*, por via de regra, não possui bens), adquire os direitos sucessórios que os descendentes agnáticos do novo *pater familias*. É certo, no entanto, que, se o adotante privá-lo dos direitos sucessórios (por emancipá-lo, ou por deserdá-lo), o adotado ficará sem eles quer

¹¹MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *O Direito Romano e seu ressurgimento na Idade Média*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.), *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 191.

¹²CORREIA, Alexandre; SCASCIA, Gaetano. *Manual do direito romano*. Rio de Janeiro: Ed. Segreda. 1977, p. 95. Em suas classificações: “Vem a fazer parte da família *aut natura aut iure*: a) *Natura*: fazem parte da família pelo nascimento os filhos e os descendentes em linha reta até o infinito, gerados pelas núpcias legítimas pelo *pater familias* ou pelos seus descendentes masculinos; b) *Iure*: os atos jurídicos pelos quais se vem a fazer parte da família são o *adoptio* e a *conventio in manum*.”

quanto à família de origem (do qual, com a adoção, se desligou), quer quanto à adotante (por ter sido emancipado ou deserdado). Mas, o pretor, através do direito honorário, corrigiu em parte essa situação, permitindo que o adotado — e isso ocorre porque a adoção não rompe o parentesco cognatício — concorresse, caso tivesse sido emancipado pelo adotante antes de seu pai natural falecer, à sucessão desse, na qualidade de cognado.¹³

Voltando-se à forma de ingresso na família romana por *iustae nuptia*, essa tomava por base a procriação, em que as núpcias asseguravam a *família propria iure*, com direitos ao *patria potestas*. Buscava-se identificar o genitor paterno em um sistema de presunções de coabitação das núpcias matrimoniais. A formação do parentesco nesta hipótese decorria basicamente de dois brocardos jurídicos: *pater is est quem iustae nuptia demonstrant*, e; *pater semper incertus*. Quanto à maternidade, existia a seu favor o brocardo jurídico *mater semper certa est*, na relação fisiológica do parto¹⁴. A presunção de filiação ocorria em razão da época em que presumida a conjunção carnal e o decurso do tempo de nascimento, para então ter o nascido como legítimo. Pontes de Miranda nos traz que à época era utilizado o seguinte brocardo jurídico: “*legitimi sunt qui ex coiunctione legitima secundum legis initia et legitime tempore nascuntur*” (Melo Freire, *Instituiones*, II, 128)¹⁵.

A ordem do Estado no Direito romano resguardava a família sagrada para procriação. Todavia, embora a família sagrada romana e seus direitos de filiação fossem erguidos com o fundamento da organização religiosa do casamento, como é frequentemente apontado na doutrina ao tratar do tema, nas lições clássicas da obra de Fustel de Coulanges, lições essas que destacam o fogo sagrado nos altares domésticos como ponto chave para o direito ao repasto fúnebre da família sacralizada pelo matrimônio¹⁶, na realidade, os valores dos arranjos familiares exerciam sua função

¹³ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.317.

¹⁴Op. cit., p. 313.

¹⁵MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de direito de família*. V.III. Parentesco. Campinas: Editora Bookseller, 2001, p. 43.

¹⁶CULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Fernando de Aguiar. 10ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora. 1971, p. 46-47. Segundo o autor: “O que uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: na religião do lar e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é assim associação religiosa, mais que associação natureza. Também veremos como a mulher só será verdadeiramente considerada, quando a cerimônia sagrada do casamento a tiver iniciado no culto; como o filho já não conta tão pouco para a família, ao contrário, o adotado se tornará verdadeiramente filho para a família, porque, embora não exista o laço de sangue, passa a ter na comunhão do culto alguma coisa de mais e de melhor que o sangue; como legatário ao recusar-se ao culto dessa família, não haverá a sua sucessão; enfim, como o

dentro da ordem econômica de se obter a perpetuação do patrimônio familiar, na submissão aos bens¹⁷.

Voltando-se aos estudos de Fustel de Culanges e às lições tradicionais da doutrina, dentre os doutrinadores civilistas contemporâneos, Giselda Maria Fernandes de Novaes Hironaka busca quebrar o mito da visão de predominância religiosa da família do fogo sagrado. Ela não permite uma análise adequada, em que podemos extrair aspectos epistemológicos dos valores daquela sociedade, pois “não contém os aprofundamentos técnicos quanto aos arranjos familiares e as relações econômicas como temos que considerar nos dias de hoje”. Segundo a autora, na família romana, tem-se que:

Na verdade, o que ocorre é um movimento inverso: por alguns bons motivos, o patrimônio era o grande fundamento da vida do romano; justamente por isso, ele empenharia todos os seus talentos em adquirir e preservar esse patrimônio, o que independe, todavia, da prática religiosa. Essa prática apenas reafirmaria a identidade com o patrimônio e interesse em preservá-lo.¹⁸

A então organização religiosa, conduzida pelo culto doméstico da cerimônia do casamento, era pressuposto para que o filho nascido da mulher fosse reconhecido pelo *pater familiae* e tivesse o direito de participar dos sacrifícios e solenidades diante do altar dos deuses lares. O nascimento fora dos laços sagrados do matrimônio não permitia o perpetuar do patrimônio familiar para os que assim fossem concebidos. Porém, em uma sociedade em que se predominava os aspectos patrimonialistas, os

parentesco e o direito à herança estão regulados, não por virtude do facto-nascimento, mas de harmonia com os direitos de participação no culto, e exatamente como a religião os estabeleceu.”

¹⁷NOGUEIRA, Jenny Magnami de O. *A instituição da família em a cidade antiga*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.), Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 111. Segundo o autor: “Na verdade o historiador francês apresenta o Estado grego e romano como um Estado ‘Em que a religião é a senhora absoluta da vida privada e da vida jurídica, o Estado uma comunidade religiosa; o rei, um pontífice; o magistrado, um sacerdote; a lei, uma fórmula sagrada; o patriotismo, piedade; o exílio, excomunhão. O homem vê-se submetido ao Estado pela alma, pelo corpo, pelos bens. É obrigatório o ódio ao estrangeiro, pois a noção do direito e do dever, da justiça e da afeição, não ultrapassa os limites da cidade (...)’. Com esses pressupostos, não era mesmo possível a liberdade individual, pois só se compreendia a liberdade dentro do Estado e pelo Estado, a tal ponto que era apenas componente de uma comunidade política religiosa que o homem se revestia na qualidade de cidadão e, portanto, de ser livre.”

¹⁸HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

mesmos interesses patrimoniais que resguardavam o direito à filiação também foram o eixo de transformação para que a filiação extramatrimonial alcançasse direitos sucessórios, em igualdade de suas origens.

A transição do período clássico ao pós-clássico no Direito romano traz o processo compilatório jurídico, que contou com a somatória das leis vindas das constituições imperiais e o conteúdo da jurisprudência, fruto do trabalho dos pretores, à época conhecidos por magistrados maiores que detinham poderes de dar fonte do direito.¹⁹ Ao elaborar a jurisprudência, eles tinham grande amplitude subjetiva na discricionariedade do julgamento, o que permitia grande maleabilidade do caso concreto. Ocorria então a conquista por novas situações jurídicas que passavam a ter precedentes e, como resultado, havia a emancipação de valores sociais. É importante destacar a importância do trabalho dos pretores nesse movimento emancipatório, pois os casos práticos por eles solucionados resultaram em fonte à compilação de normas que seguiu na compilação justinianeia.

Devido à mudança de paradigmas em sociedade pelos valores cristãos, no século V, no período pós-clássico, sob o império de Justiniano, dado o conjunto das compilações que se fizera, surge o que chega até nós hoje como o *Corpus Iuris Civillis*, em que se apresentavam consolidados uma nova série de direitos adquiridos ao longo dos séculos do Direito Romano²⁰. Embora o conceito moderno de código que chega até nós hoje seja distinto do que ocorria na época do Direito Romano, em que a expressão latina *codex* evoluiu para o conceito sistematizado de *código* que se fez presente apenas no início do século XIX²¹, o *Corpus Iuris Civillis*, assim como outros diplomas que lhe são precedentes históricos, como o Código de Hamurabi, a Lei das XII tábuas ou o

¹⁹CORREIA, Alexandre; SCASCIA, Gaetano. *Manual do direito romano*. Rio de Janeiro: Ed. Segreda. 1977, p. 15.

²⁰Segundo Francisco Quintalha Veras Neto, quanto à condensação de normas na elaboração do *Corpus Iuris Civillis*: “Surtem neste momento o Digesto e as Pandectas. Após a elaboração do Digesto, Justiniano escolheu três compiladores: Triboniano, Doroteu e Teófilo, para publicar uma obra que servisse aos estudantes como introdução ao direito compreendido nas Institutas. As Institutas, o Digesto e o Código foram exigidos por Justiniano. No entanto, depois de sua elaboração, Justiniano introduziu algumas de suas modificações na legislação mediante Constituições Imperiais: as Institutas (manual escolar), o Digesto (compilações dos Iura), o Código (compilação das Leges) e as Novelas (reunião das constituições promulgadas por Justiniano). Ao conjunto das compilações dá-se o nome de *Corpus Iuris Civillis*, designação criada por juristas ocidentais, já na Idade Moderna.” VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.), *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.138.

²¹DELGADO, Mario Luiz. *Codificação, Descodificação e Recodificação*. Saraiva: São Paulo, 2011, p.55. Quanto ao tema: “Quando falamos agora em ‘codificação’ e não mais em ‘código’, estamos nos referindo ao processo legislativo de sistematização do Direito que marcou os séculos XVIII e XIX, impulsionado pelo iluminismo e pelo jusracionalismo.”

Codex Theodosiano, são exemplos de condensação de normas a que pode ser atribuído o caráter de código.

Neste processo compilatório surge o instituto da *legitimatio*, cuja origem remonta ao período pós-clássico do Direito Romano, não apenas relacionado ao reconhecimento da filiação, mas também aos aspectos da sucessão de bens *causa mortis*. Segundo José Carlos Moreira Alves, quanto às diferenças das formas de legitimação que se fizeram presentes no período pós-clássico:

Ao contrário do que ocorria com a *legitimatio per subsequens matrimonium* (e, mais tarde com a *legitimatio per rescriptum principis*), o pai, na legitimação por oblação à cúria, não adquiria o pátrio poder sobre o filho legitimado, nem este passava a ter direitos de filho legítimo. JUSTINIANO introduziu modificações nos efeitos da *legitimatio per oblationem cúria*: concedeu ao pai o *patria potestas* (pátrio poder) sobre o filho legitimado, e estabeleceu entre ambos, direito recíproco de sucessão (1640). Demais, admitiu a legitimação à cúria ainda que o pai tivesse filhos legítimos; e permitiu que ela se fizesse por testamento (1641). Mas, mesmo no direito justinianeu, a *legitimatio per oblationem curia* vinculava apenas pais e filhos, e, não este à família de seu pai (1642).²²

O *Corpus Iuris Civillis* fora obra feita sob a égide do império de JUSTINIANO, mas sua elaboração decorre das compilações das constituições imperiais e dos estudos feitos para o manuseio do direito na escola jurídica. Nesse processo compilatório de regras e jurisprudência, o período pós-clássico romano retrata verdadeira emancipação social da família legítima para critérios sanguíneos, pois, ao tempo da compilação justinianeia, ocorrera o surgimento de uma terceira categoria de filhos: os *naturales liberi*, filhos nascidos do concubinato, os quais, embora não concebidos do matrimônio, permitia-se, por força do instituto da *legitimatio*, tornarem-se filhos legítimos. Sua categorização própria se deve ao fato de que ocorria em sociedade, em virtude da forte influência do cristianismo, o combate ao concubinato,

²²ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 325. José Carlos Moreira Alves sintetiza as espécies de filiação no período clássico do Direito romano com a seguinte categorização das relações de parentesco de filiação: os *iustii* (ou *legitimi*), incluindo os procriados em *iustae nuptia* e os adotivos, e; os *uulgo quaesiti* (ou *uulgo conceptio spurii*), estes por sua vez não tinham o parentesco do pai, não podendo ser reconhecidos ou legitimá-los, sendo seus direitos restritos unicamente entre mãe e filho.

pela então, à época, condição de indignidade dos *naturales liberi*²³. Com isso, o parentesco que se encontrava sob a divisão do *agnatio e cognatio* evoluiu unicamente para o *cognatio*, no vínculo de origem sanguínea, em que os parentes paternos e maternos se encontravam em situação de igualdade, independentemente do matrimônio, algo semelhante ao que podemos constar nos dias de hoje quanto à não discriminação da filiação. Conforme colocam Alexandre Correia e Gaetano Scacia:

No decurso dos séculos assistimos à progressiva transformação do fundamento originário da família, pela constante contraposição entre o liame do *ius civile (agnatio)* e o liame natural de sangue (*cognatio*), que se afirma vitorioso na compilação de Justiniano, dando origem à família moderna.²⁴

Voltando-se ao processo de elaboração das leis no ordenamento brasileiro, sob a influência do direito português, em razão das heranças do Direito Romano quanto ao instituto da *legitimatio*, Orlando Gomes nos traz que “migraram ao direito moderno duas formas de legitimação: o subsequente matrimônio e o rescrito do príncipe”²⁵.

Na elaboração das Ordenações Portuguesas, ocorrera o aproveitamento de regras do *Corpus Iuris Civillis*. As Ordenações Afonsinas datam de 1446, quando Portugal passava pela afirmação de seu direito nacional, momento em que ocorrera o fortalecimento do direito canônico sob o prisma “de onde não houvesse o pecado”. Posteriormente, no ano de 1514, as Ordenações Manuelinas revisaram as ordenações Afonsinas com um discurso mais técnico normativo. Afastaram-se os nomes dos autores das leis. Havia um estilo “decretório” quando comparado ao “compilatório” que fora

²⁴CORREIA, Alexandre; SCASCIA, Gaetano. *Manual do direito romano*. Rio de Janeiro: Ed. Segreda. 1977, p. 95.

²⁵GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 85. Voltando-se ao reconhecimento de filiação no Direito romano, o autor coloca a *legitimatio* como meio fictício de mudar o estado de filho, vindo a resumir suas formas no Direito Romano, conforme os seguintes itens: “a) O filho natural oferecido à cúria adquiria direitos sucessórios como se fora legítimo e passava-se ao pátrio poder de quem fazia a oblação, mas, em verdade, não entrava para a família, porque o vínculo não se estendia aos agnados e cognados; b) A legitimação pelo rescrito do príncipe foi introduzida por Justiniano com a novela 74, consistindo na permissão do imperador solicitada pelo pai que não tivesse filho legítimo e não pudesse desposar a mãe dos seus filhos naturais por qualquer motivo válido; c) Por testamento admitia-se a legitimação se o pai, somente tendo filhos naturais, manifestasse o direito de sua legitimação. Nesse caso os filhos poderiam dirigir-se ao imperador para obter o rescrito permissivo de sua legitimação; d) O subsequente matrimônio passou a ser forma de legitimação sob a influência das ideais cristãs em favor da constituição da família legítima, concedida aos filhos nascidos do concubinato, cujos pais vinham a se casar, tornou-se a forma estável desde Justiniano.”

utilizado anteriormente. Em momento seguinte, em 1603, vieram as Ordenações Filipinas que fizeram o aproveitamento das legislações esparsas, resultando em uma nova compilação de normas.

O Brasil foi descoberto na vigência das Ordenações Afonsinas, mas foram as Ordenações Filipinas que enunciaram o direito pré-codificado no ordenamento brasileiro. Com exceção das Cartas de Doação, das Cartas Régias e dos Alvaras, não havia atividade legislativa no período do Brasil colônia. Vigorava o direito costumeiro, dos estudos locais, com interpretação feita pelos juristas, em um direito pouco acessível à população que carecia de cultura jurídica. Com a proclamação da independência em 1822, iniciou-se a produção legislativa do Brasil, no que a Constituição de 1824 dispôs que o Brasil deveria organizar seu próprio código criminal e civil. Em 1867, Portugal revogou o Código Filipino em resposta ao movimento codificador moderno. No entanto, no Brasil, as Ordenações vigoraram por mais 40 anos. Havia o decreto de 1823 de Dom Pedro para que as ordenações e legislações portuguesas continuassem a vigorar no Brasil.

1.1.2- Da matrimonialização da filiação na codificação do Código Civil brasileiro de 1916

Frente à formação dos estados-nações, o século XIX foi um momento em que os países buscaram leis próprias de cada território, vivenciando o movimento de afirmação por meio da elaboração das leis nacionais. Proliferou-se a produção de códigos e, em razão do número de diplomas que se produziram, à época, deu-se origem à “Teoria da Codificação”²⁶. O primeiro código civil que marca esse processo é o Código Civil da França, de 1804, assegurando os ideais liberais da revolução francesa, seguido da elaboração dos diplomas do código italiano em 1865, do código português em 1867 e do código alemão em 1900. Havia o impulso de um país ao outro no processo

²⁶DELGADO, Mario Luiz. *Codificação, Descodificação e Recodificação*. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 56. Segundo o autor: “Muitos autores passaram a discutir, então, a elaboração de códigos. ‘Porque’, ‘por quem’, ‘como’, ‘quando’ e em que circunstâncias fazê-los. Grandes debates foram travados sobre a sua conveniência para certos países, sendo que tantos foram os defensores da codificação, como os que repudiaram. Sem desmerecer a importância do iluminismo francês, com Voltaire e Rousseau, ou do iluminismo Muratori, foi o iluminismo inglês que mais contribuiu para a formação dessa teoria, pela participação ativa de Jeremy Bentham, a quem se atribui a própria introdução do termo ‘codificação’ na ciência do direito.”

de codificação civil que, ao passo da independência nacional, valiam-se de um modo objetivo e claro de afirmar seus valores: o elaborar do código.

Todo código precede de apoio político na emancipação de valores em sociedade, pois, acima de tudo, o código é uma fonte de direito. No Brasil a codificação veio tardiamente. Teixeira de Freitas já havia feito o esboço do Código antes da sua elaboração propriamente dita, em 1916. Todavia, ele fracassara por falta de apoio político da sociedade aristocrata e escravagista, pois ele não apoiava a escravidão, matéria que ficou fora da elaboração de sua obra. Durante o século XIX no Brasil, havia pouco interesse das classes dominantes em mudar o sistema, o que acabou frustrando o esboço de Teixeira de Freitas, que abandonou sua obra inacabada sob diversas críticas.

Com a independência do Brasil, o Código elaborado pelo baiano Clóvis Bevilacqua foi obra de volume bem mais reduzido que o esboço de Teixeira de Freitas, proporcionando um sistema mais simplificado, permitindo o acesso aos leigos. Naquele momento de elaboração do código, a classe dominante vivenciava valores de uma sociedade patriarcal e agrária, em que o individualismo prevalecia sobre o social. Em ordem de conter os valores daquela moral, no tocante à filiação, se fizerem presentes os aspectos exclusivistas e patrimoniais da família legítima, voltada à sacralização do matrimônio²⁷.

Anteriormente à codificação de 1916, o sistema assumia o caráter liberal quanto à família extramatrimonial, permitindo o reconhecimento da filiação natural. Todavia, na elaboração do Código Bevilacqua de 1916, diante da sociedade patriarcal e aristocrata, havia uma pressão de outras ordens do direito estrangeiro para que apenas à filiação matrimonial fossem assegurados os direitos na qualidade de filiação legítima. Elaborado sob as influências de juristas portugueses e italianos, o código de 1916 vedou o reconhecimento da paternidade da filiação ilegítima, em que o sistema passou a não mais acolher o reconhecimento da filiação extramatrimonial.

Vejamos que o sistema legislativo anterior ao código permitia fazer o registro da paternidade de forma independente ao casamento: o Decreto de Regência, em 11 de agosto de 1831, permitiu que a filiação espúria, em falta de outros descendentes, fosse instituída na qualidade de herdeiros testamentários; o Decreto Lei

²⁷Op. cit. p. 63-64. Segundo o autor: “Todas as tentativas de elaboração de um código civil que precederam ao Código Bevilacqua, de Teixeira de Freitas a Coelho Rodrigues, sucumbiram exatamente por carência de apoio político. E na hora em que essa vontade política se manifestou de forma expressa, com Campos Sales, no Ministério da Justiça e depois da Presidência da República, o Código Civil de 1916 se materializou.”

463 de setembro de 1847 veio a distinguir os filhos de nobres e de peões, equiparando uns aos outros para direitos sucessórios (Ordenações Livro IV, Tít. 92), tendo como meios para operar a perfilhação a via do testamento e da escritura pública. Segundo Caio Mario da Silva Pereira, àquela época colonial

havia dúvidas quanto à interpretação a ser feita, [e] Teixeira de Freitas relacionava os direitos da filiação natural, vedada a investigação de paternidade. Lafayette vinha a distinguir que apenas para efeitos sucessórios valiam-se das formas de escritura pública e testamento, para as demais hipóteses era possível ser feita por outros meios, como a investigação de paternidade²⁸.

Ao término da época colonial, a miscigenação de credos e culturas resultante da colonização e migração de povos de origens distintas resultou em um crescimento populacional, de modo que, devido ao grande número de pessoas e diversidade de crenças, não mais era possível ser feito o controle dos registros de nascimento unicamente por meio dos Livros de Batismos da Igreja. A individualização do estado da pessoa natural perante a sua família se mostrava uma necessidade para o exercício da cidadania, de modo que a criação do Ofício de registro Civil de Pessoas Naturais foi fundamental em sociedade à estabilidade das relações particulares e proporcionou meios à emancipação do estado religioso para o estado laico na Constituição de 1889.

Tendo origem no modelo das Escrivanias de Paz de Portugal, no Brasil repetiu-se a nomenclatura portuguesa no Decreto nº 3.069 de 17 de abril de 1863 para o registro civil. Essa lei equiparou o assento de nascimento de registro civil à escritura pública para a filiação acatólica. No Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, foi permitido o reconhecimento dos filhos “ilegítimos” para o assento de nascimento ou qualquer outro ato autêntico emanado do pai (além da escritura e testamento).

No momento anterior da codificação em 1916, por mais que a sociedade fosse norteadada por diretrizes do estado laico e apesar de se fazer por direito o casamento civil desde 1890, a prática do casamento religioso ainda se fazia presente pela moral da época, uma das razões pela qual, no Código Civil de 1916, o modelo católico da família

²⁸PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 350. Apud: Lafayette, nota XII, no fim do volume, p. 365.

sacralizada repercutiu na afirmação do matrimônio para legitimar-se o direito à família. Como reflexos na filiação, o *pater ist est quem justae nuptiae demonstrant*, utilizado nas codificações europeias para identificar a consanguinidade, assegurando os direitos da filiação legítima, foi o critério ao qual a codificação brasileira aderiu na elaboração do código. Por meio dessa, não apenas se assegurava o vínculo sanguíneo da filiação pelas núpcias, mas, também, mantinham-se os aspectos da coesão e proteção do patrimônio familiar nos laços do matrimônio.

O Projeto Bevilacqua do Código Civil de 1916 não deixou de se direcionar aos filhos naturais e permitia a investigação de paternidade. Ao lado da divisão da filiação legítima e ilegítima para os filhos naturais, o código foi expresso em dividir o reconhecimento voluntário e involuntário da filiação. A espontaneidade no reconhecimento voluntário de filiação passou a coexistir ao lado da compulsoriedade do reconhecimento de filiação pela ação investigatória no Código de 1916. A perfilhação, como forma de reconhecimento voluntário da filiação, passava a existir ao lado do reconhecimento involuntário da filiação, como reconhecimento forçado da paternidade²⁹.

O artigo 363 do Código Civil de 1916 continha a exceção à maternidade, mas de forma restrita, permitindo o reconhecimento compulsório da filiação em caso de: “I, se ao tempo da concepção a mãe não estava concubinada com o pretendido pai; II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou das relações sexuais com ela; III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-se expressamente”. Carlos Alberto Dabus Maluf expõe que, naquele momento, “almejava o legislador suprimir, tanto quanto possível, todo o traço do delito cometido, sepultar no olvido o adultério e o incesto, destruindo-lhe a própria memória”³⁰.

Frente à reprovação moral da falta de casamento, por seus aspectos espúrios ou ilegítimos, os direitos da filiação extramatrimonial não eram reconhecidos na lei ou

²⁹MIRANDA, Francisco Pontes de. Tratado de Direito Privado, v.9, p. 73. Quanto ao tema: “O reconhecimento da filiação ilegítima é a fase última de instituto jurídico originário de Roma: a legitimação *per rescriptum principis* (Nov. 74, c.1; e Nov. 89, c.9); chamou-se depois nas ordenações, até as Filipinas (Livro I, Título 3, § 1; Título 85, §2), perfilhação de autoridade real; mais tarde, no direito brasileiro, perfilhação solene. No intervalo de 1890 a 1916, procuram os juristas distinguir o reconhecimento e perfilhação. No entanto, as diferenças que se esboçavam não permitiam considerarem-se separadamente os dois modos de prova de filiação ilegítima. Eram apenas indícios da transformação por que passava, ao contacto das formas modernas insertas nos Códigos, o velho instituto romano.”

³⁰MALUF, Carlos Alberto Dabus.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 497.

na jurisprudência. A Lei Teresoca - Decreto Lei 4.737/42, como um marco a favor do princípio da afetividade no ordenamento brasileiro, veio a remodelar o sistema de reconhecimento da filiação extramatrimonial. Trata-se de caso notório da história de um pai na busca por direitos de sua filha Teresa, não apenas quanto à paternidade, mas, também, no direito à guarda, para convivência.

Em razão do óbice absoluto do Código Civil de 1916 aos pais casados não poderem reconhecer seus filhos, mesmo após o *desquite* (fim do término da sociedade conjugal como hoje compreendemos o divórcio), a filiação nascida naquelas circunstâncias ficava sem o pátrio poder e a guarda. A disputa da guarda em um casal desquitado não se fazia possível pela falta de margem legal para se atribuir o pátrio poder.

Em ordem de conseguir a guarda de sua filha amada, Chateaubriand, pai de Teresa, proprietário dos jornais que lideravam a imprensa brasileira, fez com que Getúlio Vargas, após inúmeras pressões e ameaças de ataques da imprensa por ele gerida ao governo, concedesse a mudança legislativa. Assim foi publicado, no Diário Oficial da União de 24 de setembro de 1942, o Decreto Lei nº 4.737, vindo a reger em seu art. 1º: “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare a sua filiação”.

Esse caso histórico nos traz a compreensão dos passos evolutivos à parentalidade responsável e o poder familiar que chega até nós nos dias de hoje, sendo exemplo de como a afetividade é um norte nas relações jurídicas. Ressalta-se quanto à lei que, em ordem de se atingir os objetivos do direito à família, foi necessário ainda a elaboração do Decreto Lei n. 5.213/43, dando margem para guarda legal sobre a criança, conforme a redação do art. 16: “O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu e, se ambos reconhecerem, sob o do pai, salvo se o juiz entender de outro modo, no interesse do menor”. Voltando-se aos aspectos morais da lei, José Fernando Simão expõe:

Interessante notar que a Lei Teresoca, de escandalosa e imoral motivação, revela-se justa ao permitir que pai ou mãe tenham a guarda do filho e não apenas aquele que o reconheceu. Trata-se de um efeito benéfico, pois o juiz poderá decidir levando em

conta o interesse do menor e não um fato objetivo: genitor que primeiro reconheceu.³¹

Todavia, apesar dos aspectos da lei quanto à afetividade que se faz no poder de guarda, isto não pôs fim à discriminação da filiação ilegítima. Em relação à exclusão social que ainda se fazia presente, Rui Geraldo Camargo Viana nos traz que

O art. 14 do Decreto-lei n. 3.200/41, ao tratar do reconhecimento dos filhos naturais, estabelecia que o respectivo registro civil não deveria mencionar a circunstância da legitimidade ou não da filiação, mas não resistiu ao art. 7 da Lei n. 883/49 que, proibindo referência à filiação ilegítima no registro civil, implicava na prática o efeito indesejado ao determinar expressa remissão à lei.³²

Aumentavam-se os aspectos do direito à convivência, mas permanecia o preconceito em sociedade, na estirpe da filiação ilegítima. Com a lei, o Código Civil de 1916 teve alterada sua redação nos termos do artigo 355 e 357 de modo que “o filho ilegítimo pode ser reconhecido por seus pais, conjunta ou separadamente; podendo este ser voluntário, realizado no próprio termo de nascimento ou por escritura pública ou testamento”. Todavia, o artigo 358 dispunha: “Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”. Mantinha-se assim na codificação de 1916 a proteção do núcleo matrimonial em função do crime de adultério.

É importante destacar que o artigo 356 do Código Civil de 1916, quanto à maternidade e à *exceptio plurium concumbention*, acabava por ter a exceção das núpcias prejudicada no sistema das regras: do art. 364, ao dispor que “a investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira” (artigo 358), e; do art. 365, ao dispor que “qualquer

³¹SIMÃO, José Fernando. Leis, história e histórias: regime de separação obrigatória – Lei 12.344/2010. In: LAGRASTA, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (coords). *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

³²VIANA, Rui Geraldo Camargo. Da relatividade do DNA para reconhecimento de filiação. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 490.

pessoa que, justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade”.

Outro fator contributivo para mudança no sistema de reconhecimento de filiação no ordenamento brasileiro é a independência da mulher, quando essa alcançou o paradigma de sua autossuficiência econômica, no momento em que a sociedade tinha a necessidade de mão de obra na revolução industrial. A independência financeira permitiu que as mulheres pudessem optar pelo fim da sociedade conjugal, o que culminou na Lei do Divórcio - Lei 6.515/77. Como reflexos na filiação, a Lei de Divórcio, em seu artigo 51, acrescentou a possibilidade de que “ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do casamento, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável”.

Também o artigo 51 da Lei 6.515/77 veio a atribuir direitos sucessórios aos filhos ilegítimos, restringido porém ao quinhão hereditário correspondente à metade do que a filiação natural tinha por direito. Dessa forma, ao não atribuir os direitos hereditários em fracionamento equivalente aos filhos legítimos, acabava por puni-los na condição de ilegítimos. Apesar das mudanças quanto à filiação ilegítima, permanecia o quadro preconceituoso quanto aos filhos “espúrios ou adulterinos”, pois quanto a esses, não havia quaisquer direitos sucessórios.

Nesse diapasão jurídico foi elaborada a Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73, que deu origem aos Ofícios de Registro Civil e Pessoas Naturais e disciplinou procedimentos registraes na via dos cartórios extrajudiciais. Frente aos valores do Código de 1916, mesmo no avançar do século, já na década dos anos 1970, essa lei vinha irrigada com as expressões preconceituosas da “filiação espúria”, “incestuosa” e “adulterina”, em que o reconhecimento da filiação se operava sob a discriminação no assento de nascimento da origem legítima da filiação.

Voltando-se aos entraves da época, Maria Christina de Almeida ressalta que o Código Civil de 1916 culminava em regras que deixavam de lado a verdade biológica, pois

tudo estava em prol da *familia legitima*, mesmo que tal proteção implicasse ocultar a realidade que estava por detrás da *aparente verdade*. Vê-se, pois, que acima da verdade biológica o sistema jurídico brasileiro faz prevalecer a verdade jurídica. Com tal

consagração legislativa, a paternidade legalmente esculpida distancia-se da sua base ou origem biológica para atender aos interesses da família codificada, colocados pelo legislador em um plano superior ao do conhecimento da verdade biológica³³.

Os paradigmas da família legítima negavam direitos à criança. Não havia regras no ordenamento que assegurassem condições em que essa pudesse alcançar direitos protetivos. A convergência para valores mais solidários quanto à filiação pode ser identificada no ordenamento brasileiro por meio das normas que passaram a disciplinar a adoção, quanto à proteção do abandono infantil. Foi em razão dos estudos sobre a adoção que o ordenamento passou a sistematizar regras em combate à cultura do abandono.

O direito à família por meio da adoção foi previsto na redação original do Código Civil de 1916 como meio alternativo da filiação natural, momento em que o legislador direcionou o seu uso para os casais com mais de 50 anos que não tivessem filhos para adotar, em função da procriação dos pais. Com a Lei nº 3.133/57, a idade foi reduzida para 30 anos, autorizando os casais que já tivessem mais de 5 anos de vida conjugal a adotar, conferindo também a tutores e curadores o direito de adotar, uma vez feita a prestação de contas.

O instituto da adoção era também recepcionado na modalidade de Adoção Simples, em que se dava margem para o próprio filho se desligar do vínculo de filiação por duas causas: a) por acordo feito após sua maioridade, ou; b) nas hipóteses de deserdação. Posteriormente, por meio da Lei nº 4.655/65, introduziu-se no Brasil a “Legitimação Adotiva”, sem extinguir a Adoção Simples, mas autorizando o procedimento para casos em que os adotantes tivessem idade inferior a 30 anos, desde que comprovassem sua infertilidade, sendo necessária a sentença judicial e o registro da sentença no assento de nascimento, guardando o sigilo da identidade dos pais naturais.

A legitimação adotiva também tratou do “infante exposto”, assim compreendido como: aquele que os pais eram desconhecidos; o menor abandonado até os sete anos de idade, cujos pais tivessem sido destituídos do poder familiar; o órfão da mesma idade, que não foi reclamado por qualquer parente até o prazo de um ano; o filho natural reconhecido pela mãe, na impossibilidade de prover seu sustento e educação. A

³³ALMEIDA, Maria Christina de. “Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA”. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2002, Ouro Preto. Família e Cidadania: o novo CCB e a Vacatio Legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. v. 1. p. 449.

legitimação adotiva também era permitida para as crianças com mais de sete anos, quando já em momento anterior estivesse sob a guarda dos legitimantes³⁴.

O Código de Menores – Lei nº 6.697/79 revogou a Legitimação Adotiva, voltando a valer a Adoção Simples do Código Civil. Ela coexiste com as inovações propostas pela lei quanto à Adoção Plena, a exemplo dos arts. 27 e 28, disciplinando que o nome dos ascendentes dos adotantes obrigatoriamente constasse no registro de nascimento.

Por meio dessas mudanças legislativas, o **valor intrínseco da criança** passava a fazer consideração à **pessoa em desenvolvimento**. Voltando-se ao momento prévio da elaboração do Código de Menores, Heloísa Helena Barbosa destaca a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, em que o ordenamento brasileiro iniciou uma Política de Bem-Estar do Menor. Sua implantação foi atribuída à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – Funabem, na Lei 4.513/64. Quanto às diretrizes contidas nesse diploma, destaca-se que:

A primeira das diretrizes da política do bem-estar do menor, estabelecidas no art. 6 da Lei 4.513/64, determinava que fosse assegurada prioridade de problemas que visassem à integração do menor à comunidade, através da assistência da própria família e da colocação em lares substitutos. A ideia de bem-estar do menor e prioridade de seus interesses prevaleceu e de fato impregnou-se em nosso ordenamento, tendo imediato e eficaz reflexo nas questões relativas à guarda de crianças.³⁵

O Código de Menores passou a prevalecer sobre outras regras genéricas de Direito que não fossem favoráveis ao menor. Heloísa Helena Barbosa destaca que no art. 5º do revogado código continha “regra de ouro do Direito do Menor”, segundo a qual, na aplicação da lei, a proteção dos interesses do menor sobrelevava qualquer outro bem juridicamente relevante”³⁶.

³⁴PEREIRA, Tânia da Silva. “Certezas que envolvem o procedimento de adoção consentida”. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (coord.). *A família entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAN, 2012, p. 339.

³⁵BARBOZA, Heloisa Helena. “O princípio do melhor interesse da criança”. In: PEREIRA: Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio. Anais do II congresso brasileiro do direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p. 92.

³⁶Op. cit., p. 92.

Nesse momento se iniciou a *doutrina da situação irregular* que buscava medidas socializantes e educativas para integração social da criança. Segundo Tânia da Silva Pereira, quanto às situações irregulares contidas no art. 2 do Código de Menores de 1979³⁷, à época, se faziam as considerações sobre

situações de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade. (...) A situação irregular do menor é, em regra, consequência da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação³⁸.

A doutrina da situação irregular do menor veio a afastar decisões arbitrárias dos juízes, marcadas pela discriminação, desinformação ou falta de condições institucionais. Ela deu margem à elaboração de critérios de primazia de interesses das crianças. Eles foram proclamados na constitucionalização de 1988, momento em que a **doutrina da situação irregular do menor** evoluiu para a **doutrina da proteção integral da criança**, cujas novas premissas fizeram da criança uma prioridade absoluta.

A doutrina da proteção integral da criança surge no início do período pós-constitucionalização de 1988, em que os valores de assistência à família se fizeram sob os atributos da solidariedade, alterando profundamente os vínculos de filiação. Os aspectos negligenciatórios do Estado que se faziam presentes sob a égide do Código de 1916 passaram por uma mudança de rumos devido à ordem constitucional que se inaugura em 1988, estabelecendo como prioridade absoluta crianças, jovens e adolescentes, no que, conforme veremos a seguir, trata-se de período marcado pela

³⁷Art. 2º: Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

³⁸PEREIRA, Tânia da Silva. “Certezas que envolvem o procedimento de adoção consentida”. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (coord.). *A família entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAN, 2012, p. 339.

elaboração de microsistemas em que os menores de idade passam a ser abrigados como sujeitos de direitos, alterando as relações paterno-filiais.

1.1.3) Da biologização da filiação na descodificação do Código Civil brasileiro de 1916 pós-constitucionalização de 1988

A relação entre o Direito de Famílias constitucional (público) e infraconstitucional (privado) tem na Constituição de 1988 o verdadeiro marco de mudança de valores em função da solidariedade, em que se ergueu uma nova base para as mudanças colocaram fim à marginalização causada pelos aspectos exclusivistas da família legítima. Ao passo que a nova ordem constitucional assegurou o existencialismo da família, em direitos à família formada em união estável e à família monoparental, rompeu-se com os paradigmas do modelo único da família legítima codificada no Código de 1916, dando margens ao modelo pluralista “famílias”, em uma ordem democrática e igualitária, voltada ao princípio da igualdade e da não discriminação da filiação.

A ordem constitucional de 1988 afirmou “a família como base da sociedade, sendo dever da sociedade, dos pais e do Estado assegurar prioridades na educação da criança no cuidado e proteção de bens fundamentais para o seu desenvolvimento” (art. 226). Buscou-se estabelecer uma nova ordem de convivência familiar, fundada na paternidade responsável, na não discriminação e no melhor interesse da criança. Incorporou-se ao texto constitucional o direito fundamental quanto à proteção integral da criança, consagrando como “prioridade absoluta o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, ao profissionalismo, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (art. 227 da CF).

Quanto à tutela constitucional que se originara na ordem de 1988, Gustavo Tepedino ressalta que

Nesse cenário, assumem particular relevância as relações entre pais e filhos, de certa forma, na atividade educacional, inerente à autoridade parental, conforme os ditames do art. 229 da Constituição da República. No processo aí delineado torna-se possível a formação emancipatória da pessoa, com a plena formação da sua personalidade, devendo-se vincular a atuação dos deveres de assistência dos pais ao respeito às

particularidades da criança e do adolescente, para que esses possam adquirir, pouco a pouco, discernimento capaz de torná-los, paulatinamente, sujeitos do próprio processo educacional (e de seu destino)³⁹.

O Código Civil de 1916 se contrapunha à nova ordem constitucional, causando grande instabilidade jurídica em um momento em que a família carecia de normas que se adequassem à realidade e abarcassem os novos valores que surgiam acolhidos na ordem constitucional. Cumprindo as diretrizes do Direito de Família Constitucional, no multiplicar das leis, ocorrera a saída do conteúdo legal do código para novos diplomas legais. Com o fim dos aspectos discriminatórios da filiação ilegítima, ocorria a crise do Código Civil de 1916 pela sua perda de força normativa às legislações especiais, resultando no movimento de descodificação⁴⁰.

A relação de parentesco fundada em critérios biológicos teve como mola propulsora os avanços científicos ocasionados pela “era do genoma”, em que os aspectos genéticos do ser humano passavam a ser objeto de tutela jurídica. Os exames de origem biológica, quando ainda não se faziam presentes os progressos científicos da engenharia genética, eram resolvidos por critérios investigatórios “pouco científicos”, como a prova testemunhal, exames fotográficos ou exames de arcadas dentárias. Esses métodos foram superados por meio de exames laboratoriais de laudos médicos que atestavam a mesma origem sanguínea⁴¹.

Ao lado dos avanços nos direitos à procriação medicamente assistida em técnicas de inseminação e fertilização artificial, os avanços na engenharia genética estavam a ocasionar a paternidade dos laudos periciais nas ações de investigação de

³⁹TEPEDINO, Gustavo. “A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias”. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 416.

⁴⁰DELGADO, Mario Luiz. p. 246. Quanto à origem da expressão descodificação: “Diante de um denso e cotidiano multiplicar-se de leis especiais, os códigos civis assumem uma função diferente. Representam não mais o direito exclusivo e unitário das relações privadas, mas apenas o direito residual. (...) ‘las leyes especiales constuyen hoy em día el derecho general de una institución o de una matéria completa. Código Civil se nos presenta a hora como agredido por leyes especiales, que extirpan instituciones y categorías de relaciones o establecen la regulación de fenómenos recentemente surgidos de la realidad económica. El período histórico, que se abre con la segunda post-guerra, será quizás recordado con el de la *edad de la descodificación*: de una cotidiana y penetrante conquista de territorios por parte de las leyes especiales. Al Código civil no se le puede reconocer el valor de derecho general. Ahora funciona con *derecho residual*, como disciplina de casos regulados por normas particulares.’ (Apud: IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación civil*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 39.)

⁴¹BLIKSTEIN, Daniel. *DNA, paternidade e filiação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p 129.

paternidade. O crescente número de estudos sobre a identidade consanguínea se concentrava em aumentar cada vez mais o grau de certeza científica da ancestralidade. Dos exames leucocitários, que davam probabilidade de 80% de acerto da origem biológica da paternidade, surgiram os exames combinados com o HLA, que permitia 90% de acerto, esses por sua vez superados pelos exames de DNA que permitem 99,9% de acerto⁴².

Quanto ao vínculo biológico e a busca por direitos na jurisprudência nessa transição, Zeno Veloso colocava que

O grande problema para a negação ou para o estabelecimento da paternidade sempre foi a prova, considerando ser quase impossível produzir a prova direta ou carnal e, ainda, de que dela resultou sua concepção. O juiz chegava à sentença, quando fosse o caso, diante da certeza subjetiva, certeza moral, da convicção íntima de que o fato da paternidade é verdadeiro, ou não é, como ensina Arnaldo Medeiros da Fonseca. A questão da prova sempre foi o ponto nodal e doloroso das ações de investigatórias da paternidade⁴³.

Em um primeiro passo de mudanças à ordem do código de 1916, se fez necessário o abrandamento do *pater est ist quem justae nuptia demonstrant*. Para tanto, foi editado o Decreto Lei 7.481 de 1989 que veio a revogar o artigo 358 do Código Civil de 1916, a fim de estabelecer a igualdade e a não discriminação da filiação. Mas mudanças mais significativas vieram com a Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegurou o direito personalíssimo de reconhecimento da filiação

⁴²Op. cit. p. 130-131. Segundo o autor: “Os exames ABO tem como base tipos sanguíneos (A,B, O e AB), acrescidos aos subgrupos M,N, MN e ao fator Rh (positivo e negativo).(…) O sistema HLA, ainda utilizado no nosso sistema, baseia-se na análise de um grupo de genes identificados no cromossomo 6 do homem.(…) O DNA é composto de uma cadeia dupla helicoidal, com seus ‘pilares’ de fosfato de sacarose e seus vários degraus de bases (adenina, timina, guanina e citosina), unidas e pares por pontes de hidrogênio. O DNA pode ser encontrado em qualquer célula do corpo humano e, se estirada, poderia alcançar até dois metros de comprimento. Cada indivíduo, ao ser concebido, recebe metade do total de seus cromossomos da mãe e outra metade do pai biológico (cada ser humano deve possuir necessariamente 46 cromossomos relativos à determinação do sexo). Na realização do teste de paternidade pela investigação do DNA, são analisadas várias regiões em cromossomos diferentes. Tais regiões são especificamente escolhidas por possuírem grande diversidade (poliformismo) dentro daquela população, o que leva a um maior grau de certeza do exame e determinação da paternidade. Essa é a grande vantagem do exame de DNA em relação a outros exames hematológicos: a diversidade de mudanças de indivíduo para indivíduo”.

⁴³VELOSO, Zeno. “A dessacralização do DNA”. In: PEREIRA: Rodrigo da Cunha (coord.). Direito de família: a família na travessia do milênio. *Anais do II congresso brasileiro do direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p. 194.

independentemente da origem da filiação e equiparou a filiação biológica à não biológica em todos os seus efeitos jurídicos.

Ao passo das mudanças que ocorriam no direito estrangeiro, como em Portugal e Itália, que buscavam elaborar leis que permitissem critérios voltados aos aspectos biológicos do vínculo de filiação, o Brasil seguiu o modelo da lei portuguesa, elaborando a Lei de Averiguação Oficiosa da Paternidade – Lei nº 8.560/92⁴⁴. Após o Estatuto da Criança e do Adolescente, esse diploma foi o segundo grande marco histórico-evolutivo do ordenamento brasileiro para biologização da filiação, valendo-se de sistemas que fizeram a integração do Código de 1916 ao novo paradigma de família constitucional do existencialismo da família. A Lei de Averiguação Oficiosa da Paternidade aprofundou a questão do abrandamento do *pater ist est*, pondo fim aos aspectos exclusivistas da família matrimonial, e abriu maiores margens para o reconhecimento extramatrimonial fundado na verdade biológica da filiação.

A fim de assegurar os novos paradigmas da verdade biológica, logo em seu artigo 1º, a lei disciplinou maiores alternativas para o reconhecimento da filiação extramatrimonial, colocando o testamento e a manifestação diretamente ao Juiz ao lado do registro de nascimento, da escritura pública e do escrito particular⁴⁵. Nessa esteira, disciplinou-se a indicação do suposto pai pela mãe (art.2º), legitimou-se o Ministério Público a prosseguir na investigação da paternidade nos casos em que não fosse feita a declaração da paternidade (art.2º§4) e vedou-se o reconhecimento de filhos na ata de casamento (prática que apenas se justificava pela legitimação matrimonial – art. 3º). Gerando controvérsias de ordem moral, a lei abriu a possibilidade de um terceiro à relação matrimonial fazer o reconhecimento da paternidade pelo simples comparecimento ao ato registro de nascimento. Esta hipótese, rompendo com a presunção das núpcias do casamento, encontra seu fundamento lógico na redação do dispositivo, quando, por expresse, regrou que “não é permitido ser feita qualquer referência no registro à natureza da filiação” (art.5).

Neste contexto igualitário dos direitos à filiação era possível exercitar os direitos personalíssimos ao vínculo de parentesco em qualquer modalidade de família,

⁴⁴VELOSO. Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 120.

⁴⁵Lei nº 8.560/92 – Lei de Averiguação Oficiosa da Paternidade, Art. 1º: “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém”.

independente do estado civil dos genitores, seja no contexto dos pais solteiros, divorciados ou casados, permitia-se que o vínculo biológico fosse o eixo das relações de parentesco, no que os entraves da filiação ilegítima desapareceram em uma ordem que se voltava à promoção do direito à paternidade. O reconhecimento extramatrimonial da filiação, diante os novos conceitos de família acolhidos na ordem constitucional, estava por dialogar com o princípio da igualdade de filiação e da não discriminação.

As inovações, contudo, não foram prontamente recepcionadas em sociedade. A repúdia e o preconceito se faziam presentes inclusive nas Cortes judiciais, que, por vezes, ainda expressavam a relutância à filiação espúria da codificação de 1916. Vejamos, à época, a orientação do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo por meio do Provimento n.335/93:

Art.2: “A mãe casada que tiver filho extramatrimonialmente será orientada da conveniência de que apenas seus apelidos de família constem no nome do registrando.” (Provimento n.335/93 do CSM)

Ter uma terceira pessoa fora do matrimônio a constar na paternidade e assumir o nome de família era motivo de vexame social. Naquele momento havia por parte da doutrina resistência em romper com o sistema do *pater est ist quem justae nuptia demonstrant*, vejamos como exemplo, à época, os comentários de Edmilson Villaron Franceschinelli:

Agora, se assim o desejar, a mulher casada pode omitir o nome de seu marido como sendo pai de seu filho. Atribui-se à mulher, por meio de norma infralegal, o poder de contrariar a lei civil. Isto é um absurdo, mesmo porque, a mulher pode ter dúvidas de quem seja verdadeiramente o pai da criança, se manteve relações sexuais com o amante e com o marido na época da concepção. Neste caso, como ela poderá distinguir com certeza a verdadeira paternidade? Na dúvida, deve prevalecer a paternidade do marido, até que por ação própria, de legitimidade exclusiva do filho, se apure a verdade natural⁴⁶.

⁴⁶FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de Paternidade*, São Paulo: Ltr, 1997, p. 141.

Apesar do preconceito, o novo modelo constitucional de família não poderia ser contido frente à dinâmica das transformações sociais. Na convergência axiológica ditada pela ordem constitucional de 1988, a dar propulsão à elaboração de novo sistema protetivo, a não discriminação da filiação pela origem dos genitores (biológicos) era a diretriz a ser seguida com base no *princípio da unidade da filiação*. Com a mudança de paradigmas, o Estado passou a intervir, não mais em relação à proteção da família legítima, mas em prol da equiparação da filiação, independentemente de sua origem matrimonial ou extramatrimonial. Maria Christina de Almeida, quanto a este processo emancipatório de valores, nos traz que

No curso do século XX, gradativamente a intervenção estatal manifestou-se no sentido de estabelecer uma relação de interdependência com a estrutura da sociedade brasileira, moldando uma nova legislação até chegar à equiparação dos filhos havidos no casamento, fora dele e por adoção, trazida pela nova tábua axiológica de valores consagrada na Constituição Federal de 1988, que estatuiu o artigo 227, 6, o *princípio da unidade da filiação*, acabando de uma vez com toda e qualquer forma de tratamento discriminado à prole, que estava submetida, até então, à espécie de relação preexistente de seus genitores⁴⁷.

As inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente convergiam à elevação da criança à condição de sujeito de direitos. Havia uma mundialização pelo melhor interesse da criança. Em momento anterior a ordem constitucional de 1988 tivemos a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959), posteriormente, na vigência da Carta Magna, foi ratificada a Convenção sobre Direitos da Criança (1989). Quanto às mudanças trazidas do contexto internacional, Fabíola dos Santos Albuquerque expõe que

A convenção sobre Direitos da Criança (1989) reafirma a família como elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças; que para o

⁴⁷ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002, Ouro Preto. *Família e Cidadania: o novo CCB e a Vacatio Legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 453.

desenvolvimento harmonioso da sua personalidade a criança deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão; reconhece também que devido a vulnerabilidade das crianças, estas necessitam de uma proteção integral e de uma atenção especial, e sublinha de forma particular a responsabilidade fundamental da família no que diz respeito aos cuidados e proteção⁴⁸.

A jurisprudência passou a abrigar o interesse da filiação. Vejamos o julgado proferido logo nos primeiros momentos da legislação que trazia o abrandamento da regra do *pater ist est*⁴⁹, no Resp. n. 4.987 – RJ, no parecer do relator Min. Sálvio de Figueiredo, o qual, naquele momento, veio a se expressar, de modo a dizer em seu voto

que ninguém pode negar as enormes mudanças sociais e de comportamento das pessoas ocorridas desde a promulgação do Código Civil de 1916 até esta data, o acesso aos meios de prova hoje cientificamente existentes e admitidos, e que saber a verdade sobre a paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar (Resp. n. 4,987 – RJ).

O acórdão da 4ª Turma do STJ, na época, proferiu a seguinte ementa:

I – Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em

⁴⁸ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de cuidado dos pais no desenvolvimento emocional da criança. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coords). *Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Velloso*. Ed. Método, 2014, p. 621.

⁴⁹VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: PEREIRA: Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Anais do II congresso brasileiro do direito de família. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p. 194. Voltando-se ao abrandamento do *pater ist est* no direito comparado estrangeiro o autor nos traz à luz a separação de fato previsto no Código Italiano, pela reforma da Lei n.151. de 1975, art, 235, I do Codice Civile, como circunstância de não terem coabitado. Quanto à doutrina francesa, no Code Napoleon, art 312, a separação de fato do casal foi prevista como causa de descartar a presunção de paternidade. Já no Código Civil Espanhol, art. 116 e 118, tanto a separação legal e como a separação de fato foram previstas como causas que afastam a presunção de paternidade. A exceção de coabitação era o critério utilizado aos termos rígidos do Código de 1916 como causa que o Supremo Tribunal Federal passou a admitir as ações investigatórias de paternidade quando separado de fato o casal ou viúva a mulher (RTJ 78/35).

detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

III – O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam e estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana. (In: Revista do STJ 26/ 378)

Os tribunais passaram a dar proteção ao interesse da criança considerando o “correto estado da filiação”, neste sentido destacamos trecho da decisão o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, em 25.08.94, julgando a Ap. cível n. 211.760 – 1/5, por votação unânime:

A sistemática legal em vigor, ao admitir o reconhecimento do filho havido fora do casamento, por qualquer dos cônjuges, não distinguiu, e assim não afastou de seu âmbito de incidência os filhos reconhecidos (sic) pelo marido, na constância do matrimônio, mas em realidade gerados pela mulher com outro homem. Daí a viabilidade de vir a mulher declarar o seu adultério e pleitear, em relação ao filho adulterino (sic), o correto estado da filiação. (*grifo nosso*)

Rui Geraldo Camargo Viana, no momento de transição pós-constitucionalização de 1988, apontava a crescente valorização do direito público e a dificuldade de sistematização com regras de um código pela rigidez de um sistema codificado, de modo a expor quanto à família que

A família é a cidadela das liberdades individuais sitiada pela Estado com a bandeira do bem comum. Essas investidas do intervencionismo e regulação populacional feita através dela, acentuam a marcha do publicismo.

(...)

Todas as modificações no Direito de Família são recentes, e estão na fase de assimilação. Não há como se codificar um

direito ainda em formação. É necessário que as normas se sedimentem, sob pena de serem editadas novas normas a dia e que viriam revogar e/ou modificar o “Código de Família” fadado, prematuramente, tornar-se lei caduca⁵⁰.

A elaboração de um diploma legal que regulamentasse as questões de família, em um “Código de Família”, passava a ser questionada ao lado do projeto do Novo Código Civil que já estava em andamento. Orlando Gomes se posicionava quanto à elaboração do capítulo de Direito de Família no projeto do novo código de modo a dizer que “era um anacronismo”⁵¹, sendo a favor da descentralização para um Código de Família, em razão da amplitude de mudanças que surgiram pela ordem constitucional. Todavia, não foi esta a decisão da câmara elaboradora, que, conforme veremos, optou por um diploma unificado para o Direito Civil.

João Batista Villela, um homem com visão à frente de seu tempo, no momento de transição que clamava pela ordem de valores da constitucionalização de 1988, quanto à igualdade de direitos à filiação adotiva, discorreu sobre a *afetividade e o companheirismo como a paternidade do futuro, na desbiologização das relações de parentesco*. Voltando-se ao fato procriação e a vocação da paternidade, à época, colocava que:

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o país sofre com milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência e a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma aproximação dos que tem e precisam dar e os que não tem e precisam receber. Explico-me, porque não acolher, adotar, tomar em legitimação adotiva, ou dentre outras formas possíveis e imagináveis de ajuda, tantas crianças carentes, ao invés de manter represado o

⁵⁰VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família e a filiação*. Faculdade de Direito Universidade São Paulo. 1996, p. 47.

⁵¹GOMES, Orlando. *O problema da codificação. Ensaios de Direito Civil e de direito de trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986. (Apud. OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 2.)

impulso da paternidade ou pôr mais vidas em um mundo superpovoado e competitivo?⁵²

João Batista Villela, em momento em que a sociedade clamava pela “verdade” nas relações de parentesco às margens da biologização que ocorrera pós-constitucionalização de 1988, colocava o “paradoxo” da desbiologização das relações de parentesco. Em seus estudos do direito comparado francês, em particular quanto às colocações de Gerard Cornu, em 1975, ressaltava os aspectos afetivos trazidos pelo autor estrangeiro, em que os valores eram outros que não apenas os vínculos biológicos, como podemos notar neste singelo trecho por ele citado: “afinal a vida passa, a filiação não é apenas o nascimento; a família não é apenas o sangue, mas crescer, viver, envelhecer juntos”⁵³.

Zeno Velloso, em momento posterior, pouco antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, veio a retomar os estudos da socioafetividade, assim como colocara João Batista Villela, a ter por referência o jurista francês Gerard Cornu, em análise quanto à família pela *verdade sociológica*. Vejamos as colocações de Zeno Velloso em momentos prévios de transição do Código Civil 2002:

Com a reforma de 1972 do Código Civil Francês, o direito da filiação foi profundamente modificado, prestigiando-se a busca da verdade biológica, mas concedendo-se espaço, também, para a realidade sociológica, para a verdade afetiva. A posse de estado de filho, como observa Gerard Cornu, ganhou grande importância. Um preceito fundamental é o artigo 322 do Código Civil francês, estatuinto que ninguém pode reclamar um estado contrário àquele que lhe dá seu registro. Reciprocamente, ninguém pode contestar o estado daquele que tem uma posse conforme o seu registro de nascimento⁵⁴.

⁵²VILLELA, João Batista. *Desbiologização da paternidade*. Conferência pronunciada a 9 de maio de 1979 na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em Curso de Extensão. Texto disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>, consulta ao site 31/01/2019.

⁵³CORNU, Gérard. *La filiation*. Archives de philosophie du droit. Paris, n.20, 1975, p. 36. (Apud. VILLELA, João Batista. *Desbiologização da paternidade*. Conferência pronunciada a 9 de maio de 1979 na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em Curso de Extensão. Texto disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>, consulta ao site 31/01/2019.)

⁵⁴VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: PEREIRA: Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Anais do II congresso brasileiro do direito de família. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p198.

Os estudos da posse-de-estado de filiação cresciam na doutrina nacional brasileira de modo a gerar o novo paradigma das relações de parentesco pela convivência harmoniosa dentro da comunidade familiar, na relação entre pais e filhos, no exercício da função de ser pai – da guarda, do sustento, da educação e da assistência material e ou imaterial do filho. Havia uma crescente valorização pela família que se constrói.

A humanização de valores pelo existencialismo da família, em razão dos estudos da doutrina nacional, estavam a gerar nas cortes brasileiras a propositura de pleitos em que se buscavam direitos da condição de “filho de criação”. Como consequência da valorização da afetividade no direito à filiação, os julgados começaram a se dividir quanto ao reconhecimento do vínculo de parentesco, ora no vínculo biológico, ora com base nos aspectos da aparência do registro, vejamos as divergências dos posicionamentos dos seguintes julgados, *in verbis*:

Ementa: FILHO DE CRIAÇÃO. ADOÇÃO DE FATO. NULIDADE DA PARTILHA. No sistema jurídico brasileiro não existem a adoção de fato e o filho de criação. Não pode ser tido por adotado ou equiparado aos filhos biológicos para fins legais tais como o direito à herança. Considerações sobre os limites da elasticidade do sistema jurídico, na busca por soluções mais justas, não admite ação declaratória sobre a existência de fato. (Tribunal do Rio Grande do Sul, 8 Câmara Cível, Ap. Cível n. 596038091, Rel.: Des. Sérgio Gischkow Pereira, julgado em 25.4.1996)

Em posicionamento contrário:

Ementa: RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE. FILIAÇÃO BIOLÓGICA E FILIAÇÃO AFETIVA, EFEITOS REGISTRIS. Caso em que, apesar da concordância de todos, pai, biológico, mãe afetiva e filho, mantém-se o registro original de 40 anos atrás, privilegiando-se a filiação afetiva e evitando-se confusões registris no tocante ao nome da esposa do investigado e seus filhos. Negaram provimento. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 8 Câmara Cível, Ap. Cível n. 700014632264, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 30.11.2000)

No momento prévio ao Código Civil de 2002, ao passo da biologização da filiação, já se vivenciavam casos no ordenamento brasileiro que envolviam a verdade socioafetiva das relações de parentesco. Todavia, conforme veremos no capítulo a seguir, na elaboração do novo Código que estava a entrar em vigor, os aspectos da verdade socioafetiva não foram contidos em seus dispositivos legais.

1.1.4) Da desbiologização da filiação pós-recodificação do Código Civil brasileiro de 2002

A recodificação civil em 2002, como processo evolutivo cíclico da legislação, visou sistematizar as leis especiais e a jurisprudência que fizeram com que o código anterior caísse em desuso⁵⁵. Todavia, o Código Civil brasileiro, Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002⁵⁶, contou com cerca de 27 anos de gestação do Projeto, razão porque o próprio código nasceu desatualizado. Por causa da reforma civil do Código de 1916 se originar no final dos anos sessenta, Luis Paulo Lins e Silva observa a falta de consideração a uma série de direitos e garantias fundamentais, de modo a expor

O “Novo Código Civil” já nasceu “velho” e hoje, para nós, é produto do século passado, onde ficou enterrado, felizmente, o antigo paradigma familiar que era, sem dúvidas, muito diferente do nosso atual, arraigado por discriminação, desigualdade, patriarcalismo e preconceito – valores que, com a evolução da sociedade, e com o próprio advento da Constituição de 1988, começaram a cair por terra, mas a soar especialmente antigos e desconexos quando comparados com o grande progresso social e familiar brasileiro⁵⁷.

⁵⁵DELGADO, Mario Luiz, p. 260. O autor traz as seguintes considerações prévias aos conceitos de codificação e recodificação: “A principal distinção é que a codificação, e aqui estamos nos referindo ao processo ideológico da concentração de normas, pressupõe a inexistência de um código anterior. As normas estão dispersas e passam a serem reunidas em um corpo normativo único. A recodificação, por outro lado, não obstante também pressupor a dispersão das fontes normativas, apresenta dinâmica diversa. Isso porque entre essas diversas fontes normativas já existe um ‘código’, ainda que envelhecido, ultrapassado, alquebrado e por vezes mutilado de outras leis que foram editadas com o passar dos anos.”

⁵⁶Projeto de Lei original n. 643/75, depois Projeto de Lei n. 118, do Senado Federal, com texto proposto e consolidado pela Comissão Especial da Câmara, nos termos da Resolução n.1, de 2000, do Congresso Nacional. Aprovado, converteu-se na Lei n.10.406/02, que veio a ser publicada em 11 de janeiro de 2002, com *vacatio legis* de um ano. Supervisionada por Miguel Reale, a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil foi composta pelos seguintes juristas: José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial). Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clovis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).

⁵⁷SILVA, Paulo Lins e. O Estatuto das Famílias no Direito Comparado. In: *Família entre o público e o Privado*, p. 262.

A reforma civil ao fracassado Código de 1916 precisava se adequar à nova ordem de valores que seguiram via a constitucionalização de 1988. Todavia, o método legislativo utilizado fez o “reaproveitamento” das normas anteriores, técnica que pode resultar em sistema legal que não é o próprio da época que está por vir. Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes de Novaes Hironaka, quanto à relação de valores em sociedade que foram levados ao Código, nos trazem que

Impunha-se a reforma, tendo em vista o significativo aumento, entre nós, de normas dispersas, margeantes e até mesmo conflitantes, que foram se acumulando na tentativa de adaptar, ou de aperfeiçoar, o direito legislado às gigantescas transformações operadas na estrutura da sociedade brasileira. Nem sempre, contudo, esse método de revisão e de adaptação legislativa foi seguro e prosperou eficientemente, tendo em vista, especialmente, o fato de que o Código de 1916 houvera sido elaborado para um país diferente, para um povo de costumes distintos, em diversa época e em face de outros anseios e de outros valores⁵⁸.

Mário Luiz Delgado, neste processo evolutivo da legislação, entende que toda recodificação representa uma ruptura de valores, todavia, nenhum código nasce do nada e não há neste processo de codificação uma revolução com a ordem anterior, ou seja, nunca há de se produzir a renovação completa, isto porque a nova lei se dá em razão de já existir a ordem anterior⁵⁹. Portanto, dos resquícios da ordem anterior, quando temos a reutilização dos dispositivos anteriores, podemos ter o contrapasso em sociedade, pois a rigidez do antigo sistema ainda pode se fazer presente, não se adequando as transformações do contexto pós-moderno, que carece de rumos para seguir. A codificação, como forma de aproximar o direito ao leigo e de direcionar as decisões do aplicador do direito, acaba por perder sua finalidade. Quanto aos fins do processo legislativo de codificação, o autor ressalta que:

⁵⁸OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 2

⁵⁹DELGADO, Mario Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 262.

acima de tudo, a nosso ver certamente a principal vantagem, constitui o código (permitam-nos a figura de linguagem) um guia, uma espécie de GPS LEGISLATIVO, oferecendo ao operador coordenadas para que ele venha encontrar o melhor caminho para solução das lides nas quais seja chamada a intervir, ainda que esse melhor caminho esteja fora do próprio código. Sob esse prisma, o código também exerce uma importante função de coordenação e de integração do direito privado, na medida em que oferece a contralidade (não totalizante) no ordenamento jurídico. É centralizante no sentido de coordenar os institutos codificados com aqueles dispostos em lei especiais, sem pretender, no entanto, subtrair a legislação extravagante o seu regramento específico⁶⁰.

A recodificação pode significar a elaboração de um novo código, na recodificação total, como pode ser também parcial, em reformas no corpo do próprio código⁶¹. Em argumentos favoráveis à recodificação completa, quanto aos contrapontos de se optar por uma recodificação parcial, Mario Luiz Delgado expõe que “a recodificação parcial põe em risco a unidade do código, podendo transformá-lo numa simples justaposição de artigos heterogêneos”⁶².

Na tentativa de centralizar e dar controle ao sistema esparso e fragmentado que se formara no ordenamento brasileiro pós-constitucionalização de 1988, no Código Civil de 2002 vários dispositivos do código anterior foram conjugados aos acréscimos vindos da legislação especial pós-constitucionalização de 1988. O método legislativo da recodificação é uma forma de absorção de valores em razão da necessidade da transformação social. Se em primeiro momento a descodificação está a formar microssistemas, estatutos, leis esparsas, em movimentos descendentes do diploma do código, que estão a operar de modo descentralizado do código anterior, a recodificação visa centralizar o que a “inflação legislativa” estava por operar.

⁶⁰Op. cit., p. 74.

⁶¹Op. cit., p. 266-267. Mario Luiz Delgado coloca quanto ao grau de recodificação: “que podemos falar em uma solução fraca, média e forte. A primeira seria caracterizada pela alteração dos dispositivos do código para correções pontuais, sem alteração na estruturação do corpo normativo, como tem sido feito na Itália e na França tal como se pretende fazer no Brasil pelo projeto de lei n. 276/2007. A solução média é caracterizada exatamente pela recodificação no sentido de inserção no código de todos os diplomas extravagantes que lhe sejam pertinentes, a exemplo do que ocorreu com o BGB na grande reforma de 2001/2002. E finalmente a solução forte corresponderia à elaboração de um novo código, tal como proposto na Argentina, na Polônia e em diversos outros países.”

⁶²Op. cit., p. 266.

Gustavo Ferraz de Campo Mônaco, voltando-se à experiência europeia na codificação das disciplinas do Direito Civil, do Direito Comercial ou do Direito Penal, nos traz que no direito europeu, em particular nos países da França, Portugal, Espanha e Itália, há preferência pela recodificação à descodificação, de modo que, em um contexto geral,

começa-se a ser pregada uma readequação temática da legislação codificada segundo critérios da pós-modernidade, mormente com a tendência de se fazer frente à descodificação descendente, evitando vários microssistemas criados por sua irrefreável atuação restem desordenados, contraditórios e ambíguos, mormente diante de experiências de recodificação imperfeita, como a que se procedeu no sistema civilista brasileiro com a edição do Código civil, especialmente no que respeita ao direito de família. Essa readequação temática, antes referida, passa não só pela invenção de categorias novas, como também pela redefinição e pelo parcelamento dos ramos e dos Códigos tradicionais⁶³.

A técnica de codificação foi apelidada na França como “droit constant”, sendo método que procura recuperar os sistemas abertos ao diploma codificado. Da multiplicidade de Códigos que se fazem presentes no direito francês, como técnica legislativa, busca-se reduzir a um único código, este a sanar as desatualizações pela agregação da legislação especial, encerrando as disposições da matéria. Desta forma, evita-se a consulta a uma série de diplomas, tendo a coerência e a hierarquia que afastam os conflitos das regras⁶⁴.

⁶³MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campo. Novo regramento da adoção no direito brasileiro: codificar ou mesmo um exemplo de codificação *a droit constant*? In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 553.

⁶⁴CASTAING, Cécile. La ratification implicite des ordonnances de codification: haro sur l grande illusion. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, v..58, p. 275-304, 2004. p. 288: “Une codification à droit constant a vocation à traiter d’un droit existant, dans l’état où il est, et non un droit qu’elle voudrait créer ou mettre oeuvre. Mais entre la simple compilation consistant `regrouper par ordre chronologique ou thématique des textes épars et la grande oeuvre fondatrice, la codification à droit constant est une technique intermédiaire, qui l’ambition de mettre em ordre le droit, dans une presentation à la fois rationnelle e actualisé. Ce principe a dû être précisé ete le législateur a prévu une série de réserves: le Gouvernement est autorisé à modifier le droit applicable por assurer le respect de la hiérarchie de norms et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l’état du droit”. (Apud. MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campo. Novo regramento da adoção no direito brasileiro: codificar ou mesmo um exemplo de codificação *a droit constant*? In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo*

Todavia, vejamos que o projeto-lei “Estatuto das Famílias” (PL n. 2.285/07), projeto contemporâneo, contando com o apoio de grandes juristas em sua elaboração, voltando-se ao contexto pluralista dos conceitos de família, visou separar o Direito das Famílias de outras questões patrimoniais em função da repersonalização do conceito de família. Arguindo a favor da criação de outro diploma, destacam-se os critérios sistêmicos que não são prejudicados pela microssistematização, de modo que este diploma não compromete os aspectos das demais disciplinas do Direito Civil. Sobre o tema Paulo Lins e Silva expõe que

A razão para se investir tamanho empenho na criação de um Código de Família autônomo, versando sobre o direito material e processual, se dá, justamente, em função da própria natureza do Direito de Família, que, por tratar de sentimentos e questões cuja dificuldade de conceituação é extremamente difícil e complexa, não podem ser tratadas com a mesma frieza das questões, por exemplo, patrimoniais. Justamente por isso é que diversos países editaram Códigos de Famílias separados da legislação civil compilada em um só Diploma⁶⁵.

Frente à mudança da nova ordem de valores da filiação que vem sendo acolhida na jurisprudência, o Direito das Famílias tem sido tema constante de projetos de lei que visam adequar os paradigmas à realidade contemporânea. O Código Civil encontra lacunas em seus dispositivos que estão sendo revistas. A jurisprudência está em descompasso com a subsunção à norma, o que nos faz rever pontos de vulnerabilidade de artigos do Código que demandam uma nova sistematização dos critérios da parentalidade socioafetiva.

milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. p. 533.)

⁶⁵SILVA, Paulo Lins e. O Estatuto das Famílias no Direito Comparado. In: p. 265. Quanto ao projeto do “Estatuto das Famílias” o autor coloca que: “O projeto contou com o apoio do quadro de mais de 4000 associados ao IBDFAN, e teve, em sua comissão de sistematização, nomes dos mais nobres brilhantes juristas para o Direito de Família, trazendo em suma, “um time de craques”: Giselda Maria Fernandes de Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Rosana Fachin. O Estatuto, finalmente, incorpora diversos projetos de lei específicos, além de buscar soluções para conflitos familiares considerando os pilares do Direito de Família moderno – o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade – preocupando-se não somente em assegurar pelo direito posto tais valores, mas, especialmente, com a efetividade prática de tais princípios na vida das famílias modernas.”

1.1.4.1) Da verdade socioafetiva na recodificação do art.1.593 do Código Civil de 2002

A recodificação civil do Código de 2002, no texto de lei do art. 1.593, assegurou à origem biológica e não biológica do parentesco natural ou civil, conforme resulte ou não da consanguinidade. O seu conteúdo também deve ser interpretado ao lado do art. 1.596 do CC, que, repetindo os ditames constitucionais, proíbe o uso de quaisquer designações discriminatórias à filiação. No projeto lei do Código Civil de 2002, o projeto inicial se fez ainda no contexto das regras do Código Civil de 1916 quanto à família legítima, em que se mantinha a discriminação da estirpe ilegítima da filiação. Com os avanços da desbiologização das relações de parentesco, de acordo com as microssistematizações que surgiam pós-constitucionalização de 1988, os aspectos sociológicos da filiação foram postos em consideração por meio de emendas, em que a expressão “outras origem” contida no parentesco civil do art. 1.593, não continha no espírito da lei os critérios da posse-de-estado de filiação socioafetiva, voltando-se apenas à engenharia genética e à adoção⁶⁶.

Rosana Fachin, à época de transição ao novo código de 2002, criticava o código, pois,

nas mudanças proporcionadas pelo Código Civil de 2002, a posse de estado de filho foi, aí, completamente desconhecida. Na falta do termo, perdeu-se excelente oportunidade de introduzir a temática da filiação socioafetiva, por meio da posse de estado. Não o fez e aí nada se alterou, também⁶⁷.

⁶⁶Guilherme Calmon Nogueira da Gama, quanto ao processo legislativo que resultou no art. 1.593, expõe: “Cumpra observar, entretanto, que a redação original do art.1.597 do Projeto do Código Civil –datado de 1975 – reproduzia *ipsis literis* o revogado art. 332 do Código Civil de 1916. Assim o Código Civil dispunha que: ‘O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento, natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade ou adoção’. Da mesma forma, o texto do art. 1.597 do Projeto, na redação original, era o seguinte: ‘O parentesco natural, ou civil, conforme resultar da consanguinidade, ou adoção’. No curso da discussão do novo Código, foi apresentada Emenda n.222, passando o dispositivo a ter a seguinte redação: ‘O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou adoção’, fundamenta-se tal mudança com base na regra expressa no §6º, do art. 227 da Constituição Federal de 1988: ‘Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’. Ao retornar à Câmara dos Deputados, a redação do dispositivo, tal como resultante da emenda senatorial, foi mantida, apenas renumerando-se o dispositivo que passou a ser o art. 1.593 do novo Código Civil: ‘O parentesco é natural ou civil, conforme resulta da consanguinidade ou adoção’. No ocorrido do mês de novembro de 2001, houve a substituição do termo ‘adoção’ por ‘outra origem’.” (GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey,2001, p. 96.)

⁶⁷FACHIN, Rosana. Da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey,2001, p. 114.

Belmiro Pedro Welter, na época de transição para o novo código civil, logo após o início de sua vigência, buscando o adequar da letra de lei do artigo 1.593 aos valores da afetividade, esclarecia, quanto ao conteúdo do parentesco civil, que essa *outra origem* de parentesco é justamente a sociológica, (afetiva, socioafetiva, social, eudemonista).⁶⁸ Havia na doutrina nacional a procura da valorização dos aspectos sociais, em uma tentativa de conter os critérios socioafetivos.

Paulo Lôbo, em sua doutrina, veio a distinguir a verdade biológica, pautada por critérios da consanguinidade, do “estado de filiação”, na sistematização da verdade socioafetiva, apresentado as seguintes classificações:

- a) verdade biológica com fins de parentesco, para determinar a paternidade – e as relações de parentesco decorrentes – quando esta não tiver sido constituída por outro modo e for inexistente no registro de nascimento, em virtude da incidência do princípio da paternidade responsável;
- b) verdade biológica sem fins de parentesco, quando já existir pai socioafetivo, para os fins de identidade genética, com natureza de direitos da personalidade, fora do direito de família;
- c) verdade socioafetiva, quando já constituído o estado de filiação e parentalidade, em virtude da adoção, ou da posse de estado de filiação, ou de inseminação artificial heteróloga⁶⁹.

Diante às características sistêmicas desta mudança de paradigma, a socioafetividade é expressão que vem a congregar o fator social (sócio), ao lado do princípio normativo do afeto (afetividade)⁷⁰. A afetividade como valor jurídico no direito à família, segundo Paulo Lôbo, abrange dimensões como:

- a) da solidariedade e da cooperação; b) da concepção eudemonista; c) da funcionalização da família para desenvolvimento da personalidade de seus membros; d) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade; e) dos efeitos jurídicos da

⁶⁸WELTER, Belmiro. *Princípio da igualdade entre filiações biológicas e socioafetivas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161.

⁶⁹LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

⁷⁰Op. cit., p. 29.

reprodução humana assistida; f) da colisão dos direitos fundamentais; g) da primazia do estudo do direito da filiação, independente da origem biológica⁷¹.

A *verdade socioafetiva*, em que a concepção da relação de parentesco vem desvinculada da origem biológica, é o que chamamos de *desbiologização da filiação*, conforme as portas de João Batista Villela em seus estudos do direito à adoção, ainda em momento pouco antes da ocorrida constitucionalização de 1988, quando o ordenamento tomava o rumo mais humanitário no direito à família.

Logo nos primeiros momentos de vigência do Código Civil, voltando-se à inserção legislativa da parentalidade socioafetiva, a posse-de-estado foi objeto de estudo do Conselho de Justiça Federal, quando foi elaborado o Enunciado 256 do CEJ – art. 1.593 do CC: “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.” Havia na doutrina a necessidade de conter a parentalidade socioafetiva à margem legal. Ao passo que o código não era expreso quanto ao tema, interpretava-se que a parentalidade socioafetiva deveria ser abrangida dentro da inteligência do art. 1.593 do CC.

A verdade socioafetiva está relacionada a própria natureza que se extrai do termo “outra origem” contido no artigo 1.593 do CC⁷². A doutrina nacional, no primeiro momento em que se buscava consolidar os paradigmas da parentalidade socioafetiva, veio a correlacionar os fatos que se inserem nesta origem do parentesco, de modo a ressaltar três institutos: a) a adoção; b) a posse-de-estado de filiação, e; c) a reprodução assistida heteróloga⁷³. Neste contexto, a posse-de-estado de filiação é apenas uma das

⁷¹Op. cit., p. 73.

⁷²Op. cit., p. 296. Segundo Paulo Lôbo: “O art. 1.593 do Código Civil refere a dois tipos de parentesco, o natural e o civil. Considera natural o que decorre da consanguinidade dos parentes, nesse sentido, biológico. Já o parentesco civil remete a ‘outra origem’, cujas espécies se enquadram na genérica expressão de socioafetividade, além do parentesco por afinidade.”

⁷³Fabiola de Albuquerque Santos, voltando-se as espécies de paternidades que se fazem presentes na codificação civil, expõe: “À luz da codificação civil é possível identificar três tipos de paternidade, quais sejam: a jurídica, a biológica e a socioafetiva.(...) A paternidade socioafetiva como dita alhures, contempla três espécies: a adoção, a posse de estado de filiação e a técnica de reprodução assistida heteróloga.” (SANTOS, Fabiola Albuquerque. *Ações de filiação: da investigação e negatória da paternidade e do reconhecimento dos filhos*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 163.)

Para Jorge Shiguemitsu Fujita, em análise da contemporaneidade das relações de filiação, também entende que a filiação socioafetiva “se apresenta na adoção, na técnica de reprodução assistida heteróloga ou por adoção e, na posse de estado de filho, representada pela adoção à brasileira e pelos ‘filhos de criação’.”(FUJITA, Jorge Shiguemitsu. A filiação na contemporaneidade. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 475.)

expressões da verdade socioafetiva, de modo que a natureza do parentesco na origem socioafetiva é mais ampla, abrangendo também outras hipóteses, como da reprodução assistida e da adoção.

Diante da necessidade de se adequar o ordenamento às hipóteses da verdade socioafetiva, os novos projetos de lei procuram definir a natureza do parentesco aos valores contemporâneos, trazendo uma releitura da expressão parentesco civil, agora substituída pela expressão parentesco socioafetivo. Como exemplo, o Projeto Lei n. PLS 470/2013 – Estatuto das Famílias, em suas apresentações gerais e justificativas de projeto, quanto à filiação, não mais faz referência à expressão “parentesco civil”, colocando a natureza socioafetiva ao lado da consanguínea:

A jurisprudência vem reconhecendo novos paradigmas parentais, tratando de modo igualitário as relações de filiação, independente da origem consanguínea ou socioafetiva. A adoção, a posse de estado de filho e a inseminação artificial heteróloga são exemplos de que a família é uma realidade socioafetiva. Visando evitar contradições presentes em alguns julgados, o Estatuto distingue com clareza: dever de registro do nascimento, reconhecimento voluntário do filho, investigação judicial de parentalidade e a impugnação da paternidade, da maternidade ou da filiação, com prevalência para posse de estado de filhos, com a respectiva convivência familiar.

A releitura dos novos paradigmas parentais se faz constante nos dias atuais, na sistematização de regras que diferenciem a verdade biológica da verdade socioafetiva.

1.1.4.2) Da construção jurisprudencial e doutrinária brasileira da posse-de-estado de filiação socioafetiva

A posse-de-estado de filiação socioafetiva, embora se fizesse presente na jurisprudência do período pós-constitucionalização de 1988, em julgados quanto aos “filhos de criação”, não foi prevista expressamente no Código Civil brasileiro de 2002, deixando lacunas para serem supridas. Por meio de construção jurisprudencial, o art. 1.605 do CC/2002 passou a ser explorado para fins de extrair critérios concretos e objetivos do modo como se apurar e estabelecer o vínculo de parentesco socioafetivo.

Em sua origem histórica, a posse-de-estado de filho surge desvinculada da parentalidade socioafetiva como conhecemos hoje, pois sua previsão legal no Código de 1916 estava no sentido de ser meio de prova da origem da filiação legítima em hipóteses de falta ou perda dos dados do registro civil de nascimento (art. 309 – II do CC de 1916)⁷⁴. Este dispositivo foi repetido no novo Código Civil como critério de presunção da filiação para suprir a falta de documentação do registro público da filiação. Como característica de qualquer presunção jurídica, o artigo traz critério que se baseia na busca de indícios que demonstrem critérios lógicos de uma relação fática preexistente⁷⁵.

Não há referência aos aspectos da verdade socioafetiva quanto à posse-de-estado no art. 1.605 do CC/2002 como encontramos em outros países. Em uma análise comparada do direito francês, a legislação estrangeira, desde a reforma civil da França, em 1972, buscou aspectos socioafetivos⁷⁶, contando com o dispositivo do art. 322 disciplinando que “reciprocamente, ninguém pode contestar o estado daquele que tem uma posse conforme o seu registro de nascimento”. Esta norma confere a proteção dos aspectos da verdade socioafetiva, pois, se rege segundo a exteriorização da aparência, em que prevalece o reconhecimento da filiação, independente da origem sanguínea.

No ordenamento brasileiro a posse-de-estado, segundo a redação original do art. 1.605 do CC/2002, tem os fins de suprir a ausência de registro, sendo meio de prova do fato do nascimento biológico. O sentido atribuído à posse-de-estado desde as

⁷⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito de Família, Vol. III, atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas, São Paulo: Editora Bookseller, 2001, p. 69. Segundo Pontes de Miranda: “Acertadamente, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 8 de novembro de 1943 (RT 151/588), decidiu: ‘A filiação legítima pode ser provada, nos casos do art. 349 do Código Civil, em ação de anulação de doação por ofensa à legítima. O art. 349 do Código Civil dispõe que na falta ou defeito do termo de nascimento poderá provar-se a filiação por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II – quando existem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Os autores, em geral, dizem que este dispositivo se aplica quando não se fez o registro, quando ele é defeituoso, ou quando o livro se perdeu. Nada impede, porém, que se aplique também ao caso de haver grande dificuldade na extração da certidão por motivo de guerra ou peste.’”

⁷⁵CC/2002, Art. 1.605: Na falta ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: (...)II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

⁷⁶Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em momento de transição para o novo Código de 2002, voltando-se aos aspectos socioafetivos da legislação francesa, atentara que: “Mira-se no exemplo permissivo do Código Civil francês, com a reforma de 1972, que passou a admitir que, na falta de filiação paterna estabelecida, o marido da mãe pode conferir seu próprio nome a criança, por meio de uma declaração que ele pode fazer juntamente com a mãe, sem que haja o pai da criança, atendendo aos interesses do menor, no sentido de possibilitar seu desenvolvimento em todas as áreas, principalmente a psicológica.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.98.

Ordenações de Portugal, repetido no Código Civil de 1916, voltava-se à filiação legítima, sendo reiterado no Código de 2002 como meio de prova da filiação na família natural⁷⁷. Pontes de Miranda ao tratar da posse de estado-de-filiação da família legítima, durante a vigência do art. 349 do Código de 1916, colocava que:

Posse de estado de filho consiste no gozo do estado, da qualidade de filho havido da relação do casamento e das prerrogativas dela derivadas. Os antigos escritores exprimiam isso, concisamente, em três palavras, dizendo que são elementos necessários: *Nomen*: isto é, que o indivíduo uso o nome da pessoa a que atribui a paternidade. *Tractatus*: que os pais o tratassem como filho, e nessa qualidade lhe tivessem dado educação, meios de subsistência etc. *Fama*: que o público o tivesse sempre como tal⁷⁸.

Todavia, por força de construção jurisprudencial e doutrinária, os mesmos critérios de prova utilizados para demonstrar o vínculo de filiação na família legítima desde o Código de 1916 passaram a dar margem para constituição e desconstituição do vínculo de parentesco de filiação em função da *teoria da aparência*. Segundo Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal,

é a projeção da teoria da aparência sobre as relações jurídicas filiatórias, estabelecendo uma filiação fática que merece tratamento jurídico. (...) O papel preponderante da posse de estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, desta forma, mais Direito à vida e mais vida ao Direito⁷⁹.

⁷⁷Segundo Julie Cristine Delinski, “a posse de estado surgiu no Direito Português das Ordenações, no qual distinguia filhos legítimos e ilegítimos, e em que: ‘o pai podia, ainda, reconhecer a qualidade de filho a alguém que naturalmente fosse (perfilhação) podendo até ser forçado a isso, mediante ação posta pelo filho a baseada em posse de estado de filho ou em quaisquer outras conjuncturas’(Ord., fil., III, 9, in fine).” DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 38. (Apud: FUJITA, Jorge Shiguemitsu. A filiação na contemporaneidade. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010 p. 474.)

⁷⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito de Família, Vol. III, atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas, São Paulo: Editora Bookseller, 2001, p. 71.

⁷⁹FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Juspodium, 2019, p. 589.

Diante da construção doutrinária e jurisprudencial que se fez presente no ordenamento brasileiro, em razão do valor jurídico da afetividade e o princípio da aparência, a posse-de-estado da filiação socioafetiva, aos poucos, foi ganhando guarida em razão do “ativismo judicial”. Vejamos a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2004, que colocava a posse-de-estado como critério à adoção informal:

AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DE ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a “posse de estado de filho”, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por aceito como tal pela sociedade, com visibilidade pública e notória. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo caráter de seriedade à relação aparente. Isto ainda ocorre com o “estado de filho afetivo”, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar situação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração ao respeitoso princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação, com veredito declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários.”(TJRS, 7 Câmara Cível, Ap. cível n. 70008795775, Relator: Des. José Jorge Teixeira Giorgis, julgado em 23.6.2004).(grifo nosso)

Verbalizava a jurisprudência o “estado de filho afetivo”, com o avançar da doutrina e da jurisprudência, como produto do Judiciário, no produzir do Direito, consolidou-se como critério para constituição e desconstituição das relações de parentesco.

A posse-de-estado de filiação socioafetiva passou a ser acolhida como novo paradigma das relações parentais, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que colocamos em destaque os seguintes trechos da ementa do Resp. 1.189.663, sob relatoria da Min. Nancy Andrigui, proferido em. 06/09/2011:

FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.

1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.

2. A norma princípio estabelecida no artigo 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar o que procura o reconhecimento de filiação socioafetiva, trânsito desimpedido de sua pretensão.

3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, de maneira indelével, a posse de estado de filho, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado no vínculo biológico. Não demonstrada a posse de estado de filho, torna-se inviável a pretensão. (STJ – 3ª T., Resp. 1.189.663, Min. Nancy Andrigui, j. 6.9.11).

A posse-de-estado de filiação socioafetiva passou a ampliar os restritivos comandos de reconhecimento da filiação ensejando a *relativização do DNA*, sendo a socioafetividade o valor dignificante da relação de parentesco⁸⁰. Na prevalência do

⁸⁰Segundo Rui Geraldo Camargo Viana: “Sendo incapaz de atestar a exigência de valores, outros indispensáveis ao reconhecimento da filiação paterno-filial, que dignifique a existência dos envolvidos, o exame de DNA é recomendável somente quando existentes anteriores elementos de convicção capazes de justificar o reconhecimento que, como cediço, não se deve pautar por questões econômicas-financeiras.” (VIANA, Rui Geraldo Camargo. Da relatividade do DNA para reconhecimento de filiação. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu;

vínculo socioafetivo sobre o biológico, cada vez mais, tornavam-se presentes casos conhecidos por *filhos de criação*⁸¹.

Os critérios da posse-de-estado se fizeram notórios na jurisprudência, na sistematização de seu conteúdo, a exemplo dos casos de *adoção à brasileira*, *adoção póstuma* e as relações de *madrastio* e *padrastio*.

Vejamos como a posse-de-estado de filiação socioafetiva passou a ter efeitos jurídicos na *adoção à brasileira*⁸², negando a invalidade do registro civil, com base no melhor interesse da criança, prevalecendo o vínculo socioafetivo em detrimento do vínculo biológico:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DESCONSTITUIÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PREPONDERÂNCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade daquele que, sabidamente, não é filho da pessoa, sem seguir o procedimento legal é chamado de “adoção à brasileira”. 2. A “adoção à brasileira”, apesar de contrária à lei, vem sendo aceita pela sociedade em razão da preponderância da filiação socioafetiva sobre a biológica e do princípio do melhor interesse da criança. 3. Deverá ser mantido o registro civil da criança, mesmo que contrariando a verdade biológica, quando lhe for o mais conveniente. 4. Recurso improvido. (TJMG, Ap. Cível n. 1.0672.00.029573-9/001, Rel.: Des. Nilson Reis, julgado em 27.2.2007.)

ZUCCHI, Maria Cristina (org.) Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 498.)

⁸¹Jorge Shiguemitsu Fujita, ao conceituar filhos de criação, expõe: “Os filhos de criação se enquadram na modalidade filiação socioafetiva, a qual decorrente da posse-de-estado de filho, consistente está na relação paterno-filial, ou maternal filial, ou paterno-materno filial, em que se destacam o tratamento existente entre os pais e o filho, de caráter afetivo, amoroso e duradouro, e a reputação ou fama na qualidade de filho perante terceiros. Na maioria das vezes, esses filhos do afeto não utilizam o sobrenome de seus pais socioafetivos. (...)A palavra criação tem o significado de “afeição, adoção, aceitação, sustento e guarda. Podem ser órfãos; parentes distantes; ou filhos de uma empregada que os deixou na casa do empregador doméstico, diante da impossibilidade de os criar; ou os filhos do compadre ou comadre; os filhos de um amigo pobre; enfim, pessoas de qualquer origem.” (FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filhos de Criação: e os seus direitos? In: CASSETARI, Christiano, orientação: VIANA, Rui Geraldo Camargo. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002, estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 565-566.)

⁸²A “adoção à brasileira” é fato típico penal previsto no artigo 270 do Código Penal, “de registrar filho de outrem”, todavia, quando demonstrados os aspectos da nobreza do reconhecimento da filiação, pode o sujeito ativo ser favorecido pelo perdão judicial, em que o juiz deixa de aplicar a pena.

Ainda, quanto à *adoção à brasileira*, soma-se a *boa-fé objetiva* à parentalidade socioafetiva como critério no Direito das Famílias aos fins de se obter a proteção substancial à ideia de confiança.⁸³ Com base neste fundamento, o Superior Tribunal de Justiça, voltando-se ao plano de lealdade das partes, reconheceu no âmbito das relações familiares a função integrativa da *boa-fé objetiva* no direito à filiação, conforme podemos constar no acórdão proferido no Resp. n. 1.087.163/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/08/2011, Dje 31/08/2011:

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.
2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.
3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em *boa-fé*, deve ter guarida no Direito de Família.
4. Nas relações familiares, o princípio da *boa-fé objetiva* deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

A *boa-fé objetiva* no direito de família passou a assegurar a irrevogabilidade do reconhecimento da filiação, em razão de um padrão de conduta, de modo a responsabilizar aqueles que conscientemente reconhecem a filiação, sem a certeza do vínculo biológico, em decorrência do ato volitivo. Até a mera dúvida não pode ser alegada em benefício daquele que, voluntariamente, reconhece o estado de filiação⁸⁴.

⁸³Luiz Fernando Salles Rossi, quanto à Teoria dos Atos Próprios que migra do Direito das Obrigações ao Direito de Família, nos traz que: “não é diferente, pois, que nas relações de Direito de Família haja a proteção substancial à ideia da confiança. Nas relações de família cobra-se dos seus sujeitos comportamento ético, dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas.” (ROSSI, Luiz Fernando Salles. O abuso de direito nas relações de família. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Direito de família e das sucessões*, vol.2. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98.)

⁸⁴Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “A ausência de vínculo biológico (afastado por exame de DNA) não teve o condão de desconstituir a filiação, pois foi reconhecido juridicamente que se estabeleceu o vínculo socio-afetivo entre pai e filho, porquanto, só após 22 anos do nascimento do filho, o pai propôs ação negatória de paternidade combinada com retificação de registro civil. Com esse

Voltando-se à *adoção póstuma*, com fundamento na posse-de-estado de filiação socioafetiva, foi relativizada a regra procedimental que determina que o deferimento da adoção está condicionado à propositura da ação de adoção antes do óbito (art.42§6º do ECA). A existência de manifestação inequívoca da vontade exigida passou a ser suprida de modo a ser suficiente o demonstrar do *ânimo* de filiação que se faz presente na posse-de-estado de filiação socioafetiva.

Se em primeiro momento o formalismo das regras do procedimento de adoção foi relativizado, permitindo outros meios que demonstrassem o início do procedimento, a exemplo do testamento⁸⁵, a jurisprudência foi além, em apenas exigir que se demonstre a posse-de-estado, pois esta é superior que uma simples manifestação⁸⁶. Segundo o julgado do Superior Tribunal de Justiça, 3. Turma, no Resp. 1663137/MG 2017/0068293-7, Rel., Des. Ministra Nancy Andrigui, em 15/08/2017:

ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. INEXISTÊNCIA. LAÇO DE AFETIVIDADE EM VIDA. DEMONSTRAÇÃO CABAL. “1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de

entendimento, a Turma negou provimento ao Resp. do pai. Apontou o Minº Relator que, nas instâncias ordinárias, ao contrário do sustentado no Resp., ficou incontestado não haver adoção à moda brasileira, pois o recorrente, ao proceder ao registro da paternidade, não tinha conhecimento da inexistência de vínculo biológico e, apesar da alegação de dúvidas, portou-se como pai, estabelecendo vínculo de afetividade. Explicou que a paternidade fundada no vínculo socio-afetivo não é construção doutrinária nem jurisprudencial, mas encontra proteção no § 6º do art. 227 da CF/1988, que veda a diferenciação entre filhos havidos ou não de relação de casamento, e no art. 1.595 do CC/2002, que reconhece o parentesco civil resultante de origem não consanguínea. Observou que o reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito se demonstrado o vício de consentimento ou falsidade do registrado, conforme disposto no art. 1.604 do CC/2002. Esclareceu que, por erro de conhecimento, deve-se compreender a falsa representação da realidade ou ideia falsa da realidade, tal como apregoadado na doutrina. Ademais, no contexto dos autos, não se denota emprego de diligência apta a configurar o alegado erro substancial escusável. Anotou ainda que o erro essencial apto a anular a filiação assentada no registro civil deve estar evidenciado nos autos de forma clara e robusta, o que não se verificou no caso.” (Precedentes citados: Resp. 932.692-DF, DJe 12/2/2009, e Resp. 1.022.793-RS, DJe 3/2/2009. Resp. 1.078.285-MS.)

⁸⁵Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Adoção socioafetiva. Declaração de vontade efetivada por testamento. Reconhecimento de adoção incidental. Possibilidade. O magistrado deve julgar com observância da legislação aplicável ao caso, mas, não deve ignorar, diante das peculiaridades, a sensibilidade inerente ao ser humano, principalmente quando a relação a ser tutelada está fundada no afeto. A doutrina vem caminhando para o abandono do formalismo excessivo e, em se tratando de filiação socioafetiva, tem-se priorizado a dignidade da pessoa humana. No caso em exame deve ser reconhecida a adoção em razão do reconhecimento de filiação declarado no testamento deixado pelos falecidos pais afetivos da requerida, mesmo que o ato não se tenha efetivado com a observância estrita do procedimento prescrito na legislação.” (TJMG EI 1000084729359003, 4. G. C., Rel. Des Elpídio Donizetti, j. 20/02/2013)

⁸⁶Para Maria Berenice Dias: “A posse do estado de filho é mais do que uma simples manifestação escrita feita pelo de cujus, porque o reconhecimento não está ligado a um único ato, mas a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção.” (DIAS, Maria Berenice. Manual do direito das famílias. Porto Alegre: RT, 2015, p 493.)

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.

2. 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 adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ. 3.T., Resp. 1663137 / MG 2017/0068293-7, Rel., Des. Ministra Nancy Andrigui, em 15.08.2017)

O estabelecimento póstumo da filiação socioafetiva foi acolhido na jurisprudência em processos de adoção. O início do procedimento em vida não é necessário, desde que demonstrada a inequívoca vontade adotar, em função da afetividade.

Compondo os fatores que impulsionaram a mudança de paradigma na jurisprudência pela posse-de-estado de filiação socioafetiva, também devemos incluir as relações de *madrastio* e *padrastio*. O fato das pessoas se divorciarem e se casarem novamente na sociedade contemporânea, nos traz o modelo de família mosaico formado em razão do novo relacionamento dos novos cônjuges ou companheiros com a filiação do relacionamento anterior. Diante da convivência diária deste novo arranjo familiar, surgem reflexos, como exemplo, poderá ocorrer o detrimento dos laços biológicos com o fortalecimento da posse-de-estado de filiação socioafetiva com aqueles que passaram a ocupar o papel funcional da autoridade parental, agora exercida pelos padrastos e madrastas.

As famílias, em que o *padrastio* e o *madrastio* ocupam a posição funcional nos deveres de assistir, criar e educar, foram um dos eixos para que ocorresse a valorização dos aspectos socioafetivos. Seus contornos na qualidade de arranjos familiares foram trazidos para doutrina com classificações diversas por seus aspectos próprios (plural, recomposta, reconstituída ou mosaica) e seus efeitos jurídicos quanto à constituição da relação de parentesco socioafetivo fizeram da posse-de-estado de filiação socioafetiva um comando, não apenas para o estabelecimento da filiação, mas também para assegurar alguns efeitos jurídicos, independente do parentesco, como exemplo, os direitos aos alimentos:

ALIMENTOS À ENTEADA. POSSIBILIDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO DEMONSTRADO. PARENTESCO POR AFINIDADE. FORTE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA OBSERVADA. QUANTUM ARBITRADO COMPATÍVEL COM AS NECESSIDADES E AS POSSIBILIDADES DAS PARTES. Comprovado o vínculo socioafetivo e a forte dependência financeira entre padrasto e a menor, impõe-se a fixação de alimentos em prol do dever contido no art. 1.694 do Código Civil. Demonstrada a compatibilidade do montante arbitrado com a necessidade das Alimentadas e a possibilidade do Alimentante, em especial os sinais exteriores de riqueza em razão do elevado padrão de vida deste, não há que se falar em minoração da verba alimentar. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.073740-3, de São José, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 14-02-2013

Os efeitos jurídicos da posse-de-estado de filiação nas relações *padrastio* e *madrastio* se fizeram presentes desde uma escala menor, como exemplos, os direitos aos alimentos e os direitos de personalidade, na inclusão do nome de família do padrasto ou madrastra⁸⁷, assim como em efeitos jurídicos em grau maior, alcançando o direito à família, no reconhecimento do vínculo de parentesco de filiação, com reflexos em direitos sucessórios e direitos previdenciários.

1.1.4.3) Dos plenos direitos da família homoafetiva à filiação

Repetindo a norma contida no art. 226, §3º da CF de 1988, o Código Civil de 2002, dispôs, em seu art. 1.723, que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher”. A interpretação literal da lei aos aspectos heteronormativos resultou na marginalização das uniões homoafetivas. Todavia, a luta na Justiça contra o fim do preconceito, após longos anos de debate jurídico, contou com a decisão da Corte Suprema, na ADI 4.277 em 14.11.2011, em que se proferiu

⁸⁷Resp. n.1069864, relatora Ministra Nancy Andrigui, publicado no DJE 03/02/2009: “Não há como negar a uma criança o direito de ter alterado seu registro de nascimento para que dele conste o mais fiel retrato da sua identidade, sem descurar que uma das expressões concretas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é justamente ter direito ao nome, nele compreendido o prenome e patronímico.”

interpretação conforme à ordem constitucional de 1988, valorizando os aspectos existenciais, democráticos e pluralistas da família, dando margens à regulamentação das uniões estáveis e o casamento homoafetivo⁸⁸.

O reconhecimento do direito à família formada em uniões estáveis por pessoas do mesmo sexo passou a ter impactos na liberdade de planejamento familiar no direito à filiação, tendo como marco divisor de direitos a decisão da Corte Suprema, no que podemos a partir desta distinguir nitidamente duas fases no reconhecimento dos seus direitos: a primeira, marcada por uma constante procura litigiosa do direito à filiação às margens do preconceito, e; uma segunda fase, em que o reconhecimento dos direitos da categoria passaram a serem assegurados em resoluções e provimentos normativos, no direito à igualdade dos arranjos familiares.

Em momento anterior o reconhecimento dos direitos ao casamento e à união estável da família homoafetiva, o direito à filiação ocorria de modo oblíquo, por meio de subterfúgios da via unilateral da procriação medicamente assistida ou da adoção, casos em que, com a convivência da criança com o casal homoafetivo, ingressava-se com o pedido na via judicial para o reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva.

Os direitos à família homoafetiva foram, primeiramente, acolhidos nas cortes da Justiça Comum, nas Varas de Família⁸⁹, com efeitos jurídicos em igualdade à origem da filiação biológica, em direitos aos alimentos, à convivência e à sucessão hereditária, entendimento que, posteriormente, foi recepcionado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁹⁰. Os pareceres que conduziam a matéria tinham em

⁸⁸Com fundamento na da decisão da Corte Suprema, passou a ser regulamentado o casamento homoafetivo pela Resolução 175/13 do CNJ.

⁸⁹APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. (TJRS, AC70013801592, 7C. Cív., Rel. Des. Luís Felipe Brasil dos Santos. J. 05/04/2006.)

⁹⁰DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DE PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA O ADOTANDO. ART. 1. DA LEI

consideração, não o direito à felicidade na busca pelo lar, mas, sim, os aspectos do princípio do melhor interesse da criança, sendo esta a margem legal para realização do direito à filiação no primeiro momento dos direitos desta modalidade de família.

Maria Berenice Dias, ao discorrer quanto às dificuldades dos direitos à família na comunidade LGBTI, ressalta uma primeira fase marcada pelo “realismo jurídico” que estava por conduzir as decisões do Judiciário:

Depois de o Supremo Tribunal Federal ter equiparado a união homossexual à união estável entre casais heterossexuais, concedendo-lhes os mesmos direitos, significativos foram os reflexos no que tange à adoção. Ainda que o Poder Legislativo não tenha regulamentado as relações homossexuais, o Poder Judiciário, a fim de sanar tal lacuna, tem reconhecido relacionamentos, orientando-se pelo “realismo jurídico”, teoria que visa enquadrar o direito à realidade social⁹¹.

Se no primeiro momento de seus direitos o retrato da família homoafetiva era de uma família marginalizada, o segundo momento dos seus direitos é guiado à luz da dignidade da pessoa humana, em que a Corte Suprema proferiu decisão reconhecendo a sua *plena legitimidade ético-jurídica*, trazendo reflexos no direito à filiação, sob o princípio da igualdade nos arranjos familiares, conforme podemos extrair do seguinte trecho do voto do julgado no Resp. 1.281.093/SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 18.12.2012:

Ementa: CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

(...)

2.1 - da possibilidade jurídica da adoção na união homoafetiva.

(...)

A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, trouxe como corolário, a extensão automática, àquelas, das prerrogativas outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional.

12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (STJ Resp. 889.852-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 27/4/2010.)

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos da LGBTI*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111.

Sob esse prisma, a litania trazida pelo recorrente, que aborda possíveis limitações ao pleno exercício da cidadania, em decorrência de uma opção sexual, mostra-se amplamente superada pelo julgamento do STF.

O ordenamento jurídico pátrio, a começar pela Constituição Federal, não limita os direitos de cidadãos ao exercício pleno de sua cidadania por orientação sexual.

Vale dizer, se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é a fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza.

Estes, como aqueles, são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar quaisquer conteúdos discriminatórios

Assim, não causa espécie, nem pode ser tomada como entrave técnico ao pedido da adoção, a circunstância da união estável ser fruto de uma relação homoafetiva, porquanto esta, já consolidada na jurisprudência pátria, não se distingue, em termo legais, da união heteroafetiva.

No entanto, enquanto não remaneçam dúvidas quanto à viabilidade legal do pedido, pendente ainda o debate das possíveis consequências negativas, para a infante, com essa modalidade de adoção, pois para sobre o tema, como norma princípio que é (art. 43 do ECA), a aferição sobre reais vantagens para a adotanda. *(grifo nosso)*

À família homoafetiva foram superados os aspectos heteronormativos da literalidade do art. 1.723 do CC na união estável e do direito ao casamento. Como reflexos nos direitos à filiação, o direito à igualdade no planejamento familiar se fez de modo pleno, em direitos procriacionais por meio da reprodução assistida, da posse-de-estado de filiação e dos direitos à adoção.

A quebra dos paradigmas no reconhecimento da família homoafetiva repercutiu em mais uma crise do Código de 2002, atingindo diretamente dispositivos que tem por modelo de família a união heterossexual, como ocorre no art. 1.597 da CC, em que as presunções de filiação se fazem em função do “marido”. Esta norma, quando elaborada, tinha por referencial a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº1.358/92 que recepcionava apenas o modelo de família de casais do sexo oposto, matéria que, nos dias atuais, segunda a realidade dos novos arranjos familiares, deve ser revista no código em favor dos direitos de uniões de pessoas do mesmo sexo com fins de constituir família.

Na recodificação civil de 2002, a inserção das técnicas de reprodução assistida no contexto das presunções matrimoniais contidas no art. 1.597 do CC foi uma tentativa mal sucedida na elaboração do Código de ajustar a verdade biológica aos critérios socioafetivos da reprodução assistida heteróloga. Pretendia o legislador que a ausência de critérios temporais da data da concepção que presumem a parentalidade não impedissem a presunção da filiação na reprodução assistida heteróloga, a qual ocorre independente do tempo de gestação. Porém, a sistematização apresentou lacunas, de modo que o Código não veio a conter os direitos dos companheiros. Para fins de assegurar seus direitos, embora não haja uma previsão expressa no Código, as técnicas de reprodução assistida também devem ser sistematizadas à inteligência do art. 1.609 do CC, no reconhecimento da filiação extramatrimonial⁹².

Com os direitos da família homoafetiva à filiação assegurados na Corte Suprema, temos o segundo momento no ordenamento brasileiro marcado pelo movimento descendente do código de elaboração de normas, resultando em descodificação, em que o direito não está mais no Código Civil de 2002, mas sim em microsistemas, assegurando os novos paradigmas parentais. Com base no modelo de família homoafetiva, o Conselho Federal de Medicina editou normas para reprodução assistida heteróloga com significativas mudanças⁹³, momento em que foi assegurado na deontologia da medicina o procedimento clínico à gestação de útero alheio, como técnica que dá margem às famílias formadas em uniões de pessoas do sexo masculino recorrerem ao seu uso, desde que preenchidos os requisitos da resolução do CFM⁹⁴.

Neste decorrer de mudanças, a *maternidade de intenção*, a qual os aspectos registrares vinham se operando no âmbito da jurisprudência das Varas de Registros Públicos⁹⁵, passou a ter assegurada a *extrajudicialização* do procedimento de registro

⁹²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo código civil e o estatuto da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 277.

⁹³Resolução do CFM n. 2.013/2013. Como marco histórico ao tema: “Considerando que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 05/05/2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132)”

⁹⁴Resolução CFM n. 2.168/2017, item VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

⁹⁵Segunda Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo, no Processo n. 001626645.2012.8.26.0001, conforme podemos extrair do parecer do MM. Juiz Márcio Martins Bonilha Filho: “a situação posta em controvérsia impõe que se examine o tema sob a ótica da maternidade de intenção, fruto de um objeto planejado, no estabelecimento de uma filiação desejada pelos requerentes.

de nascimento por meio das normas do Provimento nº 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça, resultando na desburocratização e modicidade de custos do registro de nascimento, dispensando a via judicial para o reconhecimento de filhos das famílias formadas em uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo⁹⁶.

Por meio do suporte normativo regulamentado no âmbito do Judiciário se implementou a segurança jurídica necessária à ordem dos princípios constitucionais como o princípio da igualdade substancial das formas de família e o princípio da igualdade e da não discriminação da origem da filiação. No contexto das normas contidas nos microssistemas dos Provimentos que regulamentaram o tema, ao passo das regras permissivas para o uso das técnicas de reprodução assistida, assegurando direitos à presunção matrimonial aos companheiros, também foram elaboradas cautelas para o registro de nascimento e a expedição de certidões, de modo a não se discriminar o sexo dos ascendentes na publicidade de seus dados⁹⁷.

Apesar das inovações normativas que sobrevieram, o código permanece igual, representando um verdadeiro atraso no contexto de valores da sociedade pelo descompasso da letra de lei.

A falta de legislação específica regulamentando os direitos da categoria LGBTI é matéria do conteúdo de diversos projetos legislativos, a exemplo do Projeto Lei do Estatuto da Diversidade Sexual. Maria Berenice Dias, ao discorrer sobre a elaboração de lei especial que regulamenta critérios específicos quanto às relações jurídicas deste diploma legal, favorável à microssistematização, expõe:

A técnica mais moderna de inclusão de segmentos alvo da vulnerabilidade social no âmbito da tutela jurídica é por meio da construção de microssistemas: lei temática que enfeixa princípios, normas de conteúdo material e processual, além de dispositivos de natureza civil e penal. Essa é a estrutura do Estatuto da Diversidade Sexual, que consagra uma série de

F., abstraídos os aspectos religiosos e morais, é, tecnicamente, a mãe de sangue dos gêmeos, e reúne legitimidade para integrar os assentos de nascimento.”

⁹⁶Provimento n. 52/2016 do CNJ, revisto por meio do Prov. n.63/2017 do CNJ.

⁹⁷ Prov. n. 63/2017 do CNJ. Art. 16: “O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento. (...)§ 2º: No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.”

prerrogativas e direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais⁹⁸.

A heteronormatividade que consta na legislação civil é um silêncio legislativo que influencia no conceito de família abrindo margens ao preconceito. Ana Maria Gonçalves Louzada, quanto ao espaço para que outras sexualidades se desenvolvam dentro do conceito de família, coloca que “o silêncio heteronormativo reflete visões homofóbicas de mundo, pois prioriza os discursos que ligam a sexualidade à reprodução, de maneira que a relação sexual heterossexual se torna a única possibilidade legítima”⁹⁹.

O “direito à diferença” no contexto contemporâneo da família emerge na dimensão plural das famílias, que tem por fonte o princípio da afetividade para os núcleos familiares. Os movimentos sociais que estão a reivindicar direitos à família homoafetiva ensejam a *repersonalização* dos direitos civis, assegurando aspectos do desenvolvimento da personalidade. A norma constitucional do art. 226 da CF de 1988 dá margens para um rol não taxativo, não se limitando ao modelo da família formada em união estável e da família monoparental que foram introduzidas na letra de lei. Para se contrapor a literalidade do art. 1.723 do CC/2002, a interpretação da norma constitucional não deve ser feita sob um ângulo literal da lei, sob pena de se chegar a uma variedade restringida¹⁰⁰.

Nos novos moldes constitucionais a família não se cria pela lei, a lei não está para modificar ou criar o modelo de família, mas, sim, recepcionar o seu existencialismo. A rigidez de um sistema taxativo no campo das famílias não poderá ocorrer frente aos aspectos plurais com que hoje nos deparamos, no que se faz por

⁹⁸DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo direito. In: DIAS, Maria Berenice(coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 47.

⁹⁹LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 63. Quanto aos projetos leis que tramitam, em observações ao Estatuto da Família x Estatuto das Famílias, a autora prossegue: Estatuto da Família (no singular) é um projeto de lei (PL 6.583/2013) que tramita na Câmara do Senado Federal com visíveis contornos religiosos fundamentalistas, arraigado em preceitos moralistas encharcados de preconceitos, em que a família é aquela formada somente pelo pai, mãe e filhos. Neste projeto, o ódio homofóbico resta implícita. Diferentemente, o Estatuto das Famílias (PLS 479/2013) é um projeto de lei com origem no Senado Federal, que exalta uma pluralidade de formações de pessoas unidas pelo afeto. O Estatuto das Famílias visa trazer uma temática relacionada ao direito de família para uma mesma codificação, a exemplo da matéria relacionada à infância, ao idoso e ao consumidor. De cunho inclusivo, este projeto tem o apoio do IBDFAN.

¹⁰⁰CARLOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice(coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83.

necessário buscar os valores sociais em um contexto não positivista, em que os modelos familiares brotam das relações sociais¹⁰¹.

O diálogo para identificar a família tem por fator decisivo a afetividade, na potencialidade do desenvolvimento do ser humano. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, quanto à união das pessoas do mesmo sexo, nos traz, ao discorrer sobre o tema, nos dias de hoje, que:

O perfil consensual e a afetividade são, hoje, os alicerces das famílias jurídicas, resgatando a emocionalidade nas relações privadas mais próximas. Não se cuida de retroceder no tempo para valorizar o indivíduo como ser abstrato no universo jurídico, mas sim reconhecer a dimensão comunitária da dignidade da pessoa humana, eis que ninguém vive isolado na realidade cósmica. Houve, sem dúvida, a passagem da família-instituição para a família-instrumento, eis que as entidades são atualmente tuteladas se e enquanto servirem como verdadeiros instrumentos para o melhor desenvolvimento das potencialidades e personalidades daqueles que as integram¹⁰².

Rodrigo da Cunha Pereira, um dos expoentes quanto ao direito de família que acompanhou as transformações da jurisprudência no ordenamento, atualmente, ao rever e discorrer sobre a afetividade das relações familiares contemporâneas, busca descortinar o discurso moral e religioso daqueles que se opõe aos direitos da família homoafetiva, no que expõe:

A moral sexual não pode ser o fio condutor do Direito. As escolhas e preferências sexuais dos sujeitos não é o que determina sua conduta ética. Relações homoafetivas em nada atrapalham o convívio social e não podem ser consideradas anormais, como disse Dráuzio Varella: “Os pastores de alma que se opõe ao casamento entre homossexuais têm o direito de recomendar a seus rebanhos que não o façam, mas não podem ser nazistas a ponto de pretender impor sua vontade aos mais esclarecidos”¹⁰³. Na verdade, o medo de deparar-se com os próprios fantasmas da sexualidade é que impõe tanta resistência

¹⁰¹Op. cit., p. 84.

¹⁰²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. União de pessoas do mesmo sexo e requisitos para a sua configuração. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 167.

¹⁰³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice(coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 153.

à compreensão de núcleos conjugais homoafetivos como família¹⁰⁴.

Em destaque, como marco desta quebra de paradigmas, o trecho na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.132/RJ, trazemos os grifos feitos pelo Ministro Ayres Britto, em seu voto pelos direitos da família homoafetiva, no que pedimos a licença de concluir com suas colocações:

ADIn. 4.227/DF (...) 47. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.** Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade “mais ou menos”, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que “A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos”, assim conclui a sua lúcida mensagem: “O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”.

¹⁰⁴Op. cit., p. 153. Apud: Varella, Dráuzio. Violência contra homossexuais. Folha de São Paulo de 04.12.2010, p. 12.

1.1.4.4) Do direito à pluriparentalidade da filiação - RE 898.060 SC

Diante da coexistência do verdade biológica com a verdade socioafetiva dos arranjos familiares, resultando na procura do reconhecimento da pluralidade de linhas de ascendência por haver mais de um pai e/ou uma mãe simultaneamente, no fenômeno que podemos chamar indistintamente de multi ou pluriparentalidade¹⁰⁵, as relações de parentesco de filiação atravessavam conflitos pela exclusão ou a manutenção do vínculo biológico, ficando a cargo das cortes da Justiça decidir se a posse-de-estado de filiação socioafetiva está ou não por excluir a concomitância do vínculo biológico, ou, ainda, para tanto, questiona-se: estaria presente uma hierarquia no parentesco socioafetivo sobre a relação de parentesco biológico?

As vozes na doutrina se dividiam, as realidades que surgiam da parentalidade socioafetiva estavam por ensejar “miríades de situações não imaginadas da racionalidade codificadora da Modernidade”¹⁰⁶. Marcos Catalan, ao discorrer sobre o amanhã da multiparentalidade chama a atenção para algumas verdades que não foram contadas nos Códigos da Modernidade,

se antontem, a discussão estava centrada nos direitos de bastardia e, ontem, no direito de ser um pai, hodiernamente, as preocupações do Direito devem dirigir-se, também, ao fenômeno da multiparentalidade, que tangencia (a) o movimento incessante de construção e destruição dos laços afetivos nas famílias recompostas, (b) a utilização de material genético de alguém como matéria-prima na fecundação de um novo ser, (c) a adoção não destruidora do passado, (d) a

¹⁰⁵Vistas como sinônimos as expressões pluriparentalidade e multiparentalidade na doutrina brasileira em razão dos aspectos da concomitância do vínculo biológico ao socioafetivo, Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald discorrem com as seguintes colocações: “No entanto, com esteio no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, algumas vozes passaram a defender a possibilidade de *multipartalidade* ou *pluriparentalidade*, propagando a possibilidade de concomitância, de simultaneidade, na determinação da filiação de uma mesma pessoa. Isto é, advogam a possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe simultaneamente, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos eles a um só tempo.” FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Juspodium, 2019, 639.

¹⁰⁶CATALAN, Marcos. *Um ensaio sobre a multiparentalidade: prospectando no ontem pegadas que levaram ao amanhã*. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Direito civil-constitucional e outros estudos em homenagem ao professor Zeno Veloso*. Editora Método, 2014, p. 650. “Nessa toada, enquanto a arte imita a vida e a ficção deixou de ser pautada em um lógica excludente, que buscava identificar, a qualquer custo, quem teria o direito de ser mãe, preocupando-se, agora – a partir de uma matriz nutrida pela racionalidade inclusiva -, em discutir se é possível pensar – e, nesse caso, qual a melhor maneira de promover a conformação jurídica de tais estruturas familiares – em meus pais e minhas mães, pois, no mundo real, exurgem miríades de situações não imaginadas pela racionalidade codificadora da Modernidade. As preocupações do Direito devem dirigir-se, também ao fenômeno da multiparentalidade, (no texto)”.

gestação de substituição ou, ainda, (e) a história dos núcleos de poliamor, preocupações que tem em mente que as famílias se reinventam a todo o tempo, assumindo conformações nas quais poderá haver (a) apenas duas mães ou (b) dois pais, (c) dois pais e uma mãe, (e) duas mães e dois pais, (f) três mães e dois pais etc., vivendo (ou não) em harmonia¹⁰⁷.

Christiano Cassetari nos traz que, no primeiro momento, ocorria a não aceitação na jurisprudência pela impossibilidade de ter “duas mães e/ou dois pais”¹⁰⁸, mas, com o passar do tempo, a jurisprudência foi se modificando, no que surgiram mais decisões favoráveis do que desfavoráveis. Havia a dificuldade de se conciliar os efeitos jurídicos da concomitância dos vínculos biológicos aos socioafetivos, pois estes eram muitos, o que trazia insegurança em razão dos seus reflexos nos direitos aos alimentos, aos direitos sucessórios e aos direitos previdenciários, o que fez com que a jurisprudência, naquele momento, negasse o direito às margens da multiparentalidade. Todavia, as questões com os interesses patrimoniais, na sucessão de bens *causa mortis*, passaram a serem conciliadas dentre os axiomas da filiação quanto ao “verdadeiro amor”¹⁰⁹, na verdade da relação socioafetiva, quando, então, as decisões começaram a reconhecer na jurisprudência estar apta a multiparentalidade para gerar efeitos jurídicos¹¹⁰.

¹⁰⁷Op. cit., p. 650.

¹⁰⁸CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 148. Segundo os apontamentos do autor: “Porém, como o caso é polêmico, os primeiros julgados sobre o tema foram no sentido que seria impossível uma pessoa ter duas mães e/ou dois pais.” Como referência: APELAÇÃO CÍVEL. ACÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EFEITOS MERAMENTE PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO AUTOR EM VER DESCONSTITUÍDA A PATERNIDADE REGISTRAL. IMPOSSIBILIDADE. Considerando que o autor, embora alegue a existência de paternidade socioafetiva, não pretende afastar liame parental em relação ao pai biológico, o pedido configura-se juridicamente impossível, na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida de ofício. Processo extinto. Recurso prejudicado. (TJRS; Apelação Cível Câmara Cível; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j.2.4.2009)

¹⁰⁹Op. cit., p. 149.

¹¹⁰TJSC, AC 2011.034517-3, 4ª Câm. Civil, Rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber, j. 18/10/2012. Ementa: PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUTORA QUE, COM O ÓBITO DA MÃE BIOLÓGICA, CONTANDO COM APENAS QUATRO ANOS DE IDADE, FICOU SOB A GUARDA DE CASAL QUE POR MAIS DE DUAS DÉCADAS DISPENSOU A ELA O MESMO TRATAMENTO CONCEDIDO AOS FILHOS GENÉTICOS, SEM QUAISQUER DISTINÇÕES. PROVA ELOQUENTE DEMONSTRANDO QUE A DEMANDANTE ERA TRATADA COMO FILHA, TANTO QUE O NOME DOS PAIS AFETIVOS, CONTRA OS QUAIS É DIRECIONADA A AÇÃO, ENCONTRAM-SE TIMBRADOS NOS CONVITES DE DEBUTANTE, FORMATURA E CASAMENTO DA ACIONANTE. A GUARDA JUDICIAL REGULARMENTE OUTORGADA NÃO É ÓBICE QUE IMPEÇA A DECLARAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, SOBRETUDO QUANDO, MUITO ALÉM DAS OBRIGAÇÕES DERIVADAS DA GUARDA, A RELAÇÃO

Belmiro Pedro Welter veio a aprofundar os estudos do tema pela *teoria tridimensional do Direito de Família*, teoria que passou a ser ponto de referência na doutrina brasileira, como fazem Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, com os seguintes apontamentos:

Belmiro Pedro Welter construiu a teoria tridimensional do Direito, sustentando que ‘a compreensão do ser humano não é efetivada somente pelo comportamento com o mundo das coisas (mundo genético), como até agora tem sido sustentado na cultura jurídica do mundo ocidental, mas também pelo modo de ser-em-família e em sociedade (mundo afetivo) e pelo próprio modo de relacionar consigo mesmo (mundo ontológico). No século XXI, é preciso reconhecer que a família não é formada como outrora, com a finalidade de procriação, mas, essencialmente, com a liberdade de constituição democrática, afastando-se conceitos prévios, principalmente religiosos, na medida em que a família é diálogo, conversão infinita e modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, conclui pela existência de uma trilogia familiar e, por conseguinte, pela possibilidade de estabelecimento de três vínculos paternos (e, mais três, logicamente, maternos) para cada pessoa humana’. Daí a expressão *teoria tridimensional do Direito de Família*. Como consequência, sempre defendeu o culto Promotor de Justiça gaúcho que todas ‘as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas’ devendo conceder todos os efeitos jurídicos *em relação a todos os tipos de vínculo filiatório*¹¹¹.

HAVIDA ENTRE OS LITIGANTES EVIDENCIA INEGÁVEL POSSE DE ESTADO DE FILHO. AÇÃO QUE ADEQUADAMENTE CONTOU COM A CITAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO, JUSTO QUE A SUA CONDIÇÃO DE GENITOR GENÉTICO NÃO PODERIA SER AFRONTADA SEM A PARTICIPAÇÃO NA DEMANDA QUE REFLEXAMENTE IMPORTARÁ NA PERDA DAQUELA CONDIÇÃO OU NO ACRÉSCIMO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “O estabelecimento da igualdade entre os filhos adotivos e os biológicos, calcada justamente na afeição que orienta as noções mais comezinhas de dignidade humana, soterrou definitivamente a ideia da filiação genética como modelo único que ainda insistia em repulsar a paternidade ou maternidade originadas unicamente do sentimento de amor sincero nutrido por alguém que chama outrem de filho e ao mesmo tempo aceita ser chamado de pai ou de mãe.”

¹¹¹FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Juspodium, p. 640. Op. cit., p. 640. Apud: WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva*, Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – RBDFamSuc, n.8, Porto Alegre: Magister/IDFAM, fev./mar., 2009, p. 118-123.

As hipóteses que se apresentavam em sociedade eram reconhecidas pela Justiça sob o fundamento dos princípios da igualdade de filiação e do princípio do melhor interesse da criança, em que, identificado o vínculo de filiação, era necessário reconhecê-lo, pois o contrário significaria o engessar dos arranjos familiares, negando o acolhimento da família para todos os tipos de vínculos filiatórios¹¹².

Jones Alves Figueiredo, com a referência à decisão proferida no TJSP em 14.08.2012, da 1 Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior¹¹³, coloca a concomitância do vínculo socioafetivo com o biológico como uma realidade social apta a gerar multivínculos familiares:

Não há de negar, portanto, que a realidade dos fatos sociais tem sido mais bem tutelada pelo direito de família, quando em sede de doutrina e de julgados mais recentes tornou-se decisivo reconhece-la, com sua devida juridicidade, em seus aspectos mais relevantes e significativos. Dentre eles, situa-se observar a existência dos chamados multivínculos familiares, com as suas inevitáveis e importantes conquistas jurídicas¹¹⁴.

Voltando-se ao código civil brasileiro e o suporte normativo da pluriparentalidade, o mesmo expõe:

¹¹²TJDF, Comarca de Sobradinho. Proc. 2013.06.1.001874-5, Juíza Ana Maria Gonçalves Louzada, j. 06/06/ 2014: “O direito deve espelhar e proteger a vida da pessoa na sua inteireza. Se no caso concreto ela possuir duas mães, dois pais, ou seja, lá a composição que sua família tenha, não cabe ao Direito e tampouco ao Judiciário impor limites a esta entidade familiar. Hannah Arendt já dizia que a pluralidade é a condição da ação humana porque somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá. Ou seja, somos únicos! Engessar arranjos familiares tendo como fundamento o dogma da unicidade de paternidade e maternidade, é apenas fazer uma leitura linear da vida. É preciso que nossos horizontes sejam alargados, que nossa visão seja aprofundada, e que nossos braços sejam fontes de acolhimento.”

¹¹³MATERNIDADE 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 mútuas, 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. (TJSP, AC64222620118260286, 1ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 14/08/2012).

¹¹⁴ALVES, Jones Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental. In: CASSETARI, Cristiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 550.

De fato. O art. 1.593 do Código Civil, como já referido, é expresso no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulta da consanguinidade ou outra origem”. Na cláusula “outra origem”, diferentemente do Consagrado no Código Civil de 1916 que apenas reportava à adoção, como parentesco civil, situa-se no suporte fático-jurídico para a multiparentalidade, agora consagrada pelos juízes e tribunais do país¹¹⁵.

A questão da concomitância de vínculos biológicos e socioafetivos, em vias da pluriparentalidade, chegou à Corte do Supremo Tribunal Federal no incidente de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE) 898.060, em 21 de junho de 2016, Relator Ministro Luiz Fux.¹¹⁶ Em necessidade de tutela ampla de vínculos parentais concomitantes, proferiu-se a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA, DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE AS PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL PARA O DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE A PESSOA HUMANA (ART. 1º, INC. III, DA CRFB) SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO DA IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, §3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART.226, §4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, §6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA

¹¹⁵Op. cit., p. 552.

¹¹⁶RE 898.060 SC. Leia-se o excerto voto da lavra do Ministro Luiz Fux: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios”.

PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, §7º, CRFB)
(Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE)
898.060, Rel. Min. Luiz Fux, j.21.09.2016). (*grifo nosso*)

Diante dos valores da ordem constitucional, atualmente, quanto às novas formas de arranjos familiares, o Direito de Família constitucional assegura a *atipicidade do conceito de família*, com reflexos na não discriminação e na não hierarquização das origens de filiação, trazendo margens ao direito à família para o reconhecimento da pluriparentalidade.

O Recurso Extraordinário contou com a participação, na figura de *amicus curiae*, do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBFAM, o qual, em suas considerações, diante da valorização da socioafetividade como fator relevante também para a manutenção do vínculo biológico,

defende que as paternidades, socioafetiva e ou biológica, sejam reconhecidas como jurídicas em condições de igualdade material, sem hierarquia, em princípio, nos casos em que ambas apresentem vínculos socioafetivos relevantes. Considera, ainda, que o reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva, consolidada na convivência familiar duradoura, não pode ser impugnada com fundamento exclusivo na origem biológica¹¹⁷.

Nos termos do voto condutor, o Ministro Luiz Fux, em seu parecer, ao discorrer sob os arranjos familiares que estão alheios à regulação estatal, traz, implícito, a necessidade de reformulação normativa para estes, na adequação às origens biológicas e socioafetivas, assegurando a paternidade responsável¹¹⁸.

¹¹⁷LAGE, Fernanda de Carvalho; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A multiparentalidade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 230.

¹¹⁸Voto do Ministro Luiz Fux, Item 15: Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar de desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem socioafetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, §7º).

1.1.4.5) Do direito ao projeto familiar à coparentalidade na pluriparentalidade

Neste paradoxo das decisões quanto ao direito à parentalidade, temos decisões pioneiras na jurisprudência autorizando casos de registro de nascimento em técnicas de reprodução assistida heteróloga, em projeto familiar com direitos à coparentalidade, em margens à pluriparentalidade. Os julgados se filiam no direito ao vínculo daquele que cede o material genético, fazendo deste um ascendente nas linhas de parentesco, em que a família é composta por meio dos ajustes da origem do parentesco, desta forma, por não ser uma *família conjugal*, é conhecida por *família parental*.¹¹⁹ Nestas, independente dos aspectos de exteriorização social e de modo estável no reconhecimento da posse-de-estado de filiação socioafetiva, se reconhece a verdade socioafetiva em coexistência com a origem da verdade biológica, logo de início no ato de registro de nascimento. Vejamos como exemplo a decisão exarada na corte do Tribunal do Rio Grande de Sul, pelo Juiz Rafael Pagnon Cunha:

As Mães são casadas entre si, o que lhes suporta a pretensão de duplo registro, enquanto ao Pai igualmente assiste tal direito. A desatualização do arcabouço legislado à velocidade da vida nunca foi impediante ao Judiciário Gaúcho; a lei é lampião a iluminar o caminho, não este, como já se pronunciou outrora; a principiologia constitucional dá guarida à (re)leitura proposta pela bem-posta inicial. Muito haveria a ser escrito. Serviria o presente case ao articular de erudita e fundamentadíssima sentença. Não é o que esperam, entretanto, Fernanda, Mariani, Luis Guilherme e, mui especialmente, Maria Antônia (lindo nome); guardam, sim, célere e humana decisão, a fim de adequar o registro da criança ao que a vida lhe reservou: um ninho multicomposto, pleno de amor e afeto. Forte, pois, na ausência de impedientes legais, bem como com suporte no melhor interesse da criança, o acolhimento da pretensão é medida que se impõe. (TJRS, Comarca de Santa Maria. Proc. 027/1.14.0013023-9 [CNJ:.0031506-63.2014.8.21.0027], Juiz Rafael Pagnon Cunha, j. 11/09/ 2014).

Neste julgado as mães casadas solicitaram a inclusão do vínculo paterno na reprodução assistida heteróloga desde o momento do ato de lavratura do assento registral, com a anuência do doador do material genético, em acordo de parentalidade.

¹¹⁹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: RT, 2015, p. 412.

No mesmo sentido, destacamos o seguinte trecho do respectivo do julgado da corte do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

Comprovada, pois, a coexistência da filiação afetiva com a biológica, observada a anuência do pai biológico e do pai registral, para que, na certidão de M., constem dois pais e quatro avós paternos, em respeito à verdade biológica e à realidade afetiva, há de se fazer preponderar o melhor interesse da criança sobre normas de direito registral, inclusive de cunho processual, dilatando-se o objeto da demanda. (TJGO, Comarca de Rio Verde. Proc. 2758/13 - 201304388055, Juíza Coraci Pereira da Silva, j. 24/04/ 2015).

Também favorável, encontramos a decisão do órgão colegiado do TJRS:

DECLARATÓRIA DE MULTIPARENTALIDADE. REGISTRO CIVIL. DUPLA MATERNIDADE E PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO DESDE LOGO DO MÉRITO. APLICAÇÃO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. A ausência de lei para regência de novos - e cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da "legalidade", "tipicidade" e "especialidade", que norteiam os "Registros Públicos", com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), "objetivos e princípios fundamentais" decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infra-constitucionais, tal como

a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da "multiparentalidade", com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. Deram provimento. (TJRS, AC 70062692876, 8ª Câm. Cível, Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015).

Nestes casos acima, a jurisprudência autoriza a lavratura do termo de registro de nascimento do recém nascido, estendendo o direito à pluriparentalidade. Não se trata de ato posterior de averbação, mas sim do termo inaugural do registro. Os seus fundamentos estão no princípio do melhor interesse da criança e na doutrina da proteção integral da criança. Para tanto, o julgado determina a relativização das leis infraconstitucionais naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes.

Quanto às normas infraconstitucionais que limitam a liberdade de acordos entre doadores e beneficiários do material genético, atualmente, resumem-se em questões de Bioética que se encontram disciplinadas segundo normas da ANVISA¹²⁰, do Conselho Federal de Medicina¹²¹ e do Conselho Nacional de Justiça¹²², como

¹²⁰Resolução n.33 de 17.02.2006 da ANVISA, a qual competência decorre da Lei n. 9.782/1999, artigo 8º, parágrafo 1º, inciso VIII, e da Portaria 2.526/2005. RDC, item C, 11.1.3: a doação de células, tecidos e pré-embriões deve garantir: o Sigilo – assim, toda a informação relativa a doador(a)s e receptor(a)s deve ser coletada, tratada e custodiada no mais estrito sigilo. Não pode ser facilitada, nem divulgada, informação que permita a identificação do(a) doador(a) ou do receptor(a). Na doação anônima, o(a) receptor(a) não pode conhecer a identidade do doador(a), nem o doador(a) a da receptor(a). Fica assegurada às autoridades de vigilância sanitária o acesso aos registros para fins de inspeção e investigação. Em casos especiais, por motivo médico ou jurídico, as informações sobre o doador(a) ou receptor(a) podem ser fornecidas exclusivamente para o médico que assiste o(a) receptor(a), resguardando-se a identidade civil dos doador”;

a Publicidade – ressaltando-se os aspectos de ser um ato voluntário, altruísta e desinteressado, sendo proibida a publicidade para a doação em benefício de uma pessoa física ou jurídica. Demais disposições devem observar regulamentos específicos; a Gratuidade e a necessidade do Consentimento Informado que deve ser obtido antes da coleta, por escrito, e assinado pelo doador(a) e pelo médico, conforme legislação vigente.

¹²¹Resolução nº 2.168/2017 do CFM que apresenta as seguintes normas: (...) SEÇÃO IV –DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES. (...) Item 4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

¹²²Provimento n.63/2017 do CNJ.

exemplo, a relativização das regras que determinam o sigilo da origem do doador nas técnicas de reprodução assistida.

Neste contexto, cabe refletir sobre a vinda do RE 898.060, em 21 de junho de 2016, assegurando a concomitância do parentesco socioafetivo ao biológico, em margens à pluriparentalidade. Vejamos que nos casos acima as circunstâncias são diferentes das hipóteses do regramento da ANVISA quanto à coleta do material genético, pois há anuência daqueles que doam o material genético no reconhecimento do vínculo de parentesco, o que não ocorre em casos daqueles que vão aos Bancos de Material Genético, em ato altruístico, para beneficiar terceiros desconhecidos, em que a regra é o sigilo quanto à sua origem.

Há necessidade de conciliar os aspectos da responsabilidade sobre o ato procriacional em hipóteses como os casos de inseminações caseiras, em que terceiros doam, voluntariamente, seu material genético para família formada em uniões de pessoas do mesmo sexo, fato que deve ser da responsabilidade de todas as partes envolvidas, tanto da origem biológica, quanto da socioafetiva. Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann, voltando-se à necessidade da paternidade responsável para famílias multiparentais, expõe:

Famílias multiparentais sempre existiram e continuarão a existir. A diferença é que até recentemente eram condenadas à invisibilidade, resultando desta perversa tentativa, de não ver o que foge do modelo do espelho, a exclusão de direitos. Não impor deveres e não cobrar o cumprimento de obrigações a quem exerce funções parentais é fomentar a irresponsabilidade em nome de um bem que nem se sabe bem qual seria¹²³.

Ocorre que a autoridade parental é um dos pontos que estão por determinar o reconhecimento da pluriparentalidade. Nos casos de *família parental*, assegura-se a autoridade parental com base em projeto familiar antes da concepção biológica. A questão ainda não é pacífica, mas se estamos a ter direitos à liberdade e à igualdade dos novos arranjos familiares, em que ao família contemporânea segue a atipicidade do

¹²³DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. *Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir*. Publicado em 03/08/2015. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)_MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)_MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf). Última consulta em 18/02/2019, p. 10.

conceito de família, há necessidade de reformulação normativa, no corpo da lei, das margens do direito à pluriparentalidade, e da consequente regulamentação da liberdade de planejamento familiar, ainda em fase de assistência por clínica médica, ou, posteriormente, em casos de posse-de-estado de filiação socioafetiva.

O tema nos traz à liberdade de planejamento familiar em direitos à *coparentalidade*, assegurando os deveres constitucionais de criar, educar e assistir para todos os envolvidos, em momento anterior ao termo inicial do registro de nascimento. Segundo Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a expressão coparentalidade tem origem no *coparenting* que se faz presente na doutrina inglesa e norte americana, em que temos a parentalidade responsável/planejada voltada ao poder familiar. Esta ocorre quando

entre duas, ou mais, pessoas deliberam o projeto parental pela efetivação de um projeto parental, dividindo as funções de pai/mãe, atribuindo, aprioristicamente, as responsabilidades de cada um, sem uma necessária divisão equânime entre elas, mas com uma expressa declaração de vontade. Um detalhe, entretanto, faz avultar a relevância da coparentalidade: as pessoas ajustam entre si (contratam) o exercício da parentalidade comum não necessariamente terão qualquer relação entre si. O único objetivo comum ajustado é a *procriação e criação* dos filhos comuns¹²⁴.

Seguindo a linha dos julgados quanto ao direito à coparentalidade, quando autorizado o projeto familiar em direito à pluriparentalidade, caberá ao magistrado dirimir conflitos quanto à plenitude do poder familiar e apreciar a validade dos acordos das partes integrantes em seus termos e efeitos jurídicos.

¹²⁴FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Editora Juspodium, 2019, p. 644.

1.2) Do princípio da função social na concepção civil-constitucional das relações de parentesco: insegurança jurídica pela ausência de regras

Diante da constitucionalização de princípios de família que ocorrera na ordem constitucional de 1988, remodelando o direito à família à luz do seu existencialismo, as relações de parentesco de filiação passaram a ter a concepção civil-constitucional de acordo com os novos paradigmas da função social à afetividade. Contudo, em que pese a abertura de caminhos para o reconhecimento de uma nova ordem pluralista das modalidades de família, a insegurança jurídica sobreveio as relações privadas diante da falta de objetividade que se faz presente em razão do sistema basear suas decisões em conceitos abertos e indeterminados. Isto nos faz refletir que se faz necessário elaborar regras jurídicas na ordem infraconstitucional que sirvam como um porto seguro nesta travessia à ordem privada do Direito Civil, na constituição e desconstituição das relações de parentesco, na funcionalização da afetividade.

A função social é o princípio que nos conduz à inserção social, quando aplicado à família, incide no reconhecimento desta às margens da lei, com reflexos na concepção da relação de parentesco de filiação no grupo familiar. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, voltando-se à ordem constitucional do Direito de Família, ao discorrer sobre a função social da família, tem na família o *locus* privilegiado para integração social, conforme o extraído da tábua axiológica da ordem constitucional:

Partindo do pressuposto de que o Direito é um produto cultural e fruto dos anseios da sociedade, resulta, como óbvio, que todo instituto jurídico é criado e tem um determinado fim a cumprir, sendo a existência de sua respectiva função social independente de uma menção expressa em texto legal ou constitucional. Não é diferente com o Direito de Família, cujos institutos são criados e devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos princípios constitucionais, o que almejou o Constituinte para a família, de forma a bem entender sua normatização. Nesse sentido, é fundamental se reconhecer que a Constituição Federal estabeleceu como tábua axiológica a dignidade da pessoa humana¹²⁵.

¹²⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 144.

O princípio da função social não está expresso na ordem constitucional do Direito de Família, mas isto não afasta os seus aspectos normativos da qualidade de princípio. Humberto Ávila, ao discorrer sobre a relação de texto expresso e a norma, nos traz que “em alguns casos há normas, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos que lhes deem o suporte físico”¹²⁶.

Em ordem de elevar a função social à categoria de princípio, podemos nos voltar ao próprio panorama da teoria geral da evolução entre princípios e regras. Segundo Humberto Ávila,

princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras passíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra¹²⁷.

A abertura principiológica constitucional de 1988 à ordem privada traz a família como um grupo social que vem intermediado por valores da afetividade¹²⁸. A socialidade do direito na ordem constitucional está substanciada em princípios, como exemplos, da igualdade, da solidariedade, da paternidade responsável, da pluralidade das famílias, dentre outros. Primou-se por valores garantistas no desenvolvimento do

¹²⁶ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p 30.

¹²⁷ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30

¹²⁸LOBO. Paulo. Princípio Jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA: Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Anais do II congresso brasileiro do direito de família. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p. 245. “Projetou-se no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade” (...) Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos desta aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XX: a) todos os filhos são iguais, independente de sua origem (art. 227,§6º); b) a adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano de igualdade de direitos (art. 227§5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida.”

afeto como valor jurídico à ordem social da família, sendo esta a base para afirmamos que há o direcionamento da função social à afetividade. Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao discorrerem sobre o tema, nos trazem que,

a aplicação da norma familiariza tem de estar sintonizada como o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantido a *funcionalidade* de seus institutos. É o que se pode chamar de *função social da família*. (...) Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso¹²⁹.

Flávio Tartuce, em sua doutrina, traz por expreso o princípio da função social. Em seu conteúdo, busca deixar claro que a socialidade está a fundamentar a constituição e desconstituição das relações de parentesco:

A socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil da paternidade socioafetiva. Pode servir também para a conclusão de que há outras entidades familiares, caso da união homoafetiva, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal em histórica decisão de maio de 2011 (publicada no seu informativo n.625). Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar.¹³⁰ (...) não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social a própria sociedade¹³¹.

Correlacionando o princípio da função social ao princípio da afetividade, Flávio Tartuce faz esta conexão de modo a expor que “para nós, o princípio da afetividade é importantíssimo, pois quebra paradigmas, trazendo a concepção da família pelo meio social”¹³². Há, portanto, o aspecto intermediador da função social à afetividade no reconhecimento do direito à família.

¹²⁹FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol. VI, Direito das Famílias*. Editora Atlas, 13ªed., 2016, p. 122.

¹³⁰TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 29

¹³¹Op. cit. p. 29.

¹³²TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 16.

José Reinaldo de Lima Lopes, ao discorrer sobre o Direito e a mudança social, voltando-se a teoria de Karl Renner, em sua obra “Os Institutos do Direito Privado”, em análise aos aspectos gerais das normas, tem na função social o centro de direcionamento das mudanças, de modo que,

reconhece que “tudo sob o sol tem suas causas” e assim também as normas. As normas gozam de uma existência real, cujo modo de existir precisa ser explicado. Dado que sua origem reside nas condições da vida humana, que não são mais do que meios de preservar a sociedade humana, que papel desempenham na existência e desenvolvimento de nossa própria geração? Renner pressupõe uma relação de causa e efeito entre normas e vida social. (...) Entre normas e vida social não elaborou propriamente mediações. A FUNÇÃO SOCIAL é o seu equivalente à mediação, ela desempenha papel de imperativos e ação¹³³.

A função social, nos dias de hoje, é um imperativo à afetividade, pois, nesta acentua o caráter de mando, exprime uma ordem e afasta discussões – eis sua análise com o seu caráter de princípio, não sendo apenas o *locus* ocupado na integração social.

Vejamos que a funcionalização à afetividade tem influenciado a jurisprudência em recepcionar casos emblemáticos que antes não eram postos em consideração na realidade social da família, como exemplos, as decisões sobre a “guarda previdenciária” ou as decisões sobre o “abandono afetivo”.

A guarda-previdenciária, ao passo que é refutada na jurisprudência por aspectos financeiros, paralelamente, em contrapartida, é efetivada em ordem de buscar a afetividade como norte das decisões no direito à família, na potencialidade do lar, no desenvolvimento da personalidade, haja vista, o melhor interesse da criança. Isto é o que podemos extrair do seguinte julgado, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PEDIDO DE GUARDA FORMULADO POR AVÔ - CONSENTIMENTO MATERNO - PAI FALECIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA -

¹³³LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e mudança social*. Tese apresentada para obtenção de título de doutor Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito. Orientador Prof. José Eduardo Campos de Oliveira Faria. 1991, p. 190-191.

POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O MAIOR INTERESSE DO MENOR - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.1. In casu, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de "guarda previdenciária", é dizer, daquela que tem como finalidade tão-somente angariar efeitos previdenciários. 2.A finalidade meramente "previdenciária" não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações. 3. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.4. Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se admitir, de forma excepcional (artigo 31, § 1º, primeira parte, c. c. o § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente) o deferimento da guarda de menor aos seus avós que o mantêm e, nesta medida, desfrutam de melhores condições de promover-lhe a necessária assistência material e afetiva, mormente quando comprovado forte laço de carinho, como ocorreu na espécie.5. Recurso especial provido." (3ª Turma do STJ. Recurso Especial nº 1.186.086, data de julgamento 03/02/2011, publicado no DJE em 14/02/2011 (RO (2010/0049255-6); Relator Min. Massami Uyeda).

Neste julgado a Corte está por reconhecer a inserção social, no melhor interesse da criança, em a assistência material e a afetiva, ambas sendo valorizadas, e não meramente os aspectos financeiros da previdência social. Ordenar a família pela afetividade está em identificar sua função social no seu contexto axiológico, em encontrar suas características para justificar o instituto¹³⁴.

Também encontramos a função social da família na indenização por abandono afetivo. Ocorre que a funcionalização à afetividade está por exigir comportamentos pró-afetivos na formação da personalidade da pessoa, em que devemos diferenciar estes dos aspectos psicológicos do sentimento do afeto (amor e ódio). Não

¹³⁴Segundo Adriana do Rego Freitas Dabus Maluf, "pode-se entender como uma das funções basilares da família viabilizar a formação e a socialização do indivíduo. Para Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon, essa é a principal função social da família, característica suficiente para justificar o instituto. Dessa forma, deve o ordenamento proteger as várias formas de convivência e consequentemente de inserção social das partes e da prole, sobretudo daquelas que não se inserem no modelo familiar já organizado." (MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo, Atlas, 2010, p.45.)

se trata de cobrar o íntimo do amor, mas sim de ter resguardados os aspectos da formação da personalidade.

Como exemplo de abandono afetivo está a conduta do não reconhecimento de filiação, quando sabido da paternidade, o pai não a reconhece. O valor jurídico da afetividade impõe deveres a serem observados, os quais Romualdo Batista Santos se refere como comportamentos pró-afetivos:

Assim considerando uma criança sob o poder familiar, que necessita desenvolver e manter laços de afeto para se estruturar adequadamente, é dos pais a responsabilidade pelo desenvolvimento de sua personalidade, inclusive no que se refere à estrutura afetiva. Em vista disso, é razoável exigir que os pais, a despeito dos sentimentos, das emoções e das paixões que os dominam em cada momento, se comportem de maneira a viabilizar o desenvolvimento dos afetos, mantendo um mínimo de relacionamento com os filhos.

Aos comportamentos que visam a manutenção de determinados relacionamentos, ou seja, que se destinam a promover seu surgimento, o desenvolvimento e a manutenção dos laços afetivos, podemos dar o nome de comportamentos pró-afetivos¹³⁵.

Como exemplo, encontramos na jurisprudência o caso em que, após manter relações amorosas, houve o abandono pelo pai durante a gravidez, deixando os cuidados exclusivamente à mãe. Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça, voltando-se à necessidade de cuidado com a criança, reconheceu o direito à indenização por abandono afetivo, conforme o Resp. 1.159.242/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e

¹³⁵SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Direito e afetividade: estudos sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas*. Dissertação de mestrado. Professora orientadora: Giselda Maria Fernandes de Novaes Hironaka, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009, p. 117.

termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, Resp. 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

A questão de se indenizar ou não os casos de abandono afetivo dividia a doutrina, pois havia dúvidas quanto estar ou não “monetizando o afeto”. Todavia, não estamos aqui a impor o sentimento de afeto (amor e ou ódio), fazendo do “amar” uma obrigação jurídica pecuniária. O princípio da afetividade não está no sentimento em si, mas sim no cuidado, na vulnerabilidade e na sustentabilidade da família, ou seja, na funcionalização da família¹³⁶.

Não se trata de monetarização do afeto, em interesses patrimoniais, mas sim de zelar por padrões de conduta que atendam aos fins sociais da família. Ao buscar a função social da família é preciso ter cautela quanto à indevida funcionalização aos interesses por posses financeiras. Anderson Schreiber, ao discorrer sobre a decisão do

¹³⁶Giselda Maria Fernandes de Novaes, quanto à função social da família na indenização por abandono afetivo, coloca que: “penso ser razoável registrar que o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo deva encontrar os seus elementos de configuração na funcionalização das entidades familiares, uma vez que estas devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque aos filhos.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Publicado em 22/04/2007. Disponível em: <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direitocivil/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo>. Publicado em maio de 2007, acesso em junho de 2019.)

Supremo Tribunal Federal no incidente n. 622 reconhecendo o direito à multiparentalidade, chama a atenção aos axiomas da filiação para evitar interesses financeiros que podem estar por detrás da demanda:

Há, ainda, o generalizado receio de que a posição adotada pelo STF possa gerar demandas mercenárias, baseadas em puro interesse patrimonial. Argumenta-se que a corte teria aberto as portas do Judiciário para filhos que somente se interessam pelos pais biológicos no momento de necessidade ou ao se descobrirem como potenciais herdeiros de fortunas. Nesse particular, competirá aos juízes e tribunais separar, como sempre, o joio do trigo, empregando os mecanismos disponíveis na ordem jurídica brasileira para se evitar o exercício de uma situação jurídica subjetiva em descompasso com seu fim axiológico-normativo. O abuso do direito e a violação à boa-fé objetiva têm plena aplicação nesse campo, sendo de se lembrar que são instrumentos que atuam não apenas no interesse particular, mas também no interesse público de evitar a manipulação de remédios que são concedidos pelo ordenamento não de modo puramente estrutural, mas sempre à luz de uma finalidade que se destinam a realizar¹³⁷.

Anterior a Constituição Federal de 1988, não havia uma ingerência estatal realmente efetivada por meio de ordem principiológica. Apenas com a constitucionalização de 1988, em seu caráter de constituição dirigente e hierárquica, o processo legislativo tem no elaborar das normas infraconstitucionais o princípio da simetria da ordem constitucional às leis infraconstitucionais. Maria Berenice Dias, referindo-se a esta inversão ocasionada na constitucionalização de 1988, expõe:

Em passado não muito distante, a operação hermenêutica encontrava-se invertida. A constituição era tida apenas como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido pelos códigos. Imaginava-se que o destinatário do texto constitucional era o legislador ordinário. Tal preceito tornava o civilista refém da legislação infraconstitucional, sem se sentir vinculado aos preceitos constitucionais, não podendo reinterpretar e revisitar

¹³⁷SCHREIBER, Anderson. *STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos*. Publicado em: 22/09/2017. Endereço eletrônico: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>. Acesso em 26/10/2017.

os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição. Mas está superada a concepção que negava força normativa aos princípios em razão do seu caráter fluido e indeterminado¹³⁸.

Adriana Calda Regus Dabus Maluf nos traz à função social, após a ordem constitucional de 1988, sob uma ótica do dever Estatal da implementação das novas modalidades de família, direcionando-se à socialização do indivíduo, abrindo margens as transformações sociais por meio do direito à família:

O Estado, atrelado à concepção da função social, define os parâmetros que devem nortear a concepção da família, institucionalizando as que convêm ao modelo social dominante e eximindo-se de regular formas outras, cujos partícipes lutam por seu reconhecimento, possibilitando que os princípios constitucionais de liberdade, igualdade, solidariedade e não discriminação sejam fortes atores na promoção social do indivíduo.

A família, agregação social, *locus* privilegiado de inserção do indivíduo, tem por função precípua a proteção da vida privada, familiar, bem como da socialização de seus membros, provendo-os de afeto, de segurança, tendo em vista o momento histórico em que está inserida, devendo, para tanto, adequar-se às mudanças externas e internas ocorridas no meio social¹³⁹.

Em momentos anteriores a vigência do Código de 1916, havia uma família funcionalizada ao patrimônio do matrimônio, tínhamos assim a função do “ter”, resultando em modelo institucional do Estado (família-instituição), mas, com a valorização do “ser”, passamos a ter na família o local onde o indivíduo tem assegurado o desenvolvimento da sua personalidade, impondo padrões de conduta pela afetividade (família-instrumento)¹⁴⁰. Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, neste

¹³⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

¹³⁹MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo, Atlas, 2010, p. 44.

¹⁴⁰Op. cit., p. 46.

contexto, colocam, por expresse, que temos “a fotografia contemporânea da família enquanto instituição jurídica e social na pós-modernidade”¹⁴¹.

Voltando-se ao suporte axiológico da Constituição Federal e às regras do ordenamento brasileiro, de acordo com a cultura jurídica que vivenciamos, é necessário que estas incorporem as exigências da justiça à família como instituição social. Como exemplo, a expressão *parentalidade socioafetiva*, embora não seja prevista de modo expresse no código, encontramos para a sua terminologia o suporte da tábua axiológica da Constituição, de modo que, o parentesco civil, intermediado pela função social da família na concepção da relação de parentesco, resulta na construção doutrinária dos aspectos socioafetivos, logo, ao parentesco civil se atribui o significado de parentesco socioafetivo.

No contexto pós-moderno os valores das normas devem assumir o significado comunitário de valores. Segundo José Reinaldo Lopes:

A razão de ser deste processo de identificação da totalidade do sistema jurídico com a “cultura jurídica” está no fato de que esta é responsável pelo dinamismo normativo (regras) e institucional (aparelhos). Regras enunciadas de modo semelhante podem ser experimentadas ou vividas de modo distinto: daí a inutilidade da comparação de textos de lei. Consequentemente, mudanças ocorridas na cultura jurídica são mudanças que repercutem em todo o sistema jurídico, ou seja, expandem-se para as normas (decisões, normas individuais, processo de aplicação, legislação, etc) e para o sistema. Nas tentativas de reforma ou, ao contrário, resistências surdas às reformas, também conta a cultura jurídica. Comenta-se que a longuíssima tradição jurídica dos juristas brasileiros perverte sistematicamente as reformas da legislação processual, interpretando-se todas em função das práticas herdadas dos tempos das Ordenações Filipinas. A cultura jurídica é a mediação entre normas e condutas¹⁴².

¹⁴¹FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol. VI, Direito das Famílias*. Editora Atlas, 13ªed., 2016, p. 122.

¹⁴²LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e mudança social*. Tese apresentada para obtenção de título de doutor Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito. Orientador Prof. José Eduardo Campos de Oliveira Faria. 1991, p. 191.

Os princípios constitucionais são a entrada de qualquer processo hermenêutico à cultura jurídica¹⁴³. A função social, nos dias de hoje, nos traz outra margem de limites de interpretação ao conceito de parentesco, se antes tínhamos na jurisprudência as categorizações do *parentesco ilegítimo*, do *parentesco espúrio* ou do *parentesco adulterino*, nos dias de hoje estão proibidas estas expressões. Diante da nova ordem social e jurídica, passamos a conter na jurisprudência a categorização bipartite do *parentesco consanguíneo* ou do *parentesco socioafetivo*.

Ao passo do existencialismo da família à luz dos valores garantistas da constituição, as decisões judiciais quanto ao direito à família passam a incorporar novo conteúdo axiológico da filiação, como ocorre em casos das ações de reconhecimento de ascendência socioafetiva, ações de conhecimento de identidade genética, direitos à multiparentalidade, enfim, surgem outros rumos no direito à família, na ruptura de valores pela mudança de paradigmas.

Quando nos voltamos à concepção das relações de parentesco, vemos que o parentesco, na órbita jurídica, não tem uma relação sociológica-antropológica da compreensão de família, mas sim uma normatização com consequências jurídicas na comunidade familiar. Paulo Lobo define relação de parentesco como “a relação jurídica estabelecida por lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar, nos limites da lei”¹⁴⁴.

Neste contexto, devemos distinguir o conceito de família do conceito de parentesco. Enquanto a família deve ser vista sob a ótica da atipicidade de conceito, em que não pode ser restringida a um modelo pré-concebido, já a origem do parentesco segue critérios concretos e objetivos que podem ser definidos por lei, em que o parentesco pode ser conceituado. Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald fazem esta distinção entre a família e o parentesco de modo a expor:

De qualquer maneira, é conveniente registrar que não se confundem as noções de *parentesco* e de *família*, ainda que nela se presencie suas principais consequências dele. Com efeito, enquanto a família é um grupo formado por pessoas reunidas

¹⁴³DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 62. Quanto ao aspecto dirigente da Constituição Federal: “A atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo de abertura do sistema jurídico. Eles funcionam como conexões axiológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural e, de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional.”

¹⁴⁴LOBO, Paulo. *Direito de famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205.

socialmente, o parentesco diz respeito ao vínculo natural (o que não significa dizer, necessariamente, *biológico*, podendo ser *afetivo*) estabelecido entre determinadas pessoas que podem, ou não, compor um mesmo núcleo. Veja-se, por exemplo, que haverá parentesco entre um pai e a sua filha gerada fora do casamento ou da união estável. Serão parentes, apesar de não estarem no mesmo núcleo familiar (no caso exemplificado teremos uma família monoparental)¹⁴⁵.

O Direito de Família constitucional assegura aos novos arranjos familiares a concepção civil-constitucional das relações de parentesco. Porém, o legislador deve elaborar regras que recepcionem o conteúdo na ordem infraconstitucional do Direito de Família no Código Civil, o qual, atualmente, diante dos novos arranjos familiares, carece de formulação normativa quanto à origem do parentesco socioafetivo.

Vejam os que as regras, devido ao seu grau de precisão, são margens seguras por trazerem critérios concretos e objetivos às relações de parentesco. Humberto Ávila quanto à contribuição das regras, expõe que os princípios tem uma dimensão de complementaridade, enquanto as regras contêm carga decisória¹⁴⁶. Voltando-se à necessidade de coerência substancial que as regras conferem aos princípios, o autor expõe:

A eficácia concreta de uma norma constitucional é tanto maior quanto melhor, mais objetiva, for estruturada sua explicação. A sua eficácia depende da sua capacidade de fundamentação de futuras decisões (Begrundungs-optimierungstatuglichkeit). E a capacidade de fundamentação de uma norma constitucional (mais aberta) é tanto melhor quanto mais intensa for a relação que ela mantiver com outras normas constitucionais, de modo a diminuir a abertura semântica. A pretensão da eficácia de uma norma implica sua sistematização substancial. Os subprincípios

¹⁴⁵FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Juspodium, 2019, p. 556.

¹⁴⁶Humberto Ávila, quanto à distinção entre princípios e regras, coloca que: “Os princípios possuem, pois, *pretensão de complementaridade*, na medida em que abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. *Os princípios são, pois, normas de pretensão de complementaridade e de parcialidade*. As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, tem pretensão de gerar uma solução específica para a questão. O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. *As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcantes*.” (ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76.)

e regras são tanto melhor fundamentados quanto mais intensamente eles forem suportados pelos princípios superiores. Com base em categorias epistemológicas, desenvolvidas por Carnap para a confirmação e corroboração de enunciados, pode-se aqui atingir a questão principal tratada: a direta e a indireta “recondutibilidade” (Zurückfuhrbarkeit), de uma norma a um princípio superior, que possui significado fundamental em determinado sistema jurídico, faz com que todas as normas obtidas por meio de uma vinculação sintática ou semântica incorporem o mesmo significado jurídico da norma superior. A relação de dependência da norma a um princípio fundamental faz com que esta norma, relativamente a outras normas, ganhe o significativo normativo de seu fundamento¹⁴⁷.

Ao passo da ordem principiológica, o conteúdo dos axiomas constitucionais deve ser incorporado aos aspectos intrínsecos das regras, definindo a carga decisória quanto aos critérios que asseguram a autonomia existencial da personalidade, a parentalidade responsável e o melhor interesse da criança. Atender a função social substanciada no afeto como valor jurídico, é atender a um conceito aberto e indeterminado, com amplas margens para concepção das relações de parentesco, o que em um primeiro momento já se mostrou favorável para acompanhar as transformações em sociedade, todavia, em razão da mudança de paradigmas, com o passar do tempo, vivenciamos a falta de regras na ordem privada do direito à família, causando insegurança jurídica quanto às relações de parentesco.

Deixar à jurisprudência o conter dos critérios de como estabelecer a relação de parentesco de filiação, significa ter como fonte do direito uma ordem de valores extraída dos princípios, em que há falta da objetividade das regras do código. Vejamos, em analogia, como o princípio da função social no âmbito dos contratos é alvo constante de críticas em razão das incertezas jurídicas dos seus aspectos vagos. Daisy Gogliano, ao discorrer sobre os aspectos semânticos da função social nos contratos, nos traz a seguinte reflexão:

Cada qual a seu modo dirá que está a realizar uma "função social". O capitalista, o empresário, etc., naquele "slogan" como "gerador de empregos". O consumidor, o cidadão comum, o hipossuficiente, igualmente, arguirão em seu benefício a

¹⁴⁷Op. cit., p. 172.

"função-social" a reclamar o abatimento do preço em face da onerosidade excessiva. Não se sabe o que é função-social. Depende do tempo. Justamente é o que conduz a norma contida no art. 421 do Código Civil, no exercício da liberdade contratual. Cada sujeito buscará, dentro de uma possível compreensão subjetiva a sua função social. O que é social para um, não será para o outro, dada a relatividade do conceito. Em nome da "função social" etérea, abstrata, em nome e por conta da proteção do mais débil e do mais fraco, instala-se a insegurança jurídica, no tráfico social¹⁴⁸.

No direito à família não é diferente, a função social tem caráter etéreo da ordem de valores da constituição, ensejando a concepção civil-constitucional das relações de parentesco, isto porque faltam critérios concretos e objetivos que são alcançados pela precisão das regras. Na falta destes temos a insegurança pelos aspectos inclusivistas ou exclusivistas que a parentalidade socioafetiva ocasiona na jurisprudência.

Mario Luiz Delgado, voltando-se aos códigos que tardam em seu envelhecimento, nesta crise cíclica das codificações, nos traz, como exemplo de bom código, o Código Civil brasileiro, por ser este preenchido com cláusulas gerais e princípios. O autor, valendo-se dos ensinamentos elucidativos das lições de Francisco Amaral, nos traz que,

princípios e cláusulas gerais fazem com que o Código Civil se apresente em um sistema aberto, no sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, o que lhe permite superar o formalismo do sistema de 1916 e promover a significativa mudança no modelo metodológico de interpretação jurídica, uma verdadeira 'principialização' do modelo interpretativo. A presença de elementos não lógicos, como são os princípios e os valores do Código Civil, deve impedir que se continue aceitando a silogística dedutiva no processo de interpretação e realização do Direito, e justifica um novo modelo de interpretação jurídica para o direito civil brasileiro, diverso da interpretação exegético-analítica que acompanhou o Código Bevilacqua no curso do século XX. Vive-se em outra época, outras são as exigências sociais. Por isso também, outro modelo de interpretação deve seguir os

¹⁴⁸GOGLIANO, Daisy. *A função social dos contratos (causa ou motivo)*. Revista Jurídica 334/9, 2004, pg. 193, acesso via internet, endereço: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67622/70232.

intérpretes do Código, sob pena dele não realizar o seu espírito de inovação, permanecendo como um sistema formalmente vazio e materialmente insuficiente para a tarefa de construir o direito da sociedade contemporânea, pós-industrial ou pós-moderna¹⁴⁹.

Todavia, em contrapartida, observa o autor que:

Em sentido contrário, o Código Civil Francês, avesso a abertura do sistema e ao poder criador dos Juízes, cujas disposições fechadas dificultaram o papel da jurisprudência de proceder a sua adaptação evolutiva, especialmente no que se refere ao direito de família, dando ensejo ao surgimento de inúmeras leis especiais paralelas ao código e que certamente precipitaram o seu envelhecimento¹⁵⁰.

De acordo com a experiência francesa, prefere-se assegurar a juridicidade por meio das regras, afastando o poder criador dos Juízes. A relação aditiva que os conceitos abertos proporcionam aos Juízes é uma das causas da crise do Direito das Famílias na pós-modernidade. Ricardo Dip ressalta que a crise da pós-modernidade é tanto da seguridade, quanto da juridicidade¹⁵¹, pois surgem aspectos inclusivistas na pós-modernidade, em uma realidade aditiva, ensejando a simultaneidade de posicionamentos¹⁵².

A atipicidade dos conceitos de família se encaixa nesta realidade aditiva. Muitas formas de arranjos familiares podem ser descritas na atualidade, mas tentar definir todos os conceitos de família se torna impossível, pois há elasticidade para novas formas de ser, em que não podemos ter para as famílias o sistema *núremus clausus*

¹⁴⁹DELGADO, Mario Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do Direito Civil brasileiro*. Saraiva, 2011, p228, Apud: AMARAL, Francisco. *O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma jurídico-decisório*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro: Instituto do Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.28, p. 70 e 74, 2005.

¹⁵⁰Op. cit., p.228.

¹⁵¹DIP, Ricardo. *Segurança Jurídica na pós-modernidade*. Quarter Latin, 2012p. 128. Segundo o autor: “a crise pós-moderna da segurança jurídica, pois, exhibe ainda os sintomas de sua antecessora e, a seu exemplo, é crise tanto da seguridade, quanto da juridicidade.”

¹⁵²Op. cit., p. 131, Segundo o autor: “esta adição indistinta dos opostos é uma das notas proeminentes da cultura pós-moderna; ao passo, com efeito, que o relativismo da modernidade afastava a concomitância dos opostos, ao relativismo pós-moderno não repugna sua simultaneidade: da realidade disjuntiva passou-se à aditividade indistinta de opostos.”

definindo os possíveis tipos de arranjos familiares que se fazem presentes. A globalização e a humanidade trazem um novo contexto cultural aditivo, o que nos faz refletir sobre a formação de sistema protetivo que comporte a coexistência da diversidade de arranjos familiares. Jones Figueirêdo Alves nos traz a necessidade de reformular conceitos como uma ponte cultural:

É ainda na bula de uma globalização que cumpre pensar um direito de família potencializado por esta, em pontes culturais que, atravessadas, sensibilizam caminhos convergentes a dizer novos paradigmas, que integrem uma perspectiva uniforme de implicações jurídicas da família, contextualizadas em dimensão própria de uma sociedade globalizada¹⁵³.

A ordem constitucional de 1988 ampliou a moldura familiar. Devido a mudança de paradigmas na jurisprudência que sobreveio o período pós-constitucionalização e recodificação do Código Civil de 2002, não existem regras próprias no código para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, ocasionando a perda da força normativa de suas regras cogentes.

Se em um primeiro momento histórico no início do século passado, sob a vigência da codificação de 1916 a insegurança jurídica se dava pelos aspectos exclusivistas causados pelo modelo único da família legítima codificada, nos dias de hoje, diante a fluidez do modelo de família e a concepção civil-constitucional do paradigma da filiação socioafetiva, a crise decorre da amplitude de inclusão que este paradigma pode causar. Como exemplo, diante das margens da pluriparentalidade, poderíamos, então, ter três, ou quatro, ou cinco linhas de ascendência socioafetiva.

Quando nos voltamos ao *ente família* na pós-modernidade, o tema deve ser considerado sob três aspectos: cuidado, vulnerabilidade e sustentabilidade. Segundo Anthonio Carlos Mathias Coltro:

Ao adotar como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e referir como princípio fundamental o da

¹⁵³ALVES, Jones Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental. In: CASSETARI, Cristiano. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 544.

igualdade, afirmando, ademais, que a *família*, pouco importando decorra ela do casamento, da união estável, da entidade monoparental, de vínculos biológicos, socioafetivos ou extensos, e surja ou não da união de pessoas de sexos diversos ou não, merece a especial proteção do Estado, evidenciou a CF o viés a ser considerado pelo intérprete e pelo aplicador da lei, além de pelo próprio legislador, em atitude em qual resplandece de maneira evidente e a não deixar dúvida, o *cuidado* com a *vulnerabilidade* daqueles que estejam inseridos nas relações familiares e com o próprio *ente família*¹⁵⁴.

Embora a expressão *sustentabilidade* seja via de regra aplicada aos estudos do desenvolvimento sustentável do meio ambiente, também podemos utiliza-la para o direito à família, como faz Anthonio Carlos Mathias Coltro, no contexto de manter aquele grupo firme e consciente da boa intenção dos pais, tema que deve ser considerado, não apenas pelo aplicador da lei, mas também pelo próprio legislador¹⁵⁵.

Danilo Rinaldi dos Santos Jr. e Guilherme Domingos de Luca, em relação à crise pela ausência de normas, associam o fenômeno ao sistema da *common law*¹⁵⁶, embora o direito brasileiro não se confunda com este¹⁵⁷. Diante das lacunas sistêmicas,

¹⁵⁴COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Família: cuidado, vulnerabilidade e sustentabilidade. In: CUNHA, Rodrigo da (coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAN, 2012, p. 65.

¹⁵⁵Op. Cit. p. 66.

¹⁵⁶Danilo Rinaldi dos Santos Jr. e Guilherme Domingos de Luca, quanto à insegurança jurídica pela ausência de normas, discorrem que: “É necessário que a sociedade Brasileira tenha, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada. Além do mais, necessitam saber os requisitos necessários que devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações. Assim, é necessário que o Poder Público dê a certeza de uma razoável segurança as expectativas do cidadão e do jurisdicionado. Não basta somente que o cidadão saiba como deve agir, sendo necessário, ainda, que o cidadão tenha noção de como outras pessoas reagiram em suas atitudes. Assim o cidadão, para poder se desenvolver, tem de conhecer as consequências jurídicas de suas ações e dos comportamentos daqueles com quem convive. Essa previsão há de ser unívoca sempre.” (SANTOS JR., Danilo Rinaldi dos; LUCA, Guilherme Domingos de. O abandono afetivo e a segurança jurídica. In: TOLEDO, Iara Rodrigues de; DIAS, Paulo Cezar; SIMÕES, Melriam Ferreira da Silva. (org.) *Ensaio acerca do direito das famílias*. Birigui: SP, Ed. Boreal, 2016, p. 203.)

¹⁵⁷Quanto ao ordenamento brasileiro não poder ser equiparado ao *common law*, Maurício Ramires afirma que “o Brasil é um país que segue o modelo da civil law e uma simples análise da CF é suficiente para identificação desse modelo, sendo inclusive desnecessário fazer uma constatação histórica sobre a pertença do sistema jurídico nacional à tradição romana-germânica. Não basta a edição de uma súmula, por exemplo, para falar que o sistema nacional se aproxima do *common law*, porque a parte vital daquele sistema é que os tribunais não podem exarar regras gerais em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame, o que ocorre no Brasil constantemente e que o STJ pactua. (...) Na civil law, as regras jurídicas sempre foram procuradas em um corpo de normas preestabelecidas: antigamente, o Corpus Iuris Civilis de Justiniano; depois os códigos, hoje, as constituições e todo o conjunto de leis infraconstitucionais. Na *common law*, a obrigação é a de respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas. A regra deste sistema é *lex non scripta*, o que não permite aos magistrados a extração livre de suas convicções ao caso concreto, sob pena de tornar o sistema caótico e imprevisível. Para aplicação dos precedentes obrigatórios, como na *common law*, faz-se necessária uma análise profunda das razões de decidir, *ratio decidendi*.” (RAMIRES. Maurício. Crítica à aplicação de

estendem-se ao ordenamento brasileiro as mesmas críticas que se fazem ao sistema da *common law* quanto à falta de segurança jurídica na univocidade de tratamento ao caso concreto¹⁵⁸. Vejamos como exemplo o direito à coparentalidade em casos de pluriparentalidade que, uma vez recepcionado na jurisprudência em uma ordem de valores extraída dos princípios constitucionais, temos a elasticidade das regras do Código nos capítulos do Direito de Família e do Direito das Sucessões como se fossem normas dispositivas, como ocorre com as regras dos direitos aos alimentos e da ordem de concorrência sucessória, que, em sua literalidade, não recepcionam a pluralidade de linhas de ascendência.

Mario Luiz Delgado, neste ciclo legislativo da elaboração dos códigos, analisa o sistema paralelo da *commom law*, em que a *codificação*, ao contrário do *direito comum*, tem no código o meio de suprir os vícios do sistema¹⁵⁹. Superar o sistema do *common law* por meio da codificação representa a sistematização da matéria jurídica, com termos claros e precisos, de modo a facilitar que todas as pessoas, inclusive as mais simples, independente da escolaridade ou condição social, tenham a compreensão do conteúdo das leis. Embora o sistema brasileiro não adote o sistema da *common law*, o Código caiu em desuso, de modo que os precedentes jurisprudenciais é que estão a dar o fluxo do direito à família. A emancipação dos valores que se faz nas modalidades de

precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61, Apud.: SANTOS JR., Danilo Rinaldi dos; LUCA, Guilherme Domingos de. O abandono afetivo e a segurança jurídica. In: TOLEDO, Iara Rodrigues de; DIAS, Paulo Cezar; SIMÕES, Melriam Ferreira da Silva. (org.) *Ensaio acerca do direito das famílias*. Birigui: SP, Ed. Boreal, 2016, p.205.)

¹⁵⁸Op. cit., p. 203.

¹⁵⁹ Mário Luiz Delgado, quanto ao impasse de ter um sistema como o *commom law*, nos traz que: “a obra de Bentham é permeada por uma grande preocupação em torno de elaboração da lei. Essa postura tem origem numa posição de crítica frente ao Direito da Common Law. A razão está na atenção extrema que Bentham dedicava à questão da certeza do conhecimento do Direito. Ora, esses requisitos, na sua concepção, não existiam no Direito inglês, que se caracteriza por ser, em essência, um Direito das leis não escritas. Como as leis devem ser conhecidas – este é um tema particularmente caro a Bentham -, essa circunstância tornaria impossível a ciência do Direito pelo cidadão. De fato, Bentham contesta a ideia de que o juiz apenas limite a declarar regras já existentes. Para ele, o Direito inglês nasceria após o fato, razão pela qual seria essencialmente incerto e imprevisível. Em sendo assim, explica-se a razão de Bentham ser um tenaz defensor da codificação, que deveria abranger todos os ramos do Direito.” Segundo o autor, o sistema da *common law* apresenta cinco grandes vícios insanáveis: “1) Incerteza, pois faltam critérios objetivos da decisão. Submetendo-se os cidadãos ao arbítrio (subjetivo) do Judiciário, não teriam eles como prever as consequências de suas próprias ações (insegurança jurídica); 2) Retroatividade como regra: as normas resultantes de decisões judiciais são sempre retroativas, dispendo sempre para o passado, pois aplicar-se-ão as condutas humanas antes que elas próprias existissem; 3) Não obrigatoriedade de observância ao princípio da utilidade: uma vez que as normas decorrem do arbítrio do Juiz, que poderá, ou não, observar tal princípio; 4) Falta de competência específica dos Juizes em todos os campos do direito: somente um ordenamento regido por códigos e leis redigidos por especialistas poderia superar esse vício. 5) Falta de controle popular sobre as decisões judiciais: esse controle seria exercido somente pelo Parlamento por meio de produção legislativa.” (DELGADO, Mario Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do Direito Civil brasileiro*. Saraiva, 2011, p. 59.)

família da pós-modernidade requer, por razões de segurança jurídica, que revisitemos seus dispositivos.

Obter a segurança jurídica das regras tem por resultado o crescimento da boa-fé do que se espera do Poder Judiciário, na confiança de decisões pautadas por critérios objetivos, assegurando a devida estabilidade e sustentabilidade em decisões quanto ao direito à família. Normas objetivas estendem a compreensão de conceitos e paradigmas em sociedade ao cidadão comum, aproximando o leigo da ciência do Direito para o campo do saber jurídico.

1.2.1) Das interfaces da autonomia existencial da personalidade no direito à família

Os direitos de personalidade, em uma dimensão ético-existencial, conferem poderes à pessoa para figurar nas relações jurídicas em irradiação às outras áreas do direito. Sua relevância é complexa e indispensável, exercendo coligações com outros ramos — é o que chamamos de *interfaces*. Caetano Lagrasta Neto nos traz que “as interfaces, as interligações mutualistas, entre os diversos ramos do Direito Civil, são constantes na contemporaneidade. As mais marcantes são as do Direito de Família com o Direito das Obrigações”¹⁶⁰.

A valorização dos direitos da personalidade em outras disciplinas se deve a *humanização* de direitos à ordem privada, promovendo o indivíduo à qualidade de sujeito de direitos, resultando na *despatrimonialização* do Direito Civil. O foco jurídico do patrimônio no direito privado se deslocou, segundo a ordem de valores constitucionais, para as necessidades na condição de pessoa serem atendidas, o que significa a *repersonalização* do direito privado¹⁶¹.

No ordenamento jurídico brasileiro os direitos da personalidade não foram previstos no Código de 1916, a nomenclatura *direitos da personalidade* não se fazia presente naquela época entre os civilistas, porém já existia uma preocupação com a condição de pessoa. Como exemplo, Teixeira de Freitas entendia, à época, que já existiam valores como estes, assim como hoje compreendemos por direitos da

¹⁶⁰LAGRASTA NETO, Caetano. Maternidade de substituição. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. Atlas, 2012, p.356.

¹⁶¹FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Famílias entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAN, 2012, p. 161.

personalidade, mas não os compatibilizava com a ordem civil, porque não poderiam ser traduzidos como valores pecuniários e que os mesmos se harmonizavam com a exigência do bem social, cabendo às leis administrativas a sua disciplina¹⁶².

Silvio Romero Beltrão nos traz que Clovis Bevilacqua, em sua obra “Teoria Geral do Direito Civil”, chegou a distinguir a classificação das relações jurídicas tomando por base os aspectos tríplexes do objeto, do bem e do interesse sob a proteção da ordem jurídica. Neste contexto, Bevilacqua inseria o direito da pessoa, dentre outros, como categoria de direito sob o modo de ser da pessoa, atribuindo à ordem civil a denominação de *jus personarum*, a dividirem-se em: direito à vida; direito à liberdade; direito de ser respeitado na sua honra e sua dignidade; direito autoral (feição pessoal). Todavia, apesar destes conhecimentos, nada foi levado à codificação de 1916, mesmo porque a constituição já regulamentava estes direitos¹⁶³.

A valorização dos direitos subjetivos públicos, vale dizer ao próprio indivíduo, no poder de reclamar ao Estado os seus direitos e garantias individuais, tem na maioria das Constituições modernas normas que asseguram bens como o direito à vida, à liberdade, à saúde, ao bem-estar da família, etc. Estes direitos se encontram tanto na esfera jurídica administrativa, penal como nas relações entre particulares. Em seus aspectos históricos, a origem dos direitos da personalidade é academicamente atribuída as fontes do direito germânico após as atrocidades cometidas nas Guerras Mundiais.

Os aspectos humanitários, que aos poucos foram inseridos nos ordenamentos por meio do direito público no século XX, modificando o quadro de valores constitucionais, diante da falta de leis infraconstitucionais que tutelavam a matéria, passaram a ser fonte de controle com eficácia horizontal na defesa dos direitos particulares. O *Drittewirkung*, expressão vinda do direito alemão, pode ser traduzido como *direito de eficácia imediata*, fenômeno que ocorrera nas cortes que exerciam o controle de legitimidade constitucional como fonte de produção jurídica para os direitos existenciais¹⁶⁴.

¹⁶²BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014, p.46. “O maior jurista brasileiro do século dezanove, Teixeira de Freitas, repeliu a ideia de direitos da personalidade, justamente porque não poderiam ser traduzidos em valores pecuniários. O espírito da época não podia admitir que o direito pudesse ter valores ou bens não patrimoniais, e que a tutela da pessoa, em si, fosse bastante. Teixeira de Freitas, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Anotada por Martinho Garcez. 5. Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos, 1915. p. LXXVII. Apud: Lôbo, Paulo. *Danos morais e direitos da personalidade*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Patmas, n.6, p. 79-97, jun. 2001.

¹⁶³Op. cit., p. 46.

¹⁶⁴VINCENZO, Scalizi. Traduzido por BELGO, Francisco de Assis. *Hermenêutica dos direitos fundamentais e princípio personalista da Itália e na União Europeia*. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de Direito Privado*, vol.13, n.49, 2013, p. 36.

A formação de uma categoria autônoma dos direitos da personalidade tem como seu principal defensor Otto Von Gierke, sustentando, no direito alemão, quanto à formação do BGB, que foram previstos direitos que garantem o domínio sobre uma esfera subjetiva que corresponde à personalidade. Ele desenvolveu a “Teoria das Esferas”, em 1954, que ficou conhecida especialmente pelo “caso da carta do leitor”, voltando-se ao direito ao nome. Embora o direito ao nome não seja o marco como admissão dos direitos da personalidade, uma vez que este foi assegurado no BGB, a mudança de orientação para uma categorização própria da disciplina dos direitos da personalidade se deu em dois níveis, o constitucional e o infraconstitucional, permitindo entrever as relações do Direito Público e do Direito Privado¹⁶⁵.

Quanto à inviolabilidade de bens e direitos fundamentais e a necessidade de se tutelar as relações particulares em uma disciplina própria (direitos da personalidade), ainda em momento anterior a constitucionalização de 1988, quando se clamava pela mudança de valores humanitários no projeto do Código Civil, voltando-se ao eixo de mudanças em função da valorização do sujeitos de direitos, a doutrina nacional discorria sob os critérios do novo Código Civil, em que a Parte Geral continha capítulo próprio dos direitos da personalidade. Como exemplo, em 1982, Daisy Gogliano, com base nos apontamentos de Rubens Limongi França, defende a tese na Universidade de São Paulo que contextualizava os direitos da personalidade na relação do direito público à ordem privada, obra que, em edição atualizada, chega até nós com as seguintes colocações:¹⁶⁶

São chamados direitos da personalidade, muitos dos quais não deixam de ser aqueles mesmos direitos proclamados nas “Declarações” e nas Cartas Constitucionais. Reservamos, entretanto, a expressão direitos da personalidade, ou direitos privados da personalidade para o tratamento no campo privado, que tem por objeto as relações entre particulares.

Como fator que conduziu o seu crescimento nas demais áreas do Direito, colocava que:¹⁶⁷

¹⁶⁵MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte do direito comparado In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues. *Direitos da Personalidade*. Ed. Atlas. 2012, p. 14.

¹⁶⁶GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quarter Latin, 2013, p. 20.

¹⁶⁷Op. cit., p.20.

Cada vez mais se faz sentir a importância destes direitos, que devem ser resguardados e tutelados contra todas as formas de agressão na vida privada, para que se possa garantir ao homem, à pessoa como sujeito de direitos um *minimum* necessário à própria sobrevivência, sem a qual a vida se torna impossível de ser vivida. Protegendo-se esses direitos; resguardam-se a própria pessoa e o princípio inviolável, supremo e indestrutível da indignidade.

A aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas estão no fato destas surgirem como poder de censura, pois refletem a relação da pessoa com a ingerência do Estado, fazendo com que apareçam a imposição de deveres e liberdades na própria ordem jurídica do direito privado. A dicotomia entre o público e o privado assegura a eficácia horizontal dos valores constitucionais¹⁶⁸, porém, os direitos da personalidade se apresentam em uma dimensão concreta de isolamento¹⁶⁹.

Rubens Limongi França, precursor aos estudos dos direitos da personalidade no ordenamento brasileiro, voltando-se à categorização própria destes direitos, os define conceituando como “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito do direito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”¹⁷⁰.

A denominação *direitos “da” personalidade*, como é utilizado no Brasil, ou a denominação *direitos “de” personalidade*, como é utilizado em Portugal, enseja discussões acadêmicas em que se diverge quanto à adequação teórica dos termos *direito geral da personalidade* ou *tutela geral da personalidade*. No Brasil, afirmam Miranda, Rodrigues Junior e Fruet que “na dogmática brasileira, embora encontremos variantes, a aceitação do direito geral da personalidade é significativa, com número considerável

¹⁶⁸Quanto à aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais, segundo Luiz Edson Fachin “os valores constitucionais são colocados ao lado das normas infraconstitucionais da codificação civil, em uma relação de unicidade, tendo eficácia horizontal nas relações privadas. (...) afasta-se de pronto o nominalismo, fixando a dignidade da pessoa humana como pedra angular de todo sistema, sem operar distinções entre a seara pública e a seara privada. A proteção efetiva dos Direitos Fundamentais e dos Direitos de Personalidade demanda uma tutela unitária, ou melhor, geral dos direitos de personalidade que tenha a dignidade humana como centro de irradiação axiológica.” (FACHIN, Luiz Edson. *Famílias: entre o público e o privado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Famílias entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAN, 2012, p 118.)

¹⁶⁹MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues. *Direitos da Personalidade*. Ed. Atlas. 2012, p. 27.

¹⁷⁰FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições: dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge; *de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1033.

de autores que defendem sua existência, até por influência da obra do jurista italiano Adriano Cupis”¹⁷¹.

Questiona-se na doutrina portuguesa se haveria a sobreposição do Direito Público ao Direito Privado ou se seria apenas uma simples absorção pelo Direito Privado. Miranda, Rodrigues Junior e Fruet, neste contexto, nos trazem que em Portugal existe uma corrente doutrinária que entende concebível o direito geral da personalidade, porém dispensável, por se fazerem concretos em outras normas:

Em Portugal, há forte dissenso quanto à aceitação da idéia de direito geral da personalidade, com a notável divergência entre a Escola de Direito de Coimbra, que lhe é favorável, e a escola de Lisboa, que é majoritariamente contrária ao seu reconhecimento como uma categoria autônoma ou necessária. As críticas são divididas em dois grupos: a) haveria impossibilidade lógica de um sujeito de direito ser objeto da situação jurídica por ele titularizada; b) o direito de personalidade é categoria desnecessária, com amplitude exagerada e que pode resultar em abusos, especialmente quando se tem à mão a ideias de que esses direitos são números abertos, Chega-se a fórmula que esse é um direito concebível, porém dispensável¹⁷².

Maurício Mazur expõe que no Direito Português, seguindo a tutela que demanda o art.70, n.1 do Código Civil lusitano, “os concretos direitos de personalidade

¹⁷¹Quanto à aceitação de um direito geral da personalidade, Miranda, Rodrigues Junior e Fruet nos trazem que: “na dogmática brasileira, a aceitação do direito geral de personalidade é significativa, com número considerável de autores que defendem sua existência, até por influência de Adriano de Cupis. Importa, contudo, destacar algumas de suas variantes na linha dos que defendem a categoria do direito geral de personalidade no ordenamento brasileiro: a) há posições que admitem se extrair diretamente do art. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), CF/1988, o fundamento para uma “cláusula geral de tutela da pessoa humana”, sendo desimportante qualquer recurso à categoria dos direitos subjetivos da personalidade; b) a despeito dos que não enfrentarem diretamente o problema da existência de um direito geral, há os que admitem que o Código Civil de 2002 optou por tratar dos direitos em espécie, sem, contudo, impedir que haja o desenvolvimento da matéria pela jurisprudência e pela doutrina, em ordem ao “reconhecimento de outros direitos”, com base na dignidade da pessoa humana, ou por efeito da atuação dos “tecnólogos. Em contrário, pode-se citar a posição de Orlando Gomes, para quem “a teoria dos direitos da personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se a sua construção se apoia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos sobre que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos”. Para ele, um direito geral daria margem para que se admitisse que essa categoria não tem limites; c) O art.12, CCB/2002, ainda segundo outros autores, é a *sedes materie* do direito geral de personalidade. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte do direito comparado In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues. *Direitos da Personalidade*. Ed. Atlas. 2012, p. 19.

¹⁷²MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte do direito comparado In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues. *Direitos da Personalidade*. Ed. Atlas. 2012, p. 18

seriam derivados do direito de personalidade, que atuaria como princípio e não como “superdireito”¹⁷³. Os direitos da personalidade são revestidos de características próprias¹⁷⁴. Estas características estão de modo concreto no conteúdo de normas de outros ramos, sendo estas normas também concessivas dos direitos da personalidade¹⁷⁵.

Por consequência da eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas, a tutela dos direitos da personalidade, em casos como “o direito à identidade”, “o direito à liberdade de orientação sexual”, “o direito à intimidade” e “o direito à cidadania”, tem proteção no Direito das Famílias incidindo em regras quanto ao direito ao matrimônio, ao direito à adoção, ao direito ao reconhecimento de filiação, ao direito ao nome de família pelo madrastio e ou padrastio, etc. Regras estas que são concessivas do direito de autodeterminação ético-existencial como princípio implícito¹⁷⁶.

Os aspectos gerais dos direitos da personalidade podem ser extraídos da própria posição topográfica do Código Civil de 2002, que os menciona, em seus poucos dispositivos correlatos, no capítulo contido da Parte Geral do Código. Por serem estes dispositivos situados na Parte Geral, são normas que estão a permear as disposições da

¹⁷³MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues. FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. Ed. Atlas. 2012, p. 30.

¹⁷⁴ Op. cit., p. 30. Quanto as características dos direitos da personalidade o autor coloca: 1) subjetivos, enquanto normas jurídicas que permitem ao indivíduo o aproveitamento imediato de determinados bens; 2) privados, na medida que satisfazem aspirações e necessidades próprias do indivíduo e compreendidas nas suas relações particulares; 3) universais, por serem atribuídos a todos os indivíduos, sem condicionantes, bastando-lhe a qualidade da pessoa jurídica; 4) absolutos, porque estabelecem uma relação entre o indivíduo e a generalidade de sujeitos, que assume a obrigação jurídica de não lesá-los; 5) não patrimoniais, porque nunca contém em si uma utilidade imediata da ordem econômica; 6) inatos, em geral, no sentido de originários, porque essenciais em relação à pessoa; 7) perpétuos, porque se constituem com o nascimento com vida e extinguem-se apenas com sua morte; 8) indisponíveis, por força da essencialidade do objeto, unido ao sujeito originário por um nexó orgânico, que os torna inseparáveis.”

¹⁷⁵MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo, Atlas, 2010, p. 65. Segundo a autora: “Dessas intrínsecas características defluem consequências inestimáveis ao direito de família, passando pela própria individualização da pessoa natural, o respeito às suas preferências volitivas, suas necessidades e potencialidades, o direito à intimidade, ao recato individual e familiar, à saúde, ao equilíbrio psicofísico, entre outros, passando pela aquisição do nome, a determinação do seu estado pessoal, a aquisição da cidadania, o respeito à identidade de gênero e os consequentes desmembramentos na composição familiar, o direito à parentalidade, à biparentalidade e as consequências patrimoniais, sucessórias, assistenciais decorrentes, a possibilidade de adoção, gestação, natural e substitutiva, entre outros, observadas na atualidade na função social da família.”

¹⁷⁶¹⁷⁶MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues. FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. Ed. Atlas. 2012, p.31. Segundo o autor: “O direito geral de personalidade deve ser concebido como um direito de autodeterminação ético-existencial, que não pode ser restringido, no seu conteúdo dignidade humana, por intermédio da autodeterminação ético-política da comunidade. O primado da autodeterminação ético-existencial sobre autodeterminação ético-política pode significar a enunciação de um princípio geral de resolução dos casos de conflito entre direitos constitucionalmente protegidos ou a própria indisponibilidade do conteúdo essencial do direito geral de personalidade.”

Parte Especial. Porém, vejamos que o capítulo do Direito de Família contém normas próprias que atuam igualmente na prevenção do direito geral ao desenvolvimento da personalidade, como exemplo, o artigo 1.523 do CC/2002¹⁷⁷, assegurando a autonomia do indivíduo no direito à família, no dever de abstenção do Estado ao direito de procriar (sentido negativo da não intervenção)¹⁷⁸.

Também encontramos normas que asseguram os direitos da personalidade previstos em legislação especial, como exemplo, o direito ao nome de família do padrasto ou madrasta, matéria que foi recepcionada na jurisprudência¹⁷⁹ e inserida na Lei de Registros Público, em seu art.57 §8º¹⁸⁰. A proteção dos direitos da personalidade também tem sido objeto de regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, na extrajudicialização do procedimento de mudança de nome e gênero do transexual, que poderá, por meio da via administrativa do balcão do cartório, ter averbada as alterações de nome¹⁸¹.

Por meio de regras como estas, a tábua axiológica constitucional, diante dos valores extraídos dos princípios constitucionais, é intrínseca aos dispositivos infraconstitucionais em seus aspectos decisórios (concessivos dos direitos da personalidade), mantendo a coerência substancial à ordem principiológica, reconduzindo ao princípio superior¹⁸². Neste contexto, os aspectos gerais dos direitos da

¹⁷⁷Código Civil Brasileiro de 2002, Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

¹⁷⁸Sobre o sentido não intervencionista do Estado quanto ao direito à parentalidade em razão da autonomia do indivíduo quanto aos direitos da personalidade, Mariana Chaves nos traz que: "O direito à parentalidade, desdobrado no direito a reproduzir-se ou a gerar um filho, realça o direito à intimidade e à autodeterminação dos indivíduos, que não deve ser limitado ou cerceado. Um país que impõe uma política arbitrária de reprodução humana obsta o direito inalienável das pessoas a ter filhos. A Suprema Corte dos EUA, em diversos julgados, estabeleceu o direito de procriar como um direito fundamental, numa lógica de que os Estados não podem obrigar uma pessoa a reproduzir, tão pouco podem obstruir a sua capacidade de procriar. Assim, este direito existe em um sentido positivo e em sentido negativo." CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 197.

¹⁷⁹Resp. n.1069864, relatora Ministra Nancy Andrigui, publicado no DJE 03/02/2009: "Não há como negar a uma criança o direito de ter alterado seu registro de nascimento para que dele conste o mais fiel retrato da sua identidade, sem descuidar que uma das expressões concretas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é justamente ter direito ao nome, nele compreendido o prenome e patronímico."

¹⁸⁰Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), art. 57: § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

¹⁸¹Prov. nº 73, de 18 de junho de 2018 do CNJ.

¹⁸²ÀVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007 p. 172. Quanto à coerência da ordem constitucional, expõe: "Os subprincípios e regras são tanto melhor fundamentados quanto mais intensamente eles forem suportados pelos princípios superiores. Com base em categorias epistemológicas, desenvolvidas por Carnap para a confirmação e

personalidade são concebíveis como categoria própria, como ocorre na Parte Geral do Código, mas sua certeza e objetividade está incorporada na carga decisória de regras de outros capítulos, a exemplo dos Direitos de Família.

Assegurado de modo expresso na constituição como direito fundamental ao indivíduo, o *direito à identidade* assume no contexto da família aspectos quanto ao nome em uma função estruturante da identidade da pessoa, pois proporciona o processo de autoconhecimento e de reconhecimento perante terceiros. Quanto ao *direito à liberdade de orientação sexual*, este é implícito ao direito à identidade e permite o comportamento distinto de uns em relação aos demais indivíduos, de modo a resultar no “direito a ser diferente”. Viviane Girardi, quanto ao direito à diferença e a concretização de sua tutela no direito à família, a exemplo da adoção por casais homoafetivos, coloca que, com as mudanças alcançadas, nos dias de hoje,

O direito personalíssimo à própria sexualidade reconhece o direito da sexualidade em si como um direito fundamental, com fundamento neste, ocorre a tutela de uma série aspectos dos direitos constitucionais promovendo a igualdade perante a lei. Os aspectos democráticos e o verdadeiro exercício da cidadania estão no reconhecimento da legitimidade ético-jurídica em que cada um pode expressar sua forma de ser¹⁸³.

O *direito à identidade de gênero* tem avançado na despatologização do transexualismo, de modo a distinguir que não existe apenas uma identidade sexual (masculina ou feminina), podendo o indivíduo optar pelas escolhas destes estereótipos, na liberdade de construir sua individualidade, como no caso do *nome social*. No reconhecimento destes direitos há o combate contra a violência de gênero, a qual se caracteriza por imposição de padrão lógico de conduta entre o gênero sexual e o sexo, ignorando as identidades e as diferentes formas de individualidade.

A superação do modelo binário-heterossexual macho e fêmea que ocorrera nos valores em sociedade consiste em demonstrar que o gênero decorre de construções

corroboração de enunciados, pode-se aqui atingir a questão principal tratada: a direta e a indireta “recondutibilidade”(Zurückfuhrbarkeit), de uma norma a um princípio superior, que possui significado fundamental em determinado sistema jurídico, faz com que todas as normas obtidas por meio de uma vinculação sintática ou semântica incorporem o mesmo significado jurídico da norma superior. A relação de dependência da norma a um princípio fundamental faz com que esta norma, relativamente a outras normas, ganhe o significativo normativo de seu fundamento.”

¹⁸³GIRARDI, Viviane. Direito fundamental à própria sexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 367.

e preposições que vão muito além das meramente biológicas. Fabrício Veiga Costas expõe que “a patologização do transexualismo pela Organização Mundial da Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina é uma forma de categorizar a estigmatizar o transexual, estimulando o preconceito, a marginalidade e a opressão do gênero”¹⁸⁴.

A Organização Mundial da Saúde na CID 10, continha, na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, a transexualidade como enfermidade. Já em 2018, com a CID 11, a transexualidade não mais consta como uma enfermidade. A categorização na CID era um dos fundamentos em que os magistrados se baseavam para exigir a cirurgia de transgenitalização como condição para alteração do nome no assento civil. Todavia, em ordem de assegurar o princípio fundamento para qualquer alteração de prenome — o princípio da dignidade da pessoa humana — esta afronta aos direitos fundamentais, que obrigava a submissão cirúrgica, passou a ser alterada com o julgamento 1.626.739 do RS da 4ªT. do STJ e o desfecho da ADI 4.275 em 2018, matéria que resultou na elaboração do art. 58 da Lei de Registros Públicos, trazendo a possibilidade de alteração de nome e gênero, independente de cirurgia ou tratamento hormonal.

Na regulamentação do art.58 da LRP por meio do Provimento n. 73 do Conselho Nacional de Justiça, de 28 de junho de 2018, dentre seus Considerandos encontramos a despatologização do transgênero¹⁸⁵. Tereza Rodrigues Vieira e Raphael Pietro dos Santos, quanto ao Provimento n.73/2018 do CNJ, colocam que “deu-se um grande passo em prol do reconhecimento dos direitos da pessoa trans, garantindo-lhe o respeito à dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade e tantas outras

¹⁸⁴COSTA, Fabrício Veiga. A problemática jurídica da transexualidade infantil para além do binarismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Transgêneros*. Brasília: Zaccarewics Editora, 2019, p. 51.

¹⁸⁵Prov. n° 73, de 18 de junho de 2018 do CNJ. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN).(…) CONSIDERANDO a decisão da Organização Mundial da Saúde de excluir a transexualidade do capítulo de doenças mentais da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID); CONSIDERANDO a possibilidade de o Brasil, como Estado-Membro das Nações Unidas, adotar a nova CID a partir de maio de 2019, quando da apresentação do documento na Assembleia Mundial da Saúde, sendo permitidos, desde já, o planejamento e a adoção de políticas e providências, inclusive normativas, adequadas à nova classificação; CONSIDERANDO a decisão do Supremo Tribunal Federal que conferiu ao art. 58 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo o direito da pessoa transgênero que desejar, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, à substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do RCPN (ADI n. 4.275/DF);

liberdades individuais previstas na Carta Política do Brasil e em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte”¹⁸⁶.

O *direito à integridade física*, abrangendo tanto os aspectos à saúde psicológica quanto à saúde corporal, está correlacionado ao direito à liberdade de orientação sexual e à liberdade de planejamento familiar. O avanço das tecnologias científicas traz margens ampliadas aos relacionamentos humanos pelas novas fronteiras da medicina. O direito à autodeterminação recai na percepção pessoal de cada indivíduo, em sua condição psicológica, na busca da felicidade, fator que está por redefinir à luz da dignidade da pessoa humana quanto aos “bons costumes”. Rui Geraldo Camargo Viana, nos dias de hoje, quanto aos novos direitos da personalidade e sua relação com os bons costumes, nos traz que:

Não se concebe, por outro lado, a cirurgia de transgenitalização como ato adverso aos “bons costumes”, ou ainda crime ao teor do art. 129 do Código Penal. Primeiro porque o costume, entendido como fonte de direito, nada mais é do que aquilo que se reputa habitual e rotineiro. Trata-se de conceito subjetivo estabelecido como padrão comportamental, sujeito a inúmeras interpretações. Em adição, não me parece configurar ilícito penal o indivíduo redefinir o sexo, pois, em realidade, está se adequando ao próprio corpo de quem é primordialmente senhor, sobre o qual possui direito absoluto e inalienável de imagem, autonomia e liberdade¹⁸⁷.

Quanto à inserção social dos direitos da personalidade, há de ser observado que, ao lado dos aspectos pessoais de identificação (representação perante si mesmo), há, também, o direito à identificação em sociedade (representação perante a sociedade)¹⁸⁸. A vida em comunidade requer margens aos aspectos existenciais do indivíduo na ordem de valores comunitários, como no reconhecimento do direito à

¹⁸⁶VIEIRA, Tereza Rodrigues; Raphael Pietro dos Santos. Direito e Psicologia: reconhecimento e legitimação da autodeterminação da pessoa trans. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Transgêneros*. Brasília: Zaccarewics Editora, 2019, p. 361.

¹⁸⁷VIANA, Rui Geraldo Camargo. Novos direitos da personalidade: direito à identidade sexual. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019, p. 93.

¹⁸⁸Adriana do Rego Freitas Dabus Maluf, quanto à relação social e os direitos da personalidade, coloca que: “Entendemos que a identidade indica uma característica pessoal que aproxima o indivíduo de um grupo específico e o distancia de outro, representando um sentimento de pertencimento a um locus determinado, e que diretamente se liga com relacionamentos sociais e escolhas amorosas do cidadão.” (MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo, Atlas, 2010, p. 59.)

família, à filiação, à parentalidade. Vincenzo Scalizi, professor na Universidade de Messina na Itália, ao discorrer sobre os direitos fundamentais existenciais, entende por existenciais em razão da tutela subjetiva da pessoa:¹⁸⁹

Trata-se de uma situação subjetiva imanente ao “ser” da pessoa enquanto tal, chamados, por isso mesmo, “existenciais”, devidos pelo simples fato da existência, bem como, coexistencial ao seu desenvolvimento livre e integral (art.3º, §2º, da Constituição) a prescindir de qualquer e possível conteúdo histórico-social de referência, decisivo para determinar e medir o conteúdo a amplitude, ambos estritamente dependentes das concretas, efetivas e reais condições de vida de uma comunidade.

Em que pesem os seus aspectos imanentes ao ser humano, quanto à originalidade dos direitos fundamentais, diante da necessidade de valorização por intermédio da norma, o mesmo refuta o caráter *jusnaturalista*:

Os direitos fundamentais da pessoa enquanto tal não são fruto de uma dedução *jusnaturalista* e nem mesmo de uma crença transcendental baseada na fé ou postulados éticos morais. Tais direitos precisam também, para sua realização, de uma necessária e imprescindível passagem positivista, ou seja, de um ato de positivação que os enuncie e o afirme enquanto tais. Que em seguida sejam postos em termos de normas ou, como sustenta outra doutrina, mediante princípios (sobretudo constitucionais, não é verdadeira questão, que, ao invés, uma outra e precisamente esta: ato de positivação de tais direitos deve atribuir-se natureza constitutiva, ou, simplesmente, declaratória¹⁹⁰.

Há para realização dos direitos fundamentais a necessária relação com o direito positivo, na elaboração de normas, pois é através destas que seus valores se colocam como um *prius* e não como um *posterius*, assegurando a tutela jurídica¹⁹¹. O direito à parentalidade, em interfaces aos direitos da personalidade, **deve ser previsto por regras** que vem por assegurar os novos arranjos familiares que surgem na pós-

¹⁸⁹VINCENZO, Scalizi. Traduzido por BELGO, Francisco de Assis. *Hermenêutica dos direitos fundamentais e princípio personalista da Itália e na União Europeia*. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Revista de Direito Privado, vol.13, n.49, 2013, p.35.

¹⁹⁰Op. cit., p. 35.

¹⁹¹Op. cit., p. 37.

modernidade, como exemplo, as regras para as famílias formadas em uniões de pessoas do mesmo sexo em seus direitos procriacionais, no direito à relação de parentesco, ao fim de que para estas seja reconhecida a sua igualdade substancial.

Concluimos que a autonomia existencial no direito ao desenvolvimento da personalidade, em interfaces às relações familiaristas, assegura o princípio da igualdade substancial dos novos arranjos familiares, superando o preconceito vindo das raízes culturais, abrindo margens aos direitos procriacionais, em que se realça o direito à intimidade e à autodeterminação, contudo, como em qualquer modalidade de família, o seu exercício encontra margens na parentalidade responsável e no melhor interesse da criança.

1.2.2) Dos princípios da parentalidade responsável, do melhor interesse da criança e a interdisciplinaridade à psicanálise

Os aspectos personalíssimos da vida privada requerem o espaço de escolha para proporcionar ambientação familiar, todavia, isto não pode ser exercido de maneira absoluta na autonomia existencial que o indivíduo almeja, mas sim em correlação de direitos e garantias fundamentais, em que, para tanto, nos voltamos à funcionalização dos princípios da parentalidade responsável, ora direcionado ao país, e do melhor interesse da criança, ora em efeitos intrínsecos a formação desta, no que se faz necessário os estudos da psicanálise em diálogos para mudança de paradigmas. Vejamos que, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ao discorrer sobre ao princípio jurídico da paternidade responsável, quanto à denominação, coloca que,

permite a conclusão de que o Constituinte disse menos que queria, provavelmente por ter sido induzido em equívoco diante a tradução legal do *parental responsibility* que, no entanto, possui outro significado no âmbito do direito inglês. Assim, sem o cuidado que deveria ter no transplante jurídico da noção inglesa para o direito brasileiro, o constituinte empregou o termo paternidade responsável quando na realidade o sentido era da parentalidade responsável¹⁹².

¹⁹²GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Princípio da paternidade responsável. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords). *Revista de Direito Privado*, abril – junho 2004, p. 21 – 42, p. 29.

Intrínseco a esta denominação estão os seus objetivos de cuidado,

a consciência a respeito da paternidade e da maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão - de procriar -, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar a permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a mente aos filhos na fase adulta – como, por exemplo, os alimentos entre parentes.(...) a noção de parentalidade responsável – ou de paternidade responsável na expressão acolhida pelo Constituinte – traz ínsita a idéia inerente as consequências do exercício dos direitos reprodutivos pelas pessoas humanas. (...) Ao direito individual da mulher de exercer sua sexualidade e optar pela maternidade se contrapõe as responsabilidades individual e social que ela assume a se tornar mãe¹⁹³.

O direito à parentalidade, por si só, desprovido de qualquer adjetivo, deve ser visto como direito típico subjetivo à família, como assevera a Lei Maior brasileira. Porém, quando falamos em parentalidade responsável (paternidade responsável), estamos por acrescentar valores que impõe limites ao exercício dos direitos procriacionais, no que se fazem intrínsecos os aspectos do cuidado, da vulnerabilidade e do desenvolvimento sustentável. Entra em questão as consequências da escolha assegurada na liberdade de planejamento familiar, trazendo os aspectos restritivos aos direitos procriacionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente relaciona o princípio do melhor interesse da criança ao seu desenvolvimento integral, de modo a expor, em suas diretrizes, segundo o seu artigo 6º: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

O *locus* da família deve ser funcionalizado ao desenvolvimento integral da criança, este é também o teor do artigo 19 do ECA: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta

¹⁹³Op. cit., p. 31.

seu desenvolvimento integral.” O *direito à convivência*, na formação da personalidade, é fundamental para construção de referenciais saudáveis à criança¹⁹⁴.

A inserção no espaço familiar, em ambiente em que se gerem expectativas de afeto, em que a criança desenvolva afeições, a criar laços referenciais, em que este pode chamar alguém de “pai” ou de “mãe”, é fundamental para suas necessidades físicas e emocionais. O sexto enunciado da Assembleia Geral da Declaração dos Direitos da Criança traz a exigência de referenciais de afeto para o desenvolvimento da criança e do adolescente:

A criança, para o harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, tem necessidade de amor e compreensão. Deve crescer sob a salvaguarda e responsabilidade dos pais, numa atmosfera de afeição e segurança, material e moral; a criança de tenra idade, salva circunstância excepcional, não deve ser da mãe. A sociedade e o Estado têm o dever de tomar particular cuidado das crianças sem família ou das que não têm meios de existência suficientes. É desejável que sejam concedidas às famílias numerosas subsídios do Estado ou outros para manutenção das crianças.

Diante dos *valores intrínsecos à pessoa* que se fazem presentes nos princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança, temos de concilia-los segundo os componentes da cláusula maior da dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade não podem ser exercidos de modo absoluto, pois se contrapõe a bens que se mostram igualmente dignos de proteção. No todo unitário de valores, não podemos colocar critérios hierárquicos entre o direito geral ao desenvolvimento da personalidade, em direito à parentalidade, e os princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança, pois existe o diálogo entre

¹⁹⁴Quanto à valorização da formação da criança como sujeito de direitos, Viviane Girardi coloca como fator que: “O direito à convivência familiar e comunitária envolve muito mais do que simplesmente viver numa família, seja organizada do jeito que for. A convivência familiar envolve um feixe de circunstâncias que possibilitem o desenvolvimento saudável da fase infantil e juvenil. Isso permite à criança a percepção de que é amada, de que alguém dela se ocupa e com ela se preocupa. Envolve esse direito mais do que a possibilidade de ter pai e/ou mãe, a prerrogativa de receber dele atenção, cuidados e carinho. Importa na possibilidade de ter espaço para ser criança, ou seja, para brincar, pois essa é a forma salutar de o mundo infantil se desenvolver e compreender o que cerca e também de se fazer por ele compreender.” (GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais*. Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 27.)

os componentes da dignidade da pessoa humana: “valores intrínsecos da pessoa, autonomia do indivíduo e valores comunitários”¹⁹⁵.

Não estamos a hierarquizar princípios, mas sim por dialogar sobre estes diante da função social da família, o que exige que correlacionemos valores humanitários à luz da dignidade da pessoa humana. Giselda Maria Fernandes de Novaes Hironaka nos traz esta questão concluindo que:

A relação entre o direito de família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos não sucede senão pelo vetor da dignidade humana, que tudo funcionaliza em atenção à pessoa e à comunidade global que é integrante. Como bem afirma Pietro Perlingieri ao escrever sobre direitos fundamentais no direito de família “trata-se de individualizar relações entre os direitos e os deveres do homem e do cidadão, na medida em que cada um é funcionalizado, de modo diferenciado, ao interesse individual e geral do pleno e livre desenvolvimento da pessoa”¹⁹⁶.

A perspectiva do melhor interesse da criança impõe limites para que não ocorra o adultocentrismo, em que podem ficar prejudicados os aspectos fundamentais do desenvolvimento integral da criança. Eduardo de Oliveira Leite, em uma posição restritiva aos interesses da criança, coloca o *adultocentrismo* diante das incertezas dos aspectos vagos de preenchimento do princípio do melhor interesse da criança:

Fica a pergunta: por que fomentar tais situações atípicas se podemos encontrar no ambiente familiar natural elementos suficientes à garantia da fundamental segurança e equilíbrio que todas as crianças do mundo precisam? Por que favorecer situações de resultado imprevisível se a ciência mais abalizada nos demonstra o risco de tais opções? Por que, em nome das crianças (que quase nunca são ouvidas) impor situações que ficam negadas pelas mais elementares da razoabilidade e do

¹⁹⁵Luís Roberto Barroso, voltando-se à dignidade da pessoa humana como um superprincípio, ressalta a dificuldade de estabelecer um consenso ético transnacional na decisão de questões complexas, no que procura demonstrar o seu propósito, no que nos traz como componentes desta três elementos: “o valor intrínseco da pessoa, a autonomia individual e o valor comunitário.” (BARROSO, Luís Roberto. “*Aqui, lá em todo lugar*” - a dignidade da pessoa humana no discurso transnacional. Revista dos Tribunais. Vol. 919 de maio de 2012, p. 131.)

¹⁹⁶HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. Direito de Família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos: correlação entre o ser familiar e o ser humano. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019, p. 423.

bom senso? Por que o ônus de nossa constante curiosidade irresponsável deve recair sobre o mundo infantil, naturalmente passivo e alheio as mais estranhas manobras e maquinações? Por que?¹⁹⁷

Por ser o melhor interesse da criança uma diretriz, está a ser preenchido por aspectos culturais e educacionais de seu tempo e ciência. Diante da fluidez de conceitos na pós-modernidade, o direito à parentalidade e a sua relação com os bons costumes, por razões da diversidade cultural, acaba sendo reflexo dos valores do lar em relação à família¹⁹⁸.

A condição de indefesos que emerge na situação dos deveres de criação e educação das crianças faz com que o *poder familiar* seja funcionalizado, de modo a se tornar *poder-dever*, voltando-se ao aspecto instrumental à criança. Fábio Morsello, ao discorrer sobre a autoridade parental, em sua natureza jurídica e definição, realça o “adultocentrismo x visão paidocêntrica”. Buscando afastar os resquícios do pátrio poder do Código de 1916 da expressão poder familiar no Código de 2002, nos traz como lição que:¹⁹⁹

Silmara Juny de Abreu Chinellato observa, em síntese, que o esquema do pátrio poder visto como poder-sujeição está em crise, razão pela qual a legislação francesa suprimiu o termo poder, escudado em paradigma pretérito, para o termo autoridade, fulcrado em função que a lei investe aos pais, em verdadeira reciprocidade de direitos e deveres dos pais para com os filhos, em “diálogo” permanente, atendidos os interesses dos menores.

Voltando-se ao contexto pós-moderno da sociedade, em que a diversidade cultural é latente em razão da inexistência de valores compartilhados, Fábio Morsello coloca os referenciais familiares como a fonte de irradiação da energia para o desenvolvimento da personalidade da criança:

¹⁹⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais: adultocentrismo x melhor interesse da criança. In: CAMPOS, Diogo Leite; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. (coord.), *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 115.

¹⁹⁸ Op. cit. 115.

¹⁹⁹MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental. Perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fabio Jun (Orgs). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri: Manole, 2019.p. 425.

Ora, diante dos *inputs* que promanam do sistema social, a célula familiar e, notadamente, os genitores são os arautos da esperança ética no desenvolvimento da personalidade dos infantes, propiciando-lhes efetivo *output* dirigido ao corpo social, com o escopo de concretizar o princípio fundante da dignidade da pessoa humana e correlata convivência em sociedade justa e solidária, elidindo as normas em comento transformadas em meros pedaços de papel (*Stuck Papier*), desprovidos de efetividade²⁰⁰.

Quanto ao uso da expressão *poder familiar* conclui que:

referida denominação não revela adequação, na medida em que mantêm a ênfase do poder, cujo termo não se coaduna com a nova perspectiva das relações familiares. Deveras, como preleciona o primeiro autor mencionado, inclusive com sucedâneo no Direito de Família francês e americano, o conceito de autoridade nas relações privadas traduz melhor o exercício de função ou de *múnus*, em espaço fundado em legitimidade e no interesse do outro²⁰¹.

A autoridade parental se traduz em *múnus público*, em que a ordem pública é soberana e funcionalizada no melhor interesse da criança. Luiz Edson Fachin, quanto à mudança desta *família-poder* para a construção do paradigma da *família-cidadã*, coloca que:

a autoridade parental ganha clara relevância, na medida em que se distância de um “poder” em face dos filhos para consolidar-se como verdadeira relação recíproca, na qual os pais, ao subsidiarem o desenvolvimento da personalidade de seus filhos, estão, por igual, estabelecendo o pleno desenvolver de suas personalidades. “Quem educa se autoeduca”: é neste viés dialógico que a autoridade parental encontra seu fito precípua, repto que a todo momento exsurge em inolvidável importância²⁰².

²⁰⁰Op. cit., p. 516.

²⁰¹MORSELLO, Fábio. Evolução da autoridade parental. In: CASSETARI, Christiano, orientação: VIANA, Rui Geraldo Camargo. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002, estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.

²⁰²FACHIN, Luis Edson. As relações paterno-filiais à luz do direito civil contemporâneo: reflexões sobre o poder familiar e autoridade parental. In: CASSETARI, Christiano, orientação: VIANA, Rui Geraldo Camargo. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002, estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 561.

Conforme vimos nos aspectos históricos evolutivos da legislação, a jurisprudência está a fazer a correlação de princípios para o reconhecimento dos filhos de criação, valendo-se do critério da posse-de-estado de filiação para ter a concepção da relação de parentesco. Na ordem dos valores destes princípios, voltando-se a função social família, direcionado a posição que a família ocupa em sociedade (família-instrumento), está o exercício da autoridade parental, que vem a assegurar à aparência da família o direito ao estado de filiação. Por meio do reconhecimento do vínculo de parentesco socioafetivo, o Estado direciona a autoridade que está sendo exercida sob o infante e o adolescente para pessoas que realmente ocupem esta posição, assegurando o direito à parentalidade.

O liame do afeto no núcleo familiar, como sentimento psicológico, em que a pessoa identifica a relação de parentalidade de acordo com a posição de cada membro na inserção social, ergue-se com base em a funcionalização dos aspectos do desenvolvimento da personalidade, correlacionando outros direitos e garantias fundamentais, como a parentalidade responsável e o melhor interesse da criança. Giselle Groeninga, em aspectos da psicanálise, relaciona a convivência entre pais e filho e o direito da personalidade, de modo a expor que,

o desenvolvimento do indivíduo e a constituição de sua personalidade se dão também por meio dos exemplos significativos – as identificações que são o resultado das experiências emocionais com os adultos, pais ou substitutos. O *ego* – o conjunto de funções da personalidade – é o precipitado dessas identificações. De forma semelhante ao desenvolvimento da cultura é influenciado pela identificação não só, como dizia FREUD, com a personalidade de grandes líderes, sobretudo se estiverem mártires, mas também com o sistema de leis, que traduz a forma aceita de relação entre os indivíduos. Da mesma forma, a família – e sua autoestima – é influenciada por estas identificações²⁰³.

Trata-se de tema que nos traz ao campo dos sentimentos mais íntimos da psiquê, no que se fizeram presentes os estudos da ciência da Psicologia, que estão além das margens do conhecimento da ciência do Direito, em que a interdisciplinaridade entre

²⁰³GROENINGA, Giselle. Direito de convivência entre pais e filhos. Orientadora: Giselda Maria Fernandes de Novaes Hironaka. Universidade de São Paulo – SP, 2011, p. 28.

as ciências nos traz os aspectos funcionais como causa para o reconhecimento do direito à parentalidade, no paradigma parental da parentalidade socioafetiva²⁰⁴.

A metodologia da interdisciplinaridade significa o estudo em que mais de um campo científico acrescenta saberes para obtermos respostas do todo unitário²⁰⁵. Giselle Câmara Groeninga, quanto à necessidade de recorrer à psicologia nos estudos da família à mudança de paradigmas, expõe:

Há, hoje, a necessidade de contemplar o conhecimento de forma mais ampla, inclusive em seus aspectos tidos como mais subjetivos e até mesmo *inconscientes*. (...) A interdisciplina e o paradigma da complexidade não significam a perda de especificidade disciplinar, mas, sim, que as especialidades disciplinares possam tirar proveito dos conhecimentos trazidos por outras disciplinas. (...) À parte um caráter relativo, ao que se pode denominar verdadeira “política de conhecimento”, de exercício de da “democracia no campo das ciências”, que ilustra os alcances da interdisciplina, a postura interdisciplinar é de fundamental importância para a análise dos relacionamentos familiares que são trazidos ao Direito de Família. Afinal, esses relacionamentos se dão em diversos níveis²⁰⁶.

Por ser o estudo da psicanálise fundamental à compreensão da família devemos dar ênfase à epistemologia da ciência, pois a psicologia constrói a base de relevância às relações familiares, no conhecimento profundo em campos que o Direito não está a circunstanciar²⁰⁷. Neste contexto, concluímos que a complementaridade das

²⁰⁴GROENINGA, Giselle Câmara. Conceitos da Psicanálise contribuem para melhorar o Direito de Família. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-22/processo-familiar-conceitos-psicanalise-contribuem-direito-familia>. Acesso em 10/10/2018. Neste contexto de complementaridade das ciências, coloca a autora que: “Se queremos abordar a complexidade da família, devemos compreendê-la, abraça-la, como uma estrutura psicológica, em cuja organização cada um ocupa um lugar e, sobretudo, exerce uma função, criando-se, assim, os vínculos entre seus integrantes. A família é uma organização marcada pela diferença entre as gerações e entre as funções, cuja finalidade é a de proteção daqueles que são os mais vulneráveis — crianças, adolescentes e idosos. A família é o espaço de realização dos mais fundamentais direitos da personalidade. As funções aí exercidas são necessariamente complementares e se traduzem no Direito nas questões do estado — de filho, a de pai, de mãe, parental e conjugal — em que os sujeitos de direito o são em relação aos seus pares. Direitos complementares.”

²⁰⁵GROENINGA, Giselle. Direito de convivência entre pais e filhos. Orientadora: Giselda Maria Fernandes de Novaes Hironaka. Universidade de São Paulo – SP, 2011, p. 17. Em diferenciar os estudos em que há uma mera justaposição de conhecimentos para uma compreensão da análise interdisciplinar, Giselle Câmara Groeninga coloca que: “A interdisciplina alude sim a um sistema de dois níveis e múltiplos objetivos, com coordenação que procede de nível superior. A interdisciplinaridade implica em uma axiomática comum a um grupo de disciplinas conexas, que é definida no nível superior hierárquico imediatamente superior, o que introduz a noção de finalidade.”

²⁰⁶ Op. cit., p. 17.

²⁰⁷ Op. cit., p. 22.

ciências é necessária para mudança de paradigmas, pois permite visualizar a concretização da correlação dos direitos fundamentais para os fins de atender a axiomática superior provinda da interdisciplinariedade.

Voltando-se ao próprio conceito científico de *análise epistemológica*, trata-se de meio de produção científica do domínio das ideais pela verdade do conhecimento²⁰⁸. Como método de se apurar paradigmas, faz com que o preconceito e as injustiças desapareçam por uma ordem racional e científica na ciência do Direito, o que acaba por afastar os aspectos críticos quanto estarmos ou não em ter a imposição à família do que é denominado *ideologia*²⁰⁹.

Mara Caffé relaciona o divisor entre as ciências da Psicologia e a ciência do Direito, de modo que àquela se volta aos conflitos psicológicos, enquanto esta tende à subsunção das normas:

Neste caminho, procuremos identificar as noções de conflito elaboradas pela Psicanálise e pelo Direito, sendo este um tema central na articulação dos conceitos de ambos os campos. Desse modo, surpreenderemos a função da escuta analítica e a função normativa jurídica fundadas sobre um certo modo de entender, formular, intervir, dispor, inventar conflitos humanos, cada qual de uma perspectiva peculiar. A partir daí, ou melhor, aí mesmo se constroem os conceitos de conflitos psíquico (segundo a Psicanálise) e conflito jurídico, de grande relevância no interior de seus respectivos campos teóricos. (...)diremos que a prática psicanalítica busca fundamentalmente dispor o conflito em termos interpretáveis, conforme as condições da transferência analítica, enquanto que a prática do Direito procura dispor o conflito em termos decidíveis, conforme a sua subsunção às normas jurídicas. Caracterizam-se, assim, respectivamente, o conflito sobre os quais se erguem os dispositivos teórico-metodológicos típicos de cada área. Trata-se de entender, aqui,

²⁰⁸Conceito extraído do site WIKIPÉDIA: https://pt.wikipedia.org/wiki/Epistemologia#cite_note-5, acesso em 10/12/2018. “O termo ‘epistemologia’, cunhado pelo filósofo escocês James Frederick Ferrier (1808 – 1864), refere-se especificamente à parte da gnosiologia que estuda os requisitos e condições necessários à produção do conhecimento científico, incluindo os fundamentos, a validade, a consistência lógica das teorias e os limites desse conhecimento. Mais recentemente, entretanto, o conceito passou a ser usado, em sentido amplo, como sinônimo de gnosiologia ou teoria do conhecimento - disciplina que se ocupa do estudo do conhecimento humano em geral”.

²⁰⁹Conceito extraído do site WIKIPÉDIA: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ideologia>, acesso em 08/07/2019. “O uso crítico do termo ideologia pressupõe uma diferenciação implícita entre o que vem a ser: "conjunto qualquer de ideias sobre um determinado assunto" (concepção neutra sinônima de ideário), e; o que vem a ser o "uso de ferramentas simbólicas voltadas à criação e/ou à manutenção de relações de dominação" (concepção crítica).

as operações particulares em jogo nas práticas mencionadas e como, a partir delas, emergir seus objetos de estudo²¹⁰.

A interdisciplinaridade poderá ser útil em viés ao caso prático, bem como, como poderá servir ao processo legislativo. Quando se volta ao caso concreto, como exemplo, na hipótese de uma família socioafetiva, temos a possibilidade da perícia judicial, em parecer do perito, em análise aos vínculos que restam inviabilizados no contexto dos membros familiares, para então o Juiz, que não ficará adstrito ao respectivo laudo, vir por decidir quanto à desconstituição ou não da relação de parentesco²¹¹.

Já quanto ao processo legislativo, a interdisciplinaridade à psicanálise contribuiu para o reconhecimento jurídico dos novos paradigmas parentais quanto ao melhor interesse da criança, o que vem por deflagrar a elaboração das leis. Ao passo do reconhecimento científico do paradigma da parentalidade socioafetiva no campo da psicologia, os direitos da personalidade ganham guarida por sua aparência social. A proteção ao melhor interesse da criança é incorporada na ordem infraconstitucional por meio das **regras que tem carga decisória**, a exemplo do que ocorre se elaborada regra que assegure o reconhecimento da família segundo sua aparência, na exteriorização social e de modo estável da filiação.

Como consequência da interdisciplinaridade à psicologia, a análise epistemológica do conhecimento científico proporciona a ruptura de valores em sociedade nas relações de parentesco. A mudança de paradigmas impulsiona o movimento legislativo descendente à descodificação de novas formas de reconhecimento de filiação. Se fazem presentes normas que são margens para novos arranjos familiares e o direito à filiação, em que o direito não está mais na jurisprudência, mas sim em dispositivos expressos que contribuem para o reconhecimento social e a quebra de preconceitos.

Mario Luiz Delgado, em palestra no Instituto dos Advogados de São Paulo sob o tema “O Direito Civil nos 30 anos de Constituição de 1988”, observa que: “nos tempos de hoje, é preciso que estejamos desprovidos de preconceitos”. Nesta mesma ocasião, o também palestrante, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em suas colocações, nos traz que: “para definir a dignidade da pessoa humana, hoje, é preciso

²¹⁰CAFFÈ, Mara. *Psicanálise e Direito: a escuta analítica e a função normativa jurídica*. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2010, p. 23-24.

²¹¹Op. cit., p. 105.

recorrer aos aspectos interdisciplinares da psicanálise, sendo que a própria questão de identidade de gênero parte de uma construção social”²¹².

Há neste processo de ruptura de valores a necessidade de recorrermos à interdisciplinaridade da psicologia, em estudos que aprofundam as consequências do planejamento familiar, nos cuidados à família.

A autoridade parental direcionada aos aspectos epistemológicos da psiquê, no melhor interesse da criança, está de acordo com o arranjo familiar e a posição que a pessoa ocupa no desenvolvimento da personalidade. As famílias pluriparentais, em que encontramos mais de duas linhas de ascendência, não estão por violar os direitos da personalidade em uma ordem moral, por contrário, a elasticidade que se confere em margens jurídicas à pluriparentalidade está em concretizar os componentes da dignidade da pessoa humana.

Os novos arranjos familiares pluriparentais não se restringem apenas as relações de *madrastio* e *padrastio*, mas também as famílias poliafetivas. Embora encontremos posicionamentos críticos à esta modalidade de família, como exemplo, as colocações de Marcia Sadi Haron Cardoso, que, tomando por base estudos comparados de países em que o modelo da família poligâmico é reconhecido em lei, demonstra aspectos prejudiciais à criança em razão da *segurança moral e material*,²¹³ não podemos nos prender ao contexto de outras sociedades, em que os valores culturais resultam em prática jurídica muito diferente. A questão requer análise em consideração à realidade brasileira, por a conquista de direitos que asseguram a autodeterminação no planejamento familiar aos novos arranjos familiares.

Na sociedade brasileira contemporânea temos a possibilidade de ser pai ou mãe, não por estes papéis serem exercidos pelo gênero homem ou mulher, mas sim valendo-se da função do real exercício da paternidade ou maternidade no *locus* familiar, no amor do lar. Silvana do Monte Moreira, ao afastar os gêneros masculinos ou femininos, traz a expressão *parentalidade* em uma abordagem singular:

²¹²Observações extraídas do Seminário realizado no IASP em 20 e 21/09/2018 sob a temática “O direito civil nos 30 anos de constituição de 1988”.

²¹³CARDOSO, Marcia Sadi Haron. Poligamia e violações aos direitos da personalidade: uma análise jurisprudencial. Dever de respeitoso e consideração mútuos à luz dos direitos da personalidade. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019, p. 450, “Menciona-se, por fim, o desrespeito ao direito à educação, uma vez que os investimentos e atenções, em relacionamentos poligâmicos, serão dirigidos à obtenção de novas esposas, negligenciando-se o cuidado com os filhos, o que diminui a qualidade da prole, seja no que diz respeito ao seu desenvolvimento biopsicossocial, seja no que diz respeito à educação formal, tudo a prejudicar sua adequada qualificação profissional, condenando sua vida futura.”

A paternidade pode ser exercida igualmente por pessoas do sexo masculino ou do sexo feminino, mesmo com identidade cisgênero, pois, os papéis parentais independem do sexo biológico ou da identidade de gênero masculino para seu exercício, idem com relação à maternidade. Exemplificando: uma mulher, feminina, pode ter determinadora das regras, exercendo, efetivamente, um papel “paterno”, enquanto que homens, masculinos, héteros, podem ser o lado meigo da família, aquele que acarinha, que cuida, que alimenta, exercitando, assim, o maternar dos filhos²¹⁴.

Quanto à questão da identidade de gênero na educação do lar, atualmente os valores em sociedade estão cada vez mais por contribuir à aceitação cultural e à inserção social do transgênero, tema que está sendo colocado em consideração dentro da educação escolar.

Tereza Rodrigues Vieira e Raynan Henrique Silva Trentin, em obra coletânea de artigos intitulada “Transgêneros”, em defesa dos transgêneros na inserção social das escolas, quanto ao que tem sido colocado por aqueles que são críticos por estar criando uma ideologia ao processo educacional, nega que os pesquisadores do gênero estão a prejudicar a formação da pessoa pela perda do senso crítico, mas que o objetivo é demonstrar o direito à igualdade e às oportunidades entre os gêneros, no acolher da diversidade. Segundo suas colocações:

A escola não deve ser excludente e deve contribuir para desmistificar papéis masculinos papéis masculinos e femininos ou *meninos vestem azul e meninas vestem rosa*. A educação deve ser inclusiva e ensinar pela diversidade.

A expressão *ideologia de gênero*”, equivocadamente empregada é, por isso, abominada por pesquisadores acerca das questões ligadas ao gênero uma vez que estes não defendem ideologia, mas valores e ideais sobre a temática. Os estudiosos da **identidade de gênero** acreditam que não existe apenas o gênero masculino e o feminino, mas um amplo espectro de identificação, onde o masculino e o feminino são consequências histórico-culturais produzidas com o aceite social. Não há que se associar, obrigatoriamente, pênis ao masculino e vagina ao feminino. A identidade de gênero é a forma com que a pessoa se constata, se percebe e se reconhece.

²¹⁴MOREIRA, Silvana do Monte. Parentalidade em uma abordagem singular. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 159

A discussão sobre a diversidade nas escolas contribuiria para a diminuição do preconceito e para o incentivo à igualdade e respeito pelas diferenças²¹⁵.

Voltando-se para um caso prático de adoção em família transafetiva, Silvana do Monte Moreira, nos traz o processo de habilitação de uma pessoa *trans* em que foi requerido a juntada de atestados de sanidade física e mental, uma vez que a transexualidade estava, à época do caso, ainda designada como “disforia de gênero” conforme a CID 10, F 64.0. A análise foi entregue às equipes interdisciplinares das Varas da Infância. Trata-se de caso em que a transmulher, devidamente habilitada à adoção conjuntamente com seu marido, candidatou-se a conhecer o menino de 8 anos com a mesma condição:

A habilitanda, quando dos estudos e dos atestados juntados, não foi tratada como portadora de qualquer patologia de natureza psiquiátrica e sim como uma mulher que, juntamente com seu marido, buscava a complementação de sua família através da adoção. Em suma uma família como outra qualquer, sem adjetivações, rótulos ou qualquer diferenciação.

A., desde muito criança se via como menina identificando-se com roupas, brinquedos e gestuais femininos. A., já se encontrava com o poder familiar destituído, mas, não encontrava adotantes por tem um perfil diferenciado. Os pretendentes, ao aproximarem-se da criança, não conseguiam identifica-la como filha ou filho e desistiam da identificação.

Essa mãe, então, contatada para conhecer A. transbordou-se de alegria e com ela iniciou contato, juntamente com sua família, com a criança transgênera tratando-a como uma criança sempre desejou ser tratada - como menina – e, mais, se mostrando conhecedora de toda a situação, dando seu próprio depoimento de vida à sua filha.

A. hoje se encontra com sua nova família composta de mãe, pai e irmão, além de tios, tias, avós e primos. A. tem sua identidade de gênero respeitada por seus familiares, colégio e colegas.

A acolhida de A. por sua família, o respeito por sua identidade de gênero, tem sido um diferencial para a vida da criança, contribuindo para que descobrisse sua autoestima tão aviltada por anos de incompreensão²¹⁶.

²¹⁵TRENTIN, Raynan Henrique Silva VIEIRA; Tereza Rodrigues. Relações de gênero, diversidade sexual nas escolas e reconhecimento de direitos às pessoas trans. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Transgêneros*. Brasília: Zaccarewics Editora, 2019, p 147.

²¹⁶MOREIRA, Silvana do Monte. Parentalidade em uma abordagem singular. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 158.

A atipicidade do conceito de família nos traz à luz os aspectos funcionais no retrato da família na pós-modernidade, em que se realçam os contrastes da afetividade e o desenvolvimento da personalidade. Isto porque a interdisciplinaridade à psicanálise proporciona uma análise em valores mais humanitários, tema que recebe aprofundamento no campo da Teoria do Direito como metodologia científica, que, a seguir, passamos a abordar.

1.2.2.1) Da Teoria do Humanismo Realista

A análise interdisciplinar às outras ciências nos traz ao campo da Teoria do Direito como forma de abordar e permear os conhecimentos desta área científica. O Direito das Famílias no Estado Democrático vive uma constante emancipação de valores, em que buscamos adequar os valores normativos à balança da Justiça. A luta pelos aspectos normativos, em que a jurisprudência passa ao corpo dos códigos por literalidade das regras, é uma luta por reconhecimento social²¹⁷. Para tanto é preciso romper com métodos em que o enraizamento cultural ocasione o engessamento legislativo, meta que apenas pode ser alcançada quando utilizamos a devida Teoria do Direito.

A ciência, em seus aspectos amplos, nos fornece meios para o conhecimento, permitindo identificar e formar compreensões das dimensões da “realidade”. A razão científica abre margens para opinar, sistematizar e selecionar em método valorativo de aproveitamento. Voltando-se à Ciência do Direito, esta vem por disciplinar as relações humanas na interação com o mundo social²¹⁸, sendo um desafio

²¹⁷Eduardo Carlos Bianca Bittar, ao discorrer sobre os desafios da pós-modernidade, no capítulo Justiça, Reconhecimento e Inclusão, nos traz que: “a sensibilidade teórica de Axel Honneth parte da percepção de que a gramática moral dos conflitos sociais somente pode ser compreendida a partir do momento em que se percebe que a luta social é também, em grande parte, uma luta por reconhecimento (Annerkenug) (...) Para Honneth, a teoria crítica da sociedade tem de recuperar essa dimensão da ação e do conflito social dos sujeitos. O ponto de partida, reside, portanto, no fato que, nas relações comunicativas, há uma suposição básica de reconhecimento social: os sujeitos alimentam a expectativa normativa de serem reconhecidos em sua identidade particular e coletiva. Nesse sentido, o pressuposto de toda ação comunicativa consiste na aquisição do reconhecimento recíproco.” (BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, Justiça e Emancipação Social – reflexões filosóficas a partir do pensamento de Jurgen Habermas*. São Paulo: Ed. Quarter Latin, 2013, p. 594. Como referência em seus estudos: WERLE. Reconhecimento e emancipação: a teoria crítica de Axel Honneth. In: Habermas, Honneth: formação do indivíduo e socialização. *Mente, cérebro e filosofia*, n.8, 2008, p. 53.)

²¹⁸Quanto ao conceito de mundo social, Eduardo Carlos Bianca Bittar, coloca que: “Chamo de mundo social às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo é alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. No caso de processos de entendimento mútuo linguístico, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente, pretensões

para os cientistas desta área do saber vir a obter o melhor das *inter-acções* humanas (justiça, liberdade, diversidade, solidariedade, organização social). Para conter as dimensões objetivas, subjetivas e sociais que se fazem presentes nesta ciência, o evoluir para a modernidade exigiu a fragmentação cada vez maior das especialidades da Ciência do Direito.

O Direito parte dos aspectos racionais entre a teoria e a prática na solução de conflitos, no que se fazem necessários processos de socialização para atender a sua razão científica de regulação social. Para tanto, o Direito não pode ser visto isoladamente, mas sim no contexto de outras ciências, como exemplos a Economia, a Política e a Psicologia, proporcionando o verdadeiro conhecimento do mundo social. Todavia, isto exige uma metodologia adequada da teoria científica, a qual não pode se desvincular dos aspectos amplos das ciências humanas, sob pena de perder a própria razão científica. Diante os aspectos interdisciplinares que aos poucos foram introduzidos no campo científico do Direito, Eduardo Carlos Bianca Bittar nos traz que²¹⁹

Durante o tempo em que o paradigma positivista de compreensão do papel da Ciência do Direito vigorou, acabou-se por direcionar o olhar para o Direito na perspectiva do “tecnicismo jurídico”, que veio amolecendo o caráter de Ciência Humana da Ciência do Direito. Isso veio provocando um processo de desligamento – enquanto autoalienação epistemológica – da Ciência do Direito com as demais Ciências Sociais. Disso resultou uma compreensão equivocada da Ciência do Direito, agora ossificada na autocompreensão do universo das leis, isoladas dos demais fatores circundantes do mundo social, do mundo objetivo e do mundo subjetivo.

Ocorreu em momento anterior ao paradigma positivista a crise epistemológica da Ciência do Direito diante o engessamento de conceitos. Tornou-se necessário rever a ciência do Direito para que suas especialidades de ramo científico

de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social como a algo no mundo objetivos próprio (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade de vivências a que têm acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocutório de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita”. (BITTAR. Eduardo C. B., *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 30. Como referência os estudos de: Habermas, *Consciência moral e agir comunicativo*, 1989, p. 79).

²¹⁹Op. cit., p. 31.

atendam os diálogos estratégicos com as demais áreas dos saberes humanos. A manutenção da “qualidade técnica” sobre o “tecnicismo jurídico” está em obter a técnica jurídica adequada na solução de conflitos. Isto não ocorre quando a técnica jurídica está alienada aos fatores sociais que fundamentam a própria instrumentalização da Ciência do Direito²²⁰.

Os aspectos racionalizadores do convívio social, do exercício e da repreensão de condutas, disciplinando as *inter-acões* sociais é que fazem da Ciência do Direito uma Ciência Humana. A dinamicidade das transformações sociais impõe a atualização, revisão e reconsideração dos significados jurídicos. O Direito como ciência congrega uma série de ramificações nas suas fronteiras do mundo social, seja por meio dos direitos civis, penais, tributários, etc, para fins de sua regulamentação, temos repartições de ramos do saber jurídico, em especializações para obter o alcance de precisão e definições locais da razão científica²²¹.

Diante da exigência de grande quantidade de normatizações, códigos e estatutos que surgem em seus mais variados ramos, se fazem necessários diálogos que proporcionem o *background* em uma compreensão abrangente do Direito, em vistas à *interdisciplinaridade* com outras fronteiras científicas (a exemplo da Psicanálise, Antropologia, Política e Economia), de modo que esta Ciência cumpra com a razão científica do saber jurídico se voltando ao Humanismo²²².

Eduardo Carlos Bianca Bittar, em soletrar as sílabas gramaticais dos fins da Teoria do Direito, ressalta o papel de uma teoria científica do direito estar em permitir a “re-construção”, o que também pode ser colocado como “re-significação”, proporcionando o sucesso no “re-mont-ar” de um universo jurídico, a exemplo do que vivenciamos no período pós-constitucionalização de 1988, com seus paradigmas voltados ao compromisso com a justiça social, a democracia e os direitos humanos²²³.

²²⁰Op. cit., p. 32.

²²¹Op. cit., p. 33. Na compreensão do autor: “O grave desafio epistemológico é que ‘tudo’ (mundo social, mundo objetivo e mundo subjetivo) está em constante movimento, gerando transformações dinâmicas, simultâneas e dialéticas, no *modus* de nossa compreensão sobre as coisas”

²²²Op. cit., p. 42. Quanto à teoria: “Assim é que uma Teoria Geral do Direito continua útil para uma compreensão abrangente do Direito, desde que baseada na *interdisciplinaridade* com outras fronteiras científicas, no diálogo interáreas das Ciências Normativas do Direito e, também, situada diante *desafios concretos* da realidade brasileira.”

²²³Op. cit., p. 45. Segundo o autor: “como paradigma constitucional cidadão, mas também em função das profundas transformações socioculturais das últimas três décadas, considerando-se atualmente: a ascensão da tecnociência; a preponderância dos princípios; os novos direitos; a inserção de novos valores; a preponderância do debate sobre a efetividade dos direitos humanos; a crise da democracia representativa.”

Quando nos voltamos à *Teoria do Direito*, qualquer que seja a teoria adotada, temos que a teoria, como método científico, procura explicar o que é Direito, ou ainda, como o Direito funciona. Vejamos a *Teoria Crítica do Direito*, desenvolvida na escola de Frankfurt, na esteira de Habermas, veio por rever o conteúdo filosófico que se fez presente no giro democrático do Direito em seus aspectos republicanos e humanistas contemporâneos. Por meio da *Teoria Crítica* ocorrera o processo então relacionado à realidade social e histórica, nos processos participativos pela igualdade, diversidade, solidariedade e liberdade na efetivação humanística do Direito. Nesta linha de pensamento, diante o modo contemporâneo de pensar, abordar e conhecer do Direito, Eduardo Carlos Bianca Bittar nos traz a *Teoria do Humanismo Realista* como “a consolidação do conjunto de esforços, na direção da formação de uma Teoria Humanista Crítica para o Direito”. Trata-se de uma teoria genuinamente brasileira, que, segundo o autor, assume aspectos críticos próprios:

Então, a Teoria do Humanismo Realista, enquanto Teoria Humanista e Crítica para o Direito, não oferece a crítica do lugar do Direito, mas subsidia o Direito a ser mais crítico e revisor das suas próprias práticas, exercendo antes de tudo a autoconsciência epistemológica; aprofunda a ideia *revisionista* de aprimoramento do iluminismo contido no Direito moderno; incentiva a formação jurídica crítico-reflexiva esteja condicionada por um *olhar realista*, conectado à dimensão das condições sociais reais da justiça, em face da situação concreta e do cenário de injustiças e violências; incentiva a promoção das formas de *emancipação*, considerando o potencial do Direito, enquanto somado ao potencial de outras forças sociais; procura promover o *esclarecimento*, no sentido do *Aufklärung*, pelo cultivo do *humanismo social, democrático e republicano*; retoma a noção de *justiça* como força axiológica centrípeta da cultura do Direito; faz face ao processo de tecnificação da vida, à colonização do mundo da vida e à instrumentalização do Direito como experiência prática fundada na repetitividade e no maquinismo; enfatiza a noção de *dignidade-humana*, tomando-a como fundamento do Direito; reforça a importância da luta pela *efetividade* dos direitos fundamentais e pela consolidação democrática na realidade brasileira; identifica na *transformação social construtiva* e na *mudança qualitativa dos processos inclusivos* das instituições formas de promoção da cidadania e da justiça social; entende na razão comunicativa, dialógica, participativa e democrática, o esteio político para o exercício do controle social, legítimo e soberano dos poderes; valoriza a *desrepressão*, onde a liberdade é sufocada, e *autonomia* dos sujeitos, onde a heteronomia se tornou a regra; desperta a análise com o olhar mais voltado para a *história-do-amanhã* (ou para

os processos de transformação em germinação no “hoje fronteiro”) do que para a *história-do-passado*²²⁴.

Na *Teoria do Humanismo Realista* se fazem presentes os aspectos emancipatórios de suas origens na *Teoria Crítica*, porém com peculiaridades²²⁵, mas, na mesma linha de pensamento, o objetivo da *Teoria do Humanismo Realista* se ergue sobre as bases de um humanismo social, democrático e republicano. A ação social passa a ser o foco que une a teoria com a prática, buscando aproximar “a visão do mundo” da “realidade”. Busca-se uma *evidência empírica central*, baseada no “acesso direto à realidade”. O jurista vem a trabalhar com atos e fatos jurídicos para a tomada de decisões impactantes em consideração ao “transfundo quadro da realidade”, no atendimento sob o *olhar crítico e humanizado* da sociedade. Dentre suas características, está a apontar para a *interdisciplinaridade* e os aspectos múltiplos que convoca os saberes múltiplos (filosóficos; científicos; antropológicos; econômicos; sociológicos e semióticos) a agirem em conjunto, dando a *complexidade da realidade empírica*²²⁶.

Em uma abordagem transnacional, a *Teoria do Humanismo Realista* emerge em uma concepção latino-americana como resposta à virada humanística e democrática no Brasil. Porém, conforme coloca Eduardo Bittar, a mesma “assume validade universal – enquanto visão humanista das relações jurídicas e do papel regulatório das instituições legais – e da utilidade local – quando adaptada às necessidades humanas concretas, bem como, à dinâmica local e empírica da realidade”²²⁷.

²²⁴ Op. cit., p. 46.

²²⁵ Op. cit., p. 50. Segundo o autor: “A *Teoria do Humanismo Realista* mantém acesos, da tradição da Teoria Crítica, seus ideais emancipatórios. Neste ponto, é importante verificar que a *Teoria do Humanismo Realista* surge como perspectiva latino-americana da *Teoria Crítica*. A *Teoria do Humanismo Realista*, por conter proposta *realista*, aproxima-se das perspectivas de *realismo jurídico*, sem, no entanto, coincidir exatamente com as concepções do *realismo americano* (Karl Llewellyn; Jerome Frank; Carl Susein; H. Oliphant), do *realismo escandinavo* (Axel Hagerstrom; Alf Ross), do *realismo genovês* (Giovanni Tarello); Ricardo Guastini) e do *realismo jurídico* que embasou a formação do Critical Legal Studies Movement (Roberto Mangabeira Unger; Elisabeth Mensch; Morton Horwitz; Mark Tushnet; Duncan Kennedy). Quanto a este último, irá compartilhar a *Teoria Tradicional*, enquanto irá diferir da matriz da influência da Teoria Crítica, considerando a atualidade de modelos de Jurgen Habermas e Axel Honneth, diferindo em alguns aspectos, conceitos e categorias. Por isso, ao se projetar no campo da Teoria do Direito, se distancia do *jusnaturalismo*, por não lidar com essências fixas e pressupostos contratuais; do *juspositivismo*, por não exaurir o Direito na legalidade estatal; do *realismo*, por não enxergar nos simples fatos e nas decisões das autoridades do sistema jurídico condições suficientes para a explicação sobre o Direito; do *idealismo*, por não buscar transcendência as condições de exercício do Direito Positivo; do *jurisprudencialismo*, por entender que a inteligência de casos não exaure todo o exercício do Direito; do *funcionalismo*, por não assumir na segurança jurídica o único elemento a guiar a função social do sistema jurídico.”

²²⁶ Op. cit., p. 49.

²²⁷ BITTAR, Eduardo C. B.. *Direito, Teoria Crítica do Direito e Humanismo Realista*. “Law, Critical Legal Theory and Realistic Humanism. A humanistic turn um critical legal theory: the birth of a new

Há ênfase à interdisciplinaridade e ao diálogo na compreensão da *Teoria do Humanismo Realista*, no que esta representa, segundo o autor, “*uma atitude teórica, transdisciplinar e dialogal*, haja vista à ética desta teoria, é também uma *atitude metodológica*, considerando a dicotomia universalidade/localidade, buscando mobilizar a Lei em cumprir com a função social da Justiça”²²⁸.

Vejamos que a *Teoria do Humanismo Realista* também enfatiza a idéia de complementaridade dos Institutos Privados com o Direito Público, pois, conforme coloca Eduardo Carlos Bianca Bittar,

uma teoria crítica contemporânea não precisa escolher entre a predominância dos ‘valores privados’ sobre os ‘valores públicos’ – dicotomia esta que ocupou o século XX -, inclusive com desastrosas consequências políticas na formação dos governos autocráticos. E por isso que a Teoria Humanista e Crítica contemporânea trabalha na base de uma concepção que considera a *complementaridade* entre ‘valores privados’ e ‘valores públicos’, considerando o ponto ótimo de passagem e equilíbrio destas duas dimensões, a democracia e os direitos humanos²²⁹.

Por meio da *Teoria do Humanismo Realista* temos a ampliação dos horizontes normativos diante à concepção democrática que o humanismo enseja. Há o aumento das margens normativas, a fins de conter, dentro da condição humana, o desenvolvimento e a cuidadosa proteção das qualidades e potencialidades que se fazem presentes na individualidade de cada pessoa. Daí se falar em um *humanismo concreto*, ligado ao *plano da ação*, posto em consideração o outro, no que se fazem presentes seus

conception in Brazilian legal theory. In: BITTAR, Eduardo C. B. Bittar (coord.). *Filosofia do Direito: diálogos globais, temas políticos e desafios da justiça*. Philosophy of law: global dialogues, controversial issues and challenges of justice. São Paulo: Quarter Latin, 2019. p. 322. (Tradução livre: “Thus, as a Critical Theory, generated within the context of Brazilian peripheral modernity, *The Theory of Realist Humanism* assumes *universal validity* – while assuming a *humanizing vision* of the judicial relations and of the role of regulatory institution of law – and of *local utility* – while adapted to concrete human necessities, as well as local dynamics and empirical realities.)

²²⁸Op. cit., p. 325. (Tradução livre: “The Theory of Realistic Humanism can be understood as a theoretical and transdisciplinary and dialogical attitude, in view of the ethics of this theory and as a methodological attitude, considering the universal/ local dichotomy, seeking to mobilize the Law to carry out its social function with Justice.”)

²²⁹BITTAR, Eduardo C. B., *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 51.

aspectos sociais, republicanos e democráticos. Há, portanto, a “dilatação” das margens jurídicas em vista à “realidade”²³⁰.

O humanismo interage a possibilidade de projetos, no cultivo de ações, espaços e intervenções, permitindo a realização ética, política e cultural. Há o respeito pela pessoa humana permitindo participação e virtude cívica, no exercício da cidadania. Sua conexão com a realidade *afasta o utopismo distópico*²³¹, assim compreendidas as utopias que marcaram os autoritarismos do passado, e procura ampliar as margens transformadoras, daí que o humanismo tem o sentido de ação e transformação, expressa e realizada por indivíduos e grupos, em suas múltiplas manifestações, na concretização de “fazer transformadores”²³².

O *saber reflexivo, conhecimento situado* e a *sensibilidade humana* estão presentes no humanismo, sendo possível “afirmar” e “propor a justiça” na superação de novos horizontes normativos, dentro do processo democrático à socialização. Há, como fundamento, a abertura democrática para que a humanidade trace seus caminhos em sua “in-completude”, estado este ocasionado pelo outro e sua cultura que conduzem a pessoa a “re-significar”, subsídio necessário a ética republicana²³³.

Eduardo C. B. Bittar coloca que a *Teoria do Humanismo Realista* se apoia na *Teoria da Democracia Deliberativa* por ser esta a teoria que melhor se alinha aos instrumentos da democracia moderna. A *democracia deliberativa* tem como valor a possibilidade de coexistência de modelos dos mais variados, surge por meio desta o controle social popular “plural”, “inclusivo”, “argumentativo” e “participativo”, vindo a superar a tradicional *democracia liberal e representativa*, a qual parece se espelhar

²³⁰Op. cit., p. 52-53. Quanto aos objetivos da teoria: “Como todo humanismo, procura-se *dilatar* o horizonte de ação para além das razões patológicas e das distorções sociais, tais como, por exemplo, o legalismo, o tecnicismo, o economicismo, o racionalismo irracional, o ideologismo, que consomem a possibilidade de entendimento, diálogo e emancipação. (...) Não há humanismo que se recuse a ser fonte de utopias e horizontes normativos mais largos, dentro de uma condição, fomentando o desenvolvimento e cuidadosa proteção das qualidades e potencialidades, atributos e faculdades de cada/toda pessoa, em suas condições históricas, culturais, sociais, políticas e econômicas.”

²³¹Na compreensão do que seria uma *utopia distopia*, enquanto a *utopia* é um ideal, a *distopia* é a organização contrária que está sendo conduzida como se fosse uma forma ideal, como exemplo, podemos colocar a própria família codificada no Código de 1916, em que o Estado conduzia sua forma de ser com autoritarismo, engessando o conceito de família pela ordem positiva do direito.

²³²Op. cit., p. 55.

²³³Op. cit., p. 56. Voltando-se à inserção social: “O humanismo social, democrático e republicano afirma que, devemos cultivar os traços dos seres de cuja in-completude se retiram: a indispensável presença do outro (*alter*); a igualdade humana que leva em consideração as diferenças; a indignação diante das injustiças; a capacidade de fazer-se vivo pela incessante busca de re-significar a experiência e transformar as camadas do mundo subjetivo, objetivo e social que habitamos.”

mais naquilo que se apresenta como mais importante, em um fortalecimento central²³⁴. Os aspectos deliberativos se traduzem em uma capacidade maior de vocalização, com o diferencial da ampliação dos espaços públicos para o “diálogo”, permitindo racionalizar o convívio social²³⁵.

Ao discorrermos sobre os aspectos evolutivos da legislação, quanto ao momento em que se inicia na vigência do Código Civil de 2002, marcado por uma primeira fase na defesa dos interesses dos direitos da família homoafetiva ora marginalizados, grupo minoritário discriminado sofrendo a repúdia do preconceito, colocamos os apontamentos de Maria Berenice Dias, quanto à postura do Judiciário, uma vez que esta se refere as decisões, à época, tomadas à luz do “realismo jurídico”. Todavia, o que seria este realismo para nós nos dias de hoje?

Neste contexto, em ordem de ilustrar os dizeres da *Teoria do Humanismo Realista*, pedimos a licença de trazer, como exemplo humanitário de convergência à ordem jurídica que espelha a legitimidade democrática em sua hermenêutica construtiva, o seguinte trecho da decisão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n.4.277/DF e da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) n.132/RJ:

O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a **plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar**, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto da cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do

²³⁴Op. cit. p. 57. Em uma abordagem transnacional: “Na linguagem de Raine Forst a democracia deliberativa aposta nos processos e nas formas, nos conteúdos e nas instituições, fortalecendo as práticas discursivas que legitimam as normas, as regras e os parâmetros das decisões de interesse coletivo e público. Na cultura política deliberativa, o argumento de um se encontra com o argumento do outro, viceja na política deliberativa uma forma de perceber a diversidade de opiniões, formas de entendimento e construção de interesses coletivos em espaços comuns, como uma forma de entendimento participativo e de amadurecimento social e deliberativo, confirmando a ideia de que todos são iguais no exercício da liberdade cidadã, tal como demonstra Joshua Cohen.”

²³⁵Cohen, Democracy and liberty, in *Deliberative democracy* (Elster Jhon, org.) 1998, p. 194. Apud: Op. cit., p. 57. Quanto aos aspectos deliberativos da ordem democrática: “Thus, an ideal deliberative procedure, participants are and regard one another as *free*: recognizing the fact of the reasonable pluralism, they acknowledge, as I noted earlier, that no comprehensive moral or religious view provides a defining condition of participation or a test of acceptability of arguments in support of the acceptability of arguments in support of the exercises of political power.”

Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A **extensão às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável** entre pessoas do mesmo gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, do princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente do suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere o monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar a efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo a grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado(STF-2ªT, RE 477.554-AgRg, Min. Celso Mello, j. 16.8.11, DJ 26.8.11)

A decisão da Corte Suprema nos traz à evolução da cultura em sociedade e a interpretação dinâmica que tem sido aplicada no contexto dos problemas sociais que precisam ser equacionados à luz dos princípios democráticos. Como exemplo do julgado, podemos visualizar nitidamente como no âmbito dos novos arranjos familiares se faz necessária uma Teoria do Direito que se apresenta de modo coerente e restauradora dos aspectos humanitários no quadro atual do ordenamento brasileiro, em contribuição aos valores edificantes que requer a Humanidade.

CAPÍTULO 2 – DO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

2.1) Do conceito e suporte normativo do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva: Provimento n. 63/2017 e n. 83/2019 do CNJ

A legislação brasileira caminhou, no melhor interesse da criança, para formas complementares de se estabelecer o vínculo de filiação, resultando no alargamento dos mecanismos de filiação após a constitucionalização de 1988, conforme o *princípio da unidade da filiação*, afastando tratamentos discriminatórios da prole quanto à origem dos ascendentes. Diante dos novos paradigmas parentais, a ampla aceitação doutrinária pela parentalidade socioafetiva traz as vias do cartório extrajudicial o reconhecimento da filiação socioafetiva, sendo procedimento administrativo que se inicia em balcão do cartório, de modo célere e módico, em alcance nacional, para se apurar e estabelecer o vínculo socioafetivo por averbação ao registro civil de nascimento.

O artigo 1.593 do CC/2002, que assegura outra origem de parentesco que não a consanguinidade, combinado ao artigo 1.609 do CC/2002, que disciplina as formas de estabelecimento da filiação extramatrimonial, passam a serem sistematizados dentro dos novos paradigmas parentais da posse-de-estado de filiação socioafetiva segundo a ordem constitucional do princípio da igualdade e da não discriminação da filiação. Elaborou-se uma microssistematização, por meio do poder regulamentar atribuído constitucionalmente ao Conselho Nacional da Justiça, à uniformização em âmbito nacional do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, conforme os termos do Provimento nº63 de novembro do ano de 2017 e Provimento nº 83 de 14 de agosto do ano de 2019.

A concepção civil-constitucional das relações de parentesco, em diálogos com o princípio da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança, ao passo dos novos arranjos familiares da contemporaneidade, em margens à construção jurisprudencial e doutrinária da posse-de-estado da filiação socioafetiva, requer a segurança jurídica e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em direito à parentalidade, assegurando o desenvolvimento integral da criança em sua personalidade, tema que tem sido apreciado em âmbito do Poder Judiciário de modo ativo para os cuidados e a sustentabilidade da família contemporânea.

Sob a competência regulamentar do Poder Judiciário, o grande passo que ocorre a favor da parentalidade socioafetiva por meio desta forma de reconhecimento de filiação está na *extrajudicialização*. Por ser o cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais o único órgão competente para dar a conservação de dados e a dinâmica de conhecimento às informações quanto ao estado da pessoa natural, eixo para a segurança jurídica e estabilidade das relações entre particulares, esta modalidade de reconhecimento de filiação está em sintonia com a função de cidadania do cartório, garantindo as dimensões do estado da pessoa natural quanto ao estado familiar, cumprindo com a essência da atividade cartorária em assegurar o acesso à população aos registros dos fatos naturais da vida civil²³⁶.

Neste passo a favor daqueles que se encontram sob o estado de filiação socioafetiva, mas ainda não encontram a eficácia de seus direitos frente à publicidade auferida pela prova da filiação, a realidade das famílias brasileiras ganhou mecanismos mais ágeis para que o amor se presencie dentro do lar, o que se alinha perfeitamente com função social da família assegurada no princípio da afetividade, trazendo a mais ampla guarida para os seus fins eudemonistas da ordem constitucional. Diante do princípio da igualdade e da não discriminação, a publicidade quanto ao vínculo socioafetivo é preservada de modo a não poder constar qualquer referência à origem da filiação no assento de nascimento, ficando as informações confiadas aos autos do procedimento administrativo aberto e numerado em cartório.

Voltando-se à trajetória normativa do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva no ordenamento brasileiro, iniciou-se com decisões judiciais na competência administrativa das Corregedorias da Justiça dos Estados e por provimentos administrativos no âmbito estadual, como exemplos, foram elaboradas normas nos Estados do Pernambuco, no Provimento nº9/2013, do Maranhão, no Provimento nº21/2013 e do Ceará, na Portaria nº15/2013, em cópias idênticas, e do Estado de São Paulo, com regramento próprio, no Provimento nº 36/2014 do Tribunal de Justiça de

²³⁶Segundo Mario de Carvalho Camargo Neto: “O registro civil de pessoas naturais deve ser entendido em três dimensões: exercício da cidadania; social de informações ao Estado; e individualização do estado da pessoa natural.” (CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. Duplo Registro de Nascimento e Nulidade. In: AHUALI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos (org.). Direito notarial e registral: homenagem as Váras de Registros Públicos da Comarca de São Paulo: São Paulo: Quarter Latin, 2016, p. 712.) No mesmo sentido, em outra obra, as colocações que: “O estado da pessoa natural é a qualificação jurídica da pessoa, resultante das diferentes posições que ocupa na sociedade, hábeis a produzir diferentes consequências (...) é a posição jurídica do meio social, resultantes de algumas qualidades que lhe são inerentes, nos contextos, político, familiar e individual.”(CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. Estado da Pessoa Natural. In: DEL GUÉRCIO, Arthur *Direito Notarial e Registral em Artigos*. São Paulo: YK Editora, 2016, p. 418.

São Paulo. Posteriormente, foi elaborado o suporte normativo de uniformização no alcance de âmbito nacional através do Provimento nº63/2017, revisado no Provimento nº 83/ 2019 sob competência do Conselho Nacional de Justiça.

As normas em âmbito Estadual, pioneiras à matéria, traziam em consideração a necessidade de se compatibilizar o reconhecimento biológico da filiação aos novos paradigmas de família²³⁷. Buscava-se evitar fraudes no processo de adoção, colocando em consideração a má-fé, os vícios de consentimento e a burla ao Cadastro Nacional de Adoção²³⁸. A matéria contava com o apoio dos membros da área cartorária, argumentando-se a favor do combate à *adoção à brasileira*²³⁹ e nos direitos à celeridade

²³⁷Os Estados de Pernambuco, no Provimento 9/2013, o Estado de Maranhão, no Provimento 21/2013, e o Estado do Ceará, na Portaria n. 15/2013: CONSIDERANDO o disposto no art. 226 da Constituição Federal, segundo o qual a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; CONSIDERANDO que a Carta Magna ampliou o conceito de família, contemplando o princípio de igualdade da filiação, através da inserção de novos valores, calcando-se no princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana; CONSIDERANDO que o instituto da paternidade socioafetiva, introduzido na doutrina brasileira pelo jurista Luiz Edson Fachin (1992), tem a sua existência ou coexistência reconhecidas no âmbito da realidade familiar; CONSIDERANDO que, segundo assente na doutrina e na jurisprudência pátrias, não há, a priori, hierarquia entre a paternidade biológica e a socioafetiva, tendo esta como fundamento a afetividade, a convivência familiar e a vontade livre de ser pai; CONSIDERANDO que é permitido o reconhecimento voluntário de paternidade perante o oficial de Registro Civil, devendo tal possibilidade ser estendida às hipóteses de reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva, já que ambos estabelecem relação de filiação, cujas espécies devem ser tratadas com igualdade jurídica; CONSIDERANDO que as normas consubstanciadas nos Provimentos nº 12, 16, e 26 do Conselho Nacional de Justiça, as quais visam a facilitar o reconhecimento voluntário de paternidade biológica devem ser aplicáveis, no que forem compatíveis, ao reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva, tendo em vista a igualdade jurídica entre as espécies de filiação; CONSIDERANDO o disposto no art. 10, inciso II, do Código Civil em vigor, segundo o qual "os atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação devem ser averbados em registro público"; CONSIDERANDO o disposto no Enunciado Programático nº 06/2013, do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, segundo o qual "do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental"; CONSIDERANDO, por fim, a existência de grande número de crianças e de adultos sem paternidade registral estabelecida, embora tenham relação de paternidade socioafetiva já consolidada.

²³⁸Provimento n.36/2014 do TJSP: CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer a devida prioridade nas ações de adoção e destituição do poder familiar a fim de evitar que crianças e adolescentes, cuja reintegração familiar ou colocação na família extensa se demonstre absolutamente inviável, permaneçam institucionalizadas; CONSIDERANDO a necessidade de padronizar os programas de apadrinhamento afetivo e financeiro, evitando a burla ao cadastro de pretendentes à adoção e consequente tráfico de crianças para fins de adoção, assim como, no âmbito da Infância e Juventude, o reconhecimento da filiação socioafetiva.

²³⁹Christiano Cassetari, a favor do reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva, antes da elaboração do suporte normativo do CNJ, colocava que: "acreditamos pode ser feito sim um reconhecimento voluntário de paternidade ou maternidade socioafetiva, somente no caso de o filho não ter pai e/ou não ter mãe no assento, pois, no caso contrário, seria um caso de adoção à brasileira", ato ilícito repudiado pelo sistema." (CASSETARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva. Ed. Atlas, 2014, p. 83.)

e à modicidade de custos²⁴⁰, com fundamento no princípio da igualdade das origens da filiação biológica à filiação socioafetiva (art. 227, § 6º da CF)²⁴¹.

Com o advento da uniformização do procedimento de reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva no âmbito nacional, no primeiro momento da vigência do Provimento nº63/2017 do CNJ, Ricardo Calderón, presidente do IBDFAM, em comentários a favor da alçada desjudicialização que ocorrera, colocava que:

O Provimento acolhe um Pedido de Providências do próprio IBDFAM, no qual o Instituto demandava a unificação nacional da possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva diretamente nos cartórios de Registro Civil. Esta normativa consagra acolhimento extrajudicial do princípio da afetividade, de modo que é possível dizer que ele chega aos balcões dos cartórios. O fato de permitir que as filiações socioafetivas sejam consagradas diretamente nos escritórios registradores, sem necessidade de ação judicial, é mais um evento representativo do fenômeno da extrajudicialização que estamos vivendo no Direito brasileiro²⁴².

Márcia Fidelis Lima, Oficiala de Registro Civil de Pessoas Naturais, ressalta os benefícios estendidos à autoridade parental dos pais socioafetivos em razão da extrajudicialização prevista no Provimento nº63/2017 do CNJ, de modo expor:

Como toda situação fática, a falta de um documento formal que comprove a relação, causa dificuldades para o convívio, mormente quando se trata de menor, que precisa de assistência/representação. O filho socioafetivo (de fato) é tratado diferente na escola porque o pai que vai na reunião de

²⁴⁰ Mario de Carvalho Camargo Neto e Marcelo de Oliveira Salaioli, argumentando a favor da elaboração do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, colocavam que: “Tão clara está a socioafetividade como fonte de filiação, que não se vislumbram justos e razoáveis motivos para permitir que a filiação biológica tenha um procedimento célere e módico para ganhar a proteção jurídica nos registros públicos e a filiação socioafetiva não o tenha. Considerando o melhor interesse para a criança, a melhor solução é que se permita o reconhecimento de filho socioafetivo, diretamente pelo Oficial de Registro Civil. Por esse meio a criança ou adolescente terá de maneira rápida e barata, em sua certidão de nascimento, o nome de seu pai registrado.” (CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaioli. Registro Civil de Pessoas Naturais. Coleção Cartórios, coord. CASSETARI, Christiano. Saraiva, 2014, p. 236.)

²⁴¹CFR/88, art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁴²CALDERÓN, Ricardo. Entrevista à assessoria de comunicação do IBDFAM: Especialistas avaliam Provimento que autoriza reconhecimento da socioafetividade em cartórios. Site: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6504/Especialistas+avaliam+Provimento+que+autoriza+reconhecimento+da+socioafetividade+em+cart%C3%B3rios>. Publicado em: 22/11/2017, consulta em 28/05/2019

pais e nas festas da escola não consta ou não é o mesmo que está mencionado em seus documentos. O pai/mãe socioafetivo, que despende ao filho todo o amor, todo o cuidado, todos os deveres que às vezes nem o pai/mãe registral o faz, fica impedido de exercer, de direito, prerrogativas do Poder Familiar. Situações simples como: assinar contrato na escola, autorização de passeios escolares, protocolos de correspondências endereçadas ao filho menor, viagem sozinho com o filho (que depende da autorização de quem detém o Poder Familiar), todas essas situações fáticas, quando enfrentadas por um adulto (como na União Estável), já criam grande constrangimento e sofrimento. Quando se trata de criança ou adolescente a situação requer maior cuidado e se agrava ainda mais, podendo criar consequências que refletirão na vida adulta desse menor²⁴³.

A autoridade parental, como direito das crianças e adolescentes, passou a ter em seu favor a extrajudicialização do reconhecimento do vínculo socioafetivo. Os novos arranjos familiares, na mudança de paradigmas no direito à família, a exemplo dos mosaicos familiares que ocorrem com o *padrastio* e *madrastio*, tem seus reflexos no reconhecimento da filiação socioafetiva como ato assegurado à averbação nos registros públicos (art. 10, inc. II do CC).

Com a vinda da uniformização do procedimento em âmbito nacional, decorrido um ano e meio de prática pelos Oficiais de Registro Civil de Pessoas Naturais da edição do primeiro provimento, foram postos em questionamento certas regras, conduzindo a mudança do Prov. nº63/2019 CNJ aos termos do Prov. nº83/2019 do CNJ. As alterações que o sucederam se deram por força dos pedidos de providências 0006194-84.2016.2.00.0000, a pedido do Instituto dos Advogados de São Paulo, e o pedido 0001711.40.2018.2.00.0000, como requerente o Colégio de Coordenadores da Infância e da Juventude nos Tribunais de Justiça do Brasil, requerido a Corregedoria Nacional da Justiça.

Em resposta aos questionamentos no pedido de providências, foi elaborado o Provimento nº83/2019 do Conselho Nacional de Justiça que, em suas atribuições legais e regimentais, em seus Considerandos, revogou itens da normatização anterior²⁴⁴.

²⁴³LIMA, Márcia Fidélis. Entrevista à assessoria de comunicação do IBDFAM: Especialistas avaliam Provimento que autoriza reconhecimento da socioafetividade em cartórios. Site: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6504/Especialistas+avaliam+Provimento+que+autoriza+reconhecim+ento+da+socioafetividade+em+cart%C3%B3rios>. Publicado em: 22/11/2017, consulta em 28/05/2019

²⁴⁴Prov. nº83/2019 do CNJ: CONSIDERANDO o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos (art. 103-B, § 4º, I, II e III, da Constituição Federal de 1988); a competência do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços notariais e de registro (arts. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal); a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da

As alterações que sobrevieram a normatização do Prov. nº63/2017 do CNJ não ocasionaram uma revogação por completo deste. Foram mantidas as disposições anteriores que, com alterações por critérios de segurança jurídica, entendeu-se por bem introduzir certas restrições, as quais podemos sintetizar em três mudanças principais:

- a) a legitimidade passiva para apenas aqueles com 12 anos ou mais, quando no provimento anterior não havia critério etário²⁴⁵;
- b) a exigência de parecer do Ministério Público, atuando como fiscal da lei no interesse dos incapazes, quando nas regras anteriores não era necessária sua homologação²⁴⁶;
- c) a possibilidade de ser feito apenas a inclusão de uma linha de ascendência socioafetiva, resguardando a segunda linha a exigência do pleito judicial, quando nas regras anteriores interpretava-se pela margem de dois ascendentes socioafetivos²⁴⁷.

peessoa humana como fundamento da filiação civil; CONSIDERANDO a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação (art. 1.596 do Código Civil); CONSIDERANDO a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva; CONSIDERANDO a necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (art. 10, II, do Código Civil); o fato de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC); CONSIDERANDO o previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal; a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços notariais e de registro (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça); CONSIDERANDO a plena aplicação do reconhecimento extrajudicial da parentalidade de caráter socioafetivo para aqueles que possuem dezoito anos ou mais; a possibilidade de aplicação desse instituto jurídico aos menores, desde que sejam emancipados, nos termos do parágrafo único do art. 5º, combinado com o art. 1º do Código Civil; CONSIDERANDO a possibilidade de aplicação desse instituto, aos menores, com doze anos ou mais, desde que seja realizada por intermédio de seu(s) pai(s), nos termos do art. 1.634, VII do Código Civil, ou seja, por representação; ser recomendável que o Ministério Público seja sempre ouvido nos casos de reconhecimento extrajudicial de parentalidade socioafetiva de menores de 18 anos; o que consta nos autos dos Pedidos de Providência n. 0006194-84.2016.2.00.0000 e n. 0001711.40.2018.2.00.0000.

²⁴⁵Prov. 83/2019 do CNJ: Art. 1º O Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações: I - o art. 10 passa a ter a seguinte redação: Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

²⁴⁶Prov. 83/2019 do CNJ: o Provimento n. 63, passa a vigorar acrescido do "art. 11, §9º: Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer.

²⁴⁷Prov.83/2019 do CNJ: o Provimento n. 63, passa a vigorar acrescido no art. 14 de dois parágrafos numerados como § 1º e § 2º, na forma seguinte: “Art. 14, §1º:Somente é permitida a inclusão de um

Ricardo Calderón discorre quanto à extrajudicialização introduzida pelo Prov. nº 63/2017 do CNJ, e que permanece no Prov. nº83/2019 do CNJ, como uma resposta do Conselho Nacional de Justiça em ter uma experiência bem sucedida:

Esta confirmação demonstra que a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça viu com bons olhos a experiência de desjudicialização das filiações socioafetivas consensuais, reiterando o caminho da extrajudicialização iniciado com o Provimento 63. A facilitação do acesso ao registro da filiação é uma perspectiva que não pode ser esquecida, ainda mais face o nosso quadro de muitas crianças sem pai registral. Nessa ótica, deve ser viabilizada também a formalização dos vínculos socioafetivos²⁴⁸.

Esta modalidade de reconhecimento de filiação introduzida no ordenamento brasileiro é uma contribuição normativa de grande impacto social, pois permite aos pais socioafetivos o registro civil de nascimento, independente do processo judicial para o reconhecimento. Todavia, isto não significa que o processo de adoção ou a ação declaratória da paternidade ou maternidade socioafetiva deixaram de existir. Segundo a nova sistematização acrescida aos meios de estabelecimento da filiação, a desbiologização da paternidade agora vem instrumentalizada com mais uma alternativa que apresenta benefícios quando comparada as outras vias que asseguram o estado de filiação.

2.1.2 – Da competência do Conselho Nacional de Justiça na regulamentação do suporte normativo à extrajudicialização do reconhecimento da filiação socioafetiva

Desempenha o Conselho Nacional de Justiça atividade fiscalizatória com fundamento no art. 103-B, §4º, I e III, e 236, §1º da CF²⁴⁹, e nos arts. 30, inc. XIV, 37 e

ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno. 2º: A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial.”

²⁴⁸ CALDERÓN, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ que alterou as disposições sobre registro extrajudicial da filiação socioafetiva regidas pelo Provimento 63. Disponível no site: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A2ncias.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A2ncias.pdf). Último acesso em 10/10/2019.

²⁴⁹ CF de 1988, art. 103-B, § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras

38 da Lei nº8.935/1994²⁵⁰, adotando dentre suas atribuições o acompanhamento e a regência dos serviços notariais e de registro. Por meio do Plenário do Conselho e da atuação da Corregedoria Nacional de Justiça emite atos, decisões e resoluções que são de observância obrigatória para atividade notarial e registral devido ao seu caráter normativo. Sendo órgão de coordenação nacional, recebe demandas de diferentes origens, encaminhadas por o Poder Executivo e por pessoas privadas, procedendo no aprimoramento e uniformização dos serviços extrajudiciais, visando interesses difusos e de grupos individuais. A autoridade exercida sobre os cartórios extrajudiciais, segundo Ricardo Dip, trata-se de uma potestade ordinária que se divide em:

(i) *potestas iudicialis*, poder mais rigoroso quanto à forma, próprio do juízo sancionatório disciplinar e administrativo *simplex* e vinculado a estrita legalidade externa (i.e., não pode emergir de um constructo autorreferencial ou autopoietico, exatamente porque atua no domínio sancionatório, a reclamar, se não sempre, o mais possível, tipologia imputativa e tipologia cominatória); e

(ii) *potestas non iudiciais*, para atos governativos em geral, que se exercitam sem a forma rígida, e também para atos normativos, que possam, mediando autorização de lei, expedir-se com a qualidade de *potestate leges ferendi* (mas não com a de *praecepto poenas*).²⁵¹

O direito constitucional sistematizado não apresenta objetivamente a demarcação da potestade de regência das serventias de Notas e Registros (*potestate leges ferendi*), apenas, por meio do art. 236 da CF §1º, vem a impor a “fiscalização pelo

atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²⁵⁰Lei 8.935/1944, Lei dos cartórios. Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro: (...) inc. XIV: observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente; Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos; Art. 38. O juízo competente zelará para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequada e melhor prestação desses serviços, observados, também, critérios populacionais e sócio-econômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

²⁵¹DIP, Ricardo. *A natureza e os Limites das Normas Judiciárias do Serviço Extrajudicial*. Quarter Latin, 2013, p. 43.

Poder Judiciário”. Quanto à interpretação da sua abrangência, afirma Ricardo Dip que no âmbito da *potestas non iudicialis* das Corregedorias se reconhece:

o poder de orientação (a atribuição de diretivas) e a *postates legis ferendi* a que - como era de exigir – corresponde, de maneira expressa, uma previsão legal: lê-se com efeito, no inciso XIV do art.30 da Lei 8.935/1944 (de18-11), que pode o Juízo competente estabelecer ‘normas técnicas’, a fim de que os serviços sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente’(caput do art. 38)²⁵².

Devido aos aspectos funcionais que são objetivo das Notas e dos Registros públicos à comunidade, em direitos fundamentais (caput do art. 5º da CF), ressalta que

Dessa maneira, o limite contentor por excelência da potestade das Corregedorias-Gerais deriva da segurança jurídica, meta da atividade notarial e registraria. Assim, uma verdadeira ideia de **subsidiariedade correicional** cliva-se pelo critério de que a **Corregedoria não deve fazer, nem deixar de fazer, mas ajudar a fazer** tudo que conduza ao fim securitário-jurídico das Notas e Registros Públicos. Com efeito, a atividade superior não deve ser substituinte da do inferior, mas de seu fomento, complementação e suprimento de atividade²⁵³.

A segurança jurídica, como meta a ser atingida, requer o domínio da potestade legiferante para implementação de medidas assecuratórias para os direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, para tanto, o Poder Judiciário tem exercido papel ativo, por vezes, impulsionado pela necessidade de regulamentação em pontos de vulnerabilidade jurídica. O Conselho Nacional de Justiça tem colocado seus empenhos através da elaboração do crescente número de provimentos que possuem vigência nacional, apresentando a solução de questões que recaem nos serviços extrajudiciais, a exemplo do registro de nascimento, conforme observa José Marcelo Tossi da Silva a importância deste,

basta lembrar que sem o registro de nascimento não se tem amplo acesso aos serviços públicos essenciais, tais como o atendimento no sistema de saúde, matrícula em creches e escolas, além de, não ser possível a obtenção dos documentos

²⁵²Op. cit., p. 45.

²⁵³Op. cit., p. 49.

indispensáveis para o exercício de emprego regular na iniciativa privada ou a participação em concurso público. O registro de nascimento confere direito ao nome civil, assegura o direito de nacionalidade e faz presumir a veracidade do local de nascimento, assim como da filiação nele indicada²⁵⁴.

Voltando-se ao poder normativo do Conselho Nacional de Justiça em matéria registral, tema que está dentre os pontos que foram colocados em pauta no pedido de providências 0001711-40.2018.2.00.0000, questionando a falta de competências para elaboração de normas do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva no âmbito da Corregedoria Nacional de Justiça, temos que, segundo o voto do relator Ministro Humberto Martins, Corregedor Nacional de Justiça, a par da competência assegurada na ordem constitucional, encontra-se o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, quanto ao elaborar de atos com força normativa:

Art. 8º Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

(...)

X - expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça;

Ainda, segundo os apontamentos do Exmo. Ministro, também assegura a competência normativa o Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça, em seu art. 14, I:

Art. 14. Os atos expedidos pelo Corregedor, de natureza normativa, no âmbito de sua competência, observarão a seguinte nomenclatura: I - provimento – ato de caráter normativo interno e externo com a finalidade de esclarecer e orientar a execução dos serviços judiciais e extrajudiciais em geral.

A ordem jurídica requer que sejam disciplinadas especialidades que são atendidas unicamente pelos serviços extrajudiciais, de modo que o Poder Judiciário

²⁵⁴ SILVA, José Marcelo Tossi. Uma visão atual da prestação do Serviço Público de Notas e Registros. In: AHUALI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos (org.). *Direito notarial e registral: homenagem as Váras de Registros Públicos da Comarca de São Paulo*: São Paulo: Quarter Latin, 2016, p. 37.

detém o poder da regulamentação para que os cartórios extrajudiciais alcancem sua finalidade. A atribuição constitucional do dever de “fiscalização” que consta no artigo 236 da CF envolve aspectos mais amplos do que a mera regularidade de prestação de serviços.

Voltando-se a abrangência do termo “fiscalização”, na falta de definição própria, Luís Paulo Aliendi nos coloca que,

a atividade de fiscalização envolve coisas, alcançando o conceito de regulação. A fiscalização está entre elas. Porque o ente regulador pode estabelecer regras, pode verificar o cumprimento dessas regras a fiscalizar? Fiscalizando e vendo que as regras não foram cumpridas pode, tendo atendido os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, aplicar penas aos infratores. Isto tudo é um processo de regulação, a ser visto com calma e rigor científico. O processo de regulação apresenta as seguintes fases: formulação das orientações da regulação, operacionalização, implementação, aplicação das regras, sancionamento dos transgressores e decisão dos recursos. Condensando, agrega-se três: aprovação das normas pertinentes, implementação concreta das regras, fiscalização do cumprimento e punição das infrações²⁵⁵.

O exercício da “função correicional” decorre de poderes interligados, incluindo prerrogativas de recomendação, devendo subsidiar, informar ou orientar o Poder Político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas. Ao lado do poder normativo e sancionatório, temos prerrogativas de conciliação, visando mediar interesses dos regulados (consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos que se valem dos serviços extrajudiciais)²⁵⁶.

Ricardo Dip tem os valores comunitários como fundamento da atividade das Corregedorias da Justiça:

A autoridade política detém uma “procuração” para conservar e ajudar a realização de valores da comunidade: al governo, diz Danilo Castellano, non è a data la scelta del fine ma solamente quella dei mezzi – ao governo não é dada a eleição dos fim, mas apenas a dos meios. Não detém, pois, uma outorga circunstancial de opiniões, mas uma delegação dos meios para

²⁵⁵ALIENDI, Luís Paulo. *CNB-SP e autorregulamentação da atividade*. In: Revista do Direito Notarial. São Paulo: Quarter Latin, 2011, p. 62.

²⁵⁶Op. cit., p. 64

preservar e subsidiar a realização de fins comunitários: ‘La autoridad no es delegación de los hombres, sino procuración de los valores’ (Gomez Dávila)²⁵⁷.

A processualidade de temas regulamentados no âmbito das Corregedorias dos Estados está por garantir aos cidadãos regulados que a atividade notarial e registral atenda a função pública. O processo disciplinado vem impor a prática de sequência de atos, permitindo o controle do que se deu causa. Surge então a necessidade de atuação firme em todo o território nacional, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça fazer a uniformização de procedimentos²⁵⁸.

O Conselho Nacional de Justiça vem a fazer os fins securitários-jurídicos. A importância de um papel ativo do Judiciário para o implemento dos direitos e garantias fundamentais é meio de combater o retrocesso social. A lógica do Estado-Social de Direito assumida após a Constituição Federal de 1988 afasta a postura de não-atuação do Poder Judiciário que se fez presente no Estado Liberal de Direito. Neste sentido, as palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, quanto à interpretação valorativa da produção do Direito no âmbito do Poder Judiciário:

O Juiz não é tão somente a boca que pronuncia as palavras da lei. Esta, ele também, tal qual a autoridade administrativa -, e bem assim, membro do Poder Legislativo -, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, um *dever-poder*. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos²⁵⁹.

²⁵⁷DIP, Ricardo. *A natureza e os Limites das Normas Judiciárias do Serviço Extrajudicial*. Quarter Latin, 2013, p 26. Apud: GÓMEZ DÁVILA, Nicolás. *Escolios a um texto implícito*, p. 107.

²⁵⁸Op. cit., p. 65.

²⁵⁹BONTEMPO. Alessandra Gotti. O direito das crianças à plena fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais: o direito a ter direitos no futuro. In: SARMENTO, Daniel; IWAKAWA, Daniela;

O ativismo judicial é expressão que tem origem na doutrina norte-americana que as vezes se apresenta na doutrina nacional com o sentido de interferência na atuação de outros poderes, resultando em interpretação de dever de autocontenção do Judiciário. Todavia, não é esta a devida formulação da teoria que se faz subjacente. Na verdade, trata-se de atuação do Poder Judiciário em que se busca extrair o máximo da sua potencialidade no texto constitucional²⁶⁰.

Ao passo da jurisprudência dos novos paradigmas parentais, a competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e das Corregedorias da Justiça dos Estados assegura o bom andamento dos atos de registro e de averbação (art.10, inc. II do CC/2002), garantindo o princípio da igualdade e da não discriminação da filiação (art.227§6º da CF), promovendo a extrajudicialização como meio de regulamentação de conceitos firmados nas decisões do Poder Judiciário.

O Prov. 63/2017 do CNJ tem o escopo de estabelecer a extrajudicialização como eixo para assegurar um direito que cabe a todos, o “estado de filiação”. Segundo o voto do Relator Exmo. Ministro Humberto Martins:

O provimento em questão é mais um exemplo do movimento de extrajudicialização do Direito Civil, pelo qual diversas questões que anteriormente restavam restritas à apreciação do Poder Judiciário passam a poder ser solucionadas por vias extrajudiciais e é sob este enfoque que será analisado.

Além da redução do número de demandas judiciais relativas ao registro civil, as novas permissões trazidas por esse Provimento são dignas de favorecer um enorme contingente de pessoas em todo o território nacional, muitas das quais restavam sem formalização adequada da sua filiação justamente em face dos óbices que até então se apresentavam. As medidas implementadas visam facilitar o acesso a um direito que deve ser

PIOVESAN, Flávia (coords). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 851.

²⁶⁰BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Consulta ao site:https://www.conjur.com.br/2008de22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Último acesso em 30/12/2019. “O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.”

assegurado sem maiores obstáculos a todos: o registro do estado de filiação.

Os serviços públicos de notas e registros tem como princípio supranormativo a segurança jurídica às relações particulares. A extrajudicialização vem por viabilizar os aspectos da celeridade procedimental e dos custos módicos da prestação de serviço, sendo fundamental à implementação da paz social que se elabore normas que trazem suporte normativo à extrajudicialização.

O suporte normativo conferido à jurisprudência no âmbito das normas elaboradas pelo Conselho Nacional da Justiça tem sido constante em matéria de Direito das Famílias, o que acaba por suprir as incompletudes do sistema do Código, assegurando valores da ordem constitucional em direitos e garantias fundamentais ao indivíduo. Segundo o pedido de providências n.0001711.40.2018.2.00.0000, a Corregedoria Nacional de Justiça esclarece que:

Na esteira disso, passou-se inclusive a utilizar-se destes expedientes para concretizar e respeitar a jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais Superiores, principalmente as deliberações proferidas em repercussão geral e com efeito vinculante. Ou seja, ante uma deliberação final e definitiva de alguns temas junto ao Poder Judiciário, em atenção ao movimento de extrajudicialização que estamos a vivenciar, o CNJ passou também a orientar as serventias extrajudiciais no sentido de que respeitassem essas deliberações finais das nossas Cortes Superiores. Com isso, a população teria um acesso facilitado a o que já lhes teria sido garantido pelo Poder Judiciário, em decisões gerais e vinculantes, evitando-se novas ações judiciais para alcançar o que já havia sido deliberado em caráter geral em outros feitos.

Foi o que se deu com a Resolução 75 do CNJ, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil e de conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo, que adveio após o julgamento da ADI 4277 e da APDF 132 pelo STF (que admitiu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar). A Resolução 75 somente regulou nas serventias extrajudiciais aquilo que o STF e o STJ já haviam decidido, de forma definitiva, com repercussão geral e efeito vinculante.

Concluimos que o Conselho Nacional de Justiça tem contribuído a paz social como princípio maior na elaboração das normas que trazem processualidade aos paradigmas parentais dos novos arranjos familiares. Ao passo do papel ativo do Poder

Judiciário na jurisprudência quanto à dinâmica das estruturas familiares, temos a atuação subsidiária no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e das Corregedorias de Justiça dos Estados na elaboração de suporte normativo, sendo que estes órgãos não podem deixar de fazer aquilo que atende aos fins securitários.

2.1.2.1) Qualificação registral do Oficial no foco de elementos concretos e objetivos

Ao passo da elaboração do suporte normativo do CNJ, a capacitação do profissional da área notarial e registral no procedimento de qualificação assegura a boa-fé dos postulantes nas competências das serventias extrajudiciais. Segundo as normas dos respectivos provimentos, atribui-se ao cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais a competência para apurar a posse-de-estado de filiação socioafetiva, cabendo ao Oficial atividade probatória para colheita de provas, no dever de fazer a minuciosa análise para atestar objetivamente elementos concretos dos aspectos socioafetivos que se fazem exteriorizados socialmente e de modo estável²⁶¹.

Na mesma linha dos provimentos anteriores elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça quanto ao reconhecimento de filiação na via extrajudicial, o Provimento nº 63/2017 e o subsequente Provimento nº83/2019 do CNJ, trazem o aumento de atribuições do Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais. Por meio de suas normas, temos a regulamentação da atividade de qualificação registral do Oficial, conciliando sua atuação conjunta com a competência do Ministério Público na tutela dos interesses dos incapazes, submetendo o procedimento a sua homologação, com decisão irrecurável.²⁶² Ao passo da atribuição da competência administrativa da via extrajudicial, caberá ao Juiz Corregedor Permanente decidir quando houver suspeita levantada pelo Oficial quanto à falsidade das declarações²⁶³.

²⁶¹Prov. 83/2019 CNJ: Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente: §1º: O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

²⁶² Prov.83/2019, IV - o art. 11 passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como § 9º, na forma seguinte: “art. 11(...) §9º Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer. I – O registro da paternidade ou maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador após o parecer favorável do Ministério Público.

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

²⁶³Prov.83/2019, IV - o art. 11 passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como § 9º, na forma seguinte: (...) III – Eventual dúvida referente ao registro deverá ser remetida ao juízo competente para dirimi-la.

O registro inicial é alterado por meio de uma averbação posterior ao termo do registro de nascimento. O ato de declaração do reconhecimento poderá ser feito em escrito particular no balcão do cartório, por documento público ou testamento (reconhecimento póstumo)²⁶⁴. A natureza jurídica da declaração de reconhecimento é de *ato jurídico strictu sensu*²⁶⁵, pois esta se exaure no mero ato de reconhecimento, seja por escritura, escrito particular ou testamento, predominando seu aspecto unilateral. Há, todavia, quanto ao ato do reconhecido, a recepção da vontade. Diante deste aspecto bilateral do seu consenso, a natureza quanto ao ato deste é de *ato unilateral receptício da vontade*²⁶⁶. Não há obrigatoriedade da recepção da vontade, não devendo associar a complexidade destes dois atos complementares com a natureza de negócio jurídico²⁶⁷.

Permite-se como forma da declaração o escrito particular, a prévia lavratura de escritura pública ou o testamento para o reconhecimento, hipótese em que a fé pública do Tabelião quanto à declaração de reconhecimento socioafetivo da filiação não afasta o dever do Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais quanto à atividade probatória no procedimento administrativo. Uma vez apresentados estes documentos em balcão do cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, serão abertos os autos administrativos da serventia extrajudicial para atestar a posse-de-estado de filiação socioafetiva, segundo as regras do provimento.

A qualificação registral pelo Oficial vem a apurar tanto os aspectos qualitativos (*do modo exteriorizado*), quanto os quantitativos de tempo (*de forma*

²⁶⁴Prov. 63/2017. Art. 10 º:(...) §8º: O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

²⁶⁵Segundo as lições de Marcos Bernardes Mello: “denomina-se ‘ato jurídico ‘(latu sensu) o fato jurídico cujo suporte fático tenha como cerne uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível. Subdivide-se o ato jurídico em: a)ato jurídico strictu sensu, que é o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral da vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas, e, b)negócio jurídico, que consiste no fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em declaração ou manifestação consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro dos limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência, São Paulo, Saraiva, 9ªed., 1999, p. 112. Apud: BRANDELLI, Leonardo. Atas Notariais. In. BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. Porto Alegre: IRIB: S. Fabris,2004. p. 47.)

²⁶⁶Flávio Tartuce, voltando-se ao consentimento do filho maior no reconhecimento de filiação, entende este como “*ato jurídico unilateral receptício*, que apenas depende da recepção da outra parte, até porque é o reconhecimento que predomina nessas hipóteses”. (TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito de família. Rio de Janeiro. Forense, 2016, 440.)

²⁶⁷Op. cit., p.440.

estável) que as partes reconhecem. O estado-de-família socioafetivo é o que o Oficial deve atestar. Observa-se que o provimento, ao disciplinar a atividade probatória, requer que o Oficial venha a constatar, em seu sensu de apuração, a verdade quanto ao que o declarante reconhece e o reconhecido consente, o que não se confunde com o caráter volitivo das partes no estabelecimento da filiação.

Em ordem de proceder no reconhecimento na via extrajudicial, segundo o suporte normativo elaborado pelo CNJ, o Oficial deverá atestar a posse-de-estado de filiação socioafetiva em critérios objetivos da aparência da família. As normas editadas visam simplificar a atuação do registrador por estabelecer o modelo de atos a serem praticados na sua atividade probatória. E, em razão do modelo pré-estabelecido, permite aos usuários dos serviços extrajudiciais a segurança procedimental, pois ao antever o procedimento que deverá ser realizado, estes poderão cobrar sua efetividade.

Não existem aspectos contenciosos no procedimento que corre em balcão do cartório como ocorre em ações judiciais, em que poderá haver a discordância quanto ao estado socioafetivo da filiação e mesmo assim o Juiz vir a reconhecer o vínculo. Não há análise sobre o justo na qualificação registral do Oficial, como exemplo, não se adentra critérios do melhor interesse da criança, em efeitos subsequentes ao reconhecimento, pois o procedimento administrativo apenas assegura objetivamente que existe o vínculo socioafetivo, segundo o condicionamento da ordem jurídica, exclusivamente, quanto aos critérios de exteriorização social e de modo estável da aparência da família.

A qualificação registral não se confunde com o caráter jurisdicional dos atos do Juiz, em que na sentença são postos em consideração os aspectos da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança, decidindo sobre o que é justo. Na atividade cartorária está a atuação do registrador em análise objetiva, daí as normas do provimento se referirem a apuração com base em elementos concretos²⁶⁸. Segundo Vicente de Abreu Amadei, quanto à natureza da função do Juiz, ao lado da função do registrador, diferencia-se a análise da Juiz quanto à dimensão do que é justo (*res justae*), enquanto ao registrador, apura-se a dimensão do que é certo (*res certa*)²⁶⁹.

²⁶⁸Prov. 83/2019 CNJ: Art. 10-A.(...) §1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

²⁶⁹Vicente de Abreu Amadei faz a distinção quanto ao foco da atividade notarial e registral de modo a expor que: “para compreensão da própria essência da função do magistrado e do registrador, naquilo que expressa o ponto nuclear de seu ofício: julgar, conforme o Direito, na concretude de um caso (foco do juiz) ou de um título (foco do registrador), respeitado o devido processo legal, em ordem à da res justa

A natureza da atividade do registrador não é jurisdicional, mas sim administrativa da vontade dos interessados²⁷⁰, em que o Oficial deve atuar de acordo com o consenso dos envolvidos. Não ocorre na via extrajudicial a heterocomposição, em que um terceiro decide em lugar das partes, pressupondo conflito e juízo sobre a vontade destas. Na via administrativa temos a autocomposição, em que não há o dissenso, sendo que o Oficial apenas atua para fins de que os interesses alcancem a chancela estatal, em subsunção à norma. Ainda que submetido à apreciação do Juiz Corregedor Permanente, o procedimento de providências tem natureza de esfera administrativa dos interesses particulares, em que não há formação da coisa julgada, de modo que a via judicial não está prejudicada pelo processo administrativo, permanecendo o direito ao acesso à Justiça.

A qualificação registral, como procedimento de natureza administrativa da apreciação daquilo que se pretende produzir efeitos jurídicos, é exercida dentro da legalidade, de modo imparcial, segundo os critérios da lei. Ao atender os critérios objetivos da lei, a tábua axiológica constitucional estará sendo respeitada, em regras que atendem a ordem constitucional. Há na elaboração da regra, intrinsecamente, a recondutibilidade ao princípio do melhor interesse da criança e da parentalidade responsável, em ter reconhecida a posse-de-estado de filiação socioafetiva, o que não se confunde com o juízo de valor dos efeitos futuros do ato de reconhecimento.

Na qualificação registral, em caso de resposta negativa, deverá ser fornecida aos usuários do serviço público, obrigatoriamente, resposta escrita e numerada da autuação do pedido administrativo. Quanto à decisão, há independência auferida ao registrador, que poderá fundamentar sua resposta, em análise circunstanciada quanto à posse-de-estado de filiação socioafetiva, devendo se pautar sobre os elementos concretos e objetivos dos critérios de aparência da família.

(na sentença) ou da res certa (no registro).” (AMADEI, Vicente de Abreu. A qualificação notarial. In: Revista do Colégio Notarial- ano 5 – nº5, 2013., p. 11.)

²⁷⁰Segundo Ricardo Dip, a natureza da qualificação registral é matéria que diverge a doutrina, apresentando quatro correntes sobre a sua natureza jurídica: a) jurisdicional; b) administrativa; c) jurisdição voluntária; d) singular ou especial. (DIP, Ricardo Henry. *Prudência Notarial*, São Paulo: Quinta editorial, 2012, p. 168-169. Apud: LAMANAUSKA, Milton Fernando. A pedra angular da atividade notarial e registral. In: Del GUÉRCIO NETO, Arthur. *O direito notarial e registral em artigos*. São Paulo: YK, 2016, p. 159.)

2.2) Dos pressupostos normativos para o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva na sistematização do Prov. 63/2017 e Prov. 83/2019 do CNJ

2.2.1) Da competência territorial em âmbito nacional dos cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais

O local do registro de nascimento, em suas regras gerais da Lei de Registros Públicos, segundo a redação dada ao art. 50 pela Lei nº9.053/95, estabelece a competência concorrente do local do parto e da residência dos pais, respeitada a circunscrição territorial, devendo ser realizado “no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais”. Para o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, por ser ato de averbação lavrado em momento posterior ao registro de nascimento, a normatização permite que se dirijam os interessados a qualquer balcão de cartório do Brasil para abrir o procedimento administrativo.

Segundo o art. 11º, “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação”²⁷¹.

Em resposta ao Pedido de Providências 000171140.2018.2.00.0000, a Corregedoria Nacional de Justiça ressalta a relação com o alcance territorial como um dos objetivos da extrajudicialização:

Merece destaque a extensa capilaridade que será alcançada com essas disposições, face a enorme abrangência territorial do registro civil, que é muito maior que a alcançada pela jurisdição. A atual realidade brasileira apresenta uma infinidade de combinações e de recombinações familiares, cujas especificidades muitas vezes acabam por resultar em um déficit registral, em especial quanto à filiação. Estes aspectos evidenciam a necessidade de um regramento como o constante no referido provimento para melhorar o tratamento jurídico relativo as formalidades registraes da filiação.

²⁷¹Prov.n.63/2017 CNJ, art. 11: “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.”

O fundamento do art. 50 da LRP em disciplinar que a competência territorial está limitada a circunscrição do parto ou da residência, está em razão do exercício da cidadania, pois a competência territorial facilita a busca de dados pessoais devido a organização territorial²⁷². Todavia, para o ato de reconhecimento da filiação, não estamos a tratar da competência do local de conservação do assento de nascimento para fins de sua publicidade. O ato de reconhecimento pode se dar em qualquer serventia no território nacional, podendo ser ampliada a base territorial para facilitar o acesso, o que acaba por suprir o déficit registral.

2.2.2) Dos critérios etários para o declarante da filiação socioafetiva

A legitimidade do interessado para declarar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva na via extrajudicial tem critérios etários objetivos que devem ser observados pelo Oficial ou seu escrevente no momento da qualificação registral. O Prov. nº 63/2017 do CNJ repetiu dispositivos do ordenamento brasileiro antes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao deferimento da adoção. Segundo os critérios etário previstos no art.10º: poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil²⁷³; não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes²⁷⁴, e; o pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido²⁷⁵.

O conteúdo repete as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente que impõe como critérios para adotar que tenha a idade mínima de 18 anos para o adotante (art. 42/ECA), que exista uma distância de 16 anos para o adotando quanto ao menos um dos adotantes (art. 42 § 3º/ECA) e que não ocorra a adoção entre ascendentes ou irmãos (art. 42§ 1º ECA). Esta distância de tempo busca imitar a vida, pois é a diferença em anos para a procriação²⁷⁶. O provimento é silente quanto aos primos e os tios em 4º grau também serem legitimados ou não a reconhecer a filiação socioafetiva na via

²⁷²SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Registro civil de pessoas naturais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 40.

²⁷³Prov. nº 63/2017 do CNJ art.10º: (...)§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

²⁷⁴Prov. n.63/2017, art. 10: (...) § 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

²⁷⁵ Prov. n.63/2017, art. 10: (...) § 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido

²⁷⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 485.

extrajudicial, mas, por já existir nesta relação o grau de parentesco, por cautela, entendemos que estes casos devem ser apreciados na via judicial.

2.2.3) Da anuência dos pais ao ato de reconhecimento, do consenso do reconhecido com 12 anos ou mais e a manifestação do Ministério Público

O Provimento nº63/2017 do CNJ, anterior a elaboração do Provimento nº83/2019 do CNJ, permitia àqueles menores de 12 anos o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, desde que houvesse a anuência do representante legal às declarações da posse-de-estado de filiação colhidas em cartório, exigindo as assinaturas em conjunto no termo de filiação²⁷⁷. Com as modificações do Provimento n.83/2019 do CNJ, vedou-se que os menores de 12 anos tenham o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva mediante anuência dos seus representantes legais, de modo que aos menores de 12 anos, obrigatoriamente, deverá o interessado recorrer à via judicial para o reconhecimento do vínculo socioafetivo²⁷⁸.

Estabeleceu o Prov. n.83/2019 do CNJ o limite da idade de 12 anos ou mais, afastando as inseguranças jurídicas que a faixa etária inferior vinha a ocasionar por falta de análise do Juiz, preocupações estas que se davam em razão da possibilidade de fraudes como a adoção à brasileira ou a burla ao Cadastro Nacional de Adotantes. Entendeu-se por bem que o ambiente das Varas Judiciais se mostra mais seguro, inibindo os vícios que podem estar por detrás da verdade socioafetiva para estes casos, uma vez que a criança de pouca idade não demonstra nitidamente os traços socioafetivos, para estes os riscos de fraude são maiores.²⁷⁹ Vejamos que a legislação

²⁷⁷Prov. 63/2017. Art. 10º:(...) §3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

²⁷⁸ Art. 1º O Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações: I - o art. 10 passa a ter a seguinte redação:

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

²⁷⁹Quanto aos critérios etários do reconhecido, segundo Ricardo Calderón: “Esta amplitude passou a sofrer alguns questionamentos, principalmente para se evitar que crianças muito pequenas (com meses de vida até cerca de 5 anos de idade) tivessem sua filiação alterada sem a chancela da via judicial. Para parte dos atores envolvidos com infância e juventude, os registros de filiações de crianças ainda na primeira infância (até 6 anos) deveriam remanescer com o Poder Judiciário. Uma das principais preocupações era que, como crianças de tenra idade podem vir a atrair o interesse de pessoas que pretendessem realizar “adoções à brasileira” ou então “furar a fila adoção”, melhor seria deixar tal temática apenas para a via jurisdicional. CALDERÓN, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ que alterou as disposições sobre registro extrajudicial da filiação socioafetiva regidas pelo Provimento 63, p. 4. Disponível no site: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20>

brasileira estabelece como critérios para diferenciar a criança e ao adolescente o art.2º do ECA²⁸⁰, em que a criança é a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente aquele que tiver entre doze e dezoito anos de idade. Neste contexto aplica-se o reconhecimento extrajudicial para os adolescentes.

Ao passo das regras do provimento que exigem a anuência dos representantes legais na representação dos filhos incapazes, também temos as regras que determinam o consenso daquele de 12 anos ou mais quanto ao ato de reconhecimento²⁸¹. As normas seguem a mesma inteligência do art.28 do ECA, o qual dispõe que na oitiva do adolescente será “respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações de qualquer medida”, devendo ter sua opinião devidamente considerada (§1º do art. 28 do ECA). E, que na adoção de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência (§2º do art. 28 do ECA).

Um dos princípios fundamentais contido na Convenção sobre Direitos da Criança, assegura o direito “a voz” (right to voice) em atos de sua vida (art.12). A sistematização de procedimentos em que há oitiva da criança permitem a extração de sua opinião e asseguram a representatividade em casos concretos, tema que já foi apreciado pelo comitê da convenção²⁸². Vejamos que na Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada uma definição internacional ao critério etário, em seu art. 1º, que define como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade. Sobre a

Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20com%20refer%C3%AAs.pdf. Último acesso em 10/10/2019.

²⁸⁰ECA, Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

²⁸¹Prov. 63/2017. Art. 10º:(...) § 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

²⁸²BONTEMPO. Alessandra Gotti. O direito das crianças à plena fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais: o direito a ter direitos no futuro. In: SARMENTO, Daniel; IWAKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 846. “Os acontecimentos únicos ou regulares como os parlamentos das crianças podem ser alentadores e suscitar a consciência geral. Mas o artigo 12 exige que as disposições sejam sistemáticas e permanentes. A participação das crianças e as consultas com as crianças não podem ser meramente simbólicas e devem estar voltadas à busca de opiniões representativas. A ênfase que o parágrafo 1 do artigo 12 faz “aos assuntos que afetam a criança” implica conhecer a opinião de determinados grupos de crianças sobre questões concretas, por exemplo, a opinião das crianças que têm por experiência com o sistema de justiça de menores sobre as propostas de modificação das leis aplicáveis nessa esfera, ou a opinião de crianças adotadas e das crianças que se encontram em famílias de adoção sobre leis e políticas em matéria de adoção.” (General Comments. In: Committee on the Rights of the Child, <http://www.ohchr.org.org/english/-bodies/cescr/comments.htm>(29.09.2007). (Tradução livre)

diferenciação de critérios etários do estágio de criança e do adolescente que é regradada no art.2º do ECA, Waldemar Paes de Lira nos traz às lições de Tânia Pereira:

Considerando que na Convenção o âmbito de proteção especial previsto no art.1º é para todo ser humano com menos de 18 anos, torna-se flagrante o avanço do Estatuto ao dividir em duas faixas de desenvolvimento (crianças até 11 anos e adolescentes de 12 a 18 anos) para melhor atendimento e implantação dos mecanismos de cuidados especiais cujos destinatários serão as pessoas em fase de formação, porém com direitos civis, políticos e sociais²⁸³.

As mudanças trazidas ao Prov. n.63/2017 na restrição de sua aplicabilidade aos com 12 anos ou mais, estão por assegurar os cuidados quanto a participação daquele que pode expressar o consenso, segundo o critério de faixa etária que visa demonstrar o desenvolvimento capaz de compreender e se autodeterminar. Neste sentido, a Corregedoria Nacional de Justiça acolheu em parte o pedido de providências, estabelecendo o critério etário de 12 anos ou mais para consentir no reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, conforme podemos constar no seguinte trecho do julgado:

Por fim, cabe indicar que o Parecer traz um argumento poderoso. Não é possível aferir – com razoável certeza – a expressão da vontade dos infantes, ou seja, menores de idade até 12 (doze) anos. Assim, seria razoável excluir tais menores do escopo do Provimento nº 63/2017, reservando a eles a possibilidade de reconhecimento de parentalidade socioafetiva somente para os adolescentes, entendidos como aqueles com 12 (doze) anos completos ou mais. Porém, nesse caso, sobrevém uma questão jurídica relevante²⁸⁴.

Nos interesses dos incapazes, a intervenção do Ministério Público como *custos legis*, em função da proteção infanto-juvenil, foi uma das alterações trazidas ao provimento, matéria que se alinha ao comando da Lei Maior e as regras trazidas ao

²⁸³LIRA, Waldemar Paes de. Direito da criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva da efetividade no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Família e responsabilidade. Teoria e prática do direito de família*, p..525, Apud: PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e adolescente, uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 58.

²⁸⁴Pedido de Providências- 0001711-40.2018.2.00.0000, voto Relator. Exmo. Ministro Humberto Martins.

Código de Processo Civil de 2015²⁸⁵. A falta desta previsão na primeira edição do Prov. nº 63/2017 do CNJ era uma das causas da arguição de inconstitucionalidade do pedido de providências 0001711-40.2018.2.00.0000 feito pelo Colégio de Coordenadores da Infância e da Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil. Também alegava o requerente que “a declaração da filiação socioafetiva em relação aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos não prescinde da intervenção judicial e do Ministério Público, pois, não se confunde com filiação com origem biológica para efeito de declaração de sua existência”²⁸⁶.

O pedido de providências questionava se a extrajudicialização estaria por trazer o estado de risco da proteção infantojuvenil em razão do estado de filiação socioafetiva ter amplos efeitos subsequentes ao reconhecimento da filiação, em ofensa ao princípio do melhor interesse da criança. Em resposta aos argumentos do pedido 0001711-40.2018.2.00.0000, a Corregedoria Nacional de Justiça negou que a extrajudicialização põe em discussão as consequências dos efeitos posteriores ao reconhecimento:

Cumprir destacar que não se discute aqui sobre os efeitos da paternidade ou maternidade em relação aos filhos, pois todos têm iguais direitos como previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação"
.(...)

A lógica jurídica do reconhecimento da parentalidade socioafetiva por meio de registro público está relacionada – como ocorre com o acórdão do RE nº 898.060/SC – com a capacidade das partes e com a autonomia da vontade. Aliás, o próprio Código Civil prevê essa hipótese: “Art. 10. Far-se-á averbação em registro público: (...) II - dos atos judiciais ou **extrajudiciais que**

²⁸⁵Lei 13.015/2015 – Código de Processo Civil, Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

²⁸⁶Pedido de Providências 0001711-40.2018.2.00.0000. Autos iniciais, “Item 8. A par da incapacidade decorrente de lei, ou da ausência de capacidade para a manifestação da vontade, e analisada a questão sob o aspecto dos requisitos procedimentais, a declaração da filiação socioafetiva em relação ao maior de dezesseis e menor de dezoito anos não prescinde da intervenção judicial e do Ministério Público, pois, como visto, não se confunde com filiação com origem biológica para efeito de declaração de sua existência.”

declararem ou reconhecerem a filiação”. Assim, Código Civil já prevê o reconhecimento da filiação por meios extrajudiciais²⁸⁷.

A extrajudicialização vem por assegurar o princípio da igualdade e da não discriminação da filiação no momento de reconhecer o “estado de filiação”, independente de sua origem. O reconhecimento de filiação socioafetiva, como ato volitivo e consentido, passa a ter o direito à averbação em atos extrajudiciais, nos termos do art.10, inc. II, do Código Civil.

Firmou-se a intervenção obrigatória do Ministério Público, em que o Oficial ficará adstrito ao parecer do Ministério Público, em decisão irrecurável²⁸⁸. Se a decisão for desfavorável, o registrador não procederá ao registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente²⁸⁹. Somente é assegurado recurso quando houver recusa do Oficial, hipótese em que a parte poderá suscitar dúvida ao Juiz Corregedor²⁹⁰. Todavia, observa-se que não haverá os efeitos da coisa julgada neste procedimento, pois trata-se de esfera administrativa, estando assegurado as partes o direito de pleitear o reconhecimento na via judicial, na dilação dos auto probatórios.

Quanto ao consenso dos maiores de 16 anos emancipados, o Prov. nº83/2019 do CNJ vem por afastar a exigência da anuência dos seus representantes legais, conforme colocou expressamente em seus Considerandos²⁹¹. A autonomia para o ato se alinha com regras de outros atos da vida civil que se permitem nesta faixa etária, a exemplo do reconhecimento de nascimento e do testamento, os quais são atos em que a pessoa com 16 anos ou mais pode praticar.

²⁸⁷Pedido de Providências- 0001711-40.2018.2.00.0000, voto Relator. Exmo. Ministro Humberto Martins.

²⁸⁸Prov.83/2019, IV - o art. 11 passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como § 9º, na forma seguinte: art. 11: §9º Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer; inc. I – O registro da paternidade ou maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador após o parecer favorável do Ministério Público.

²⁸⁹ Prov.83/2019, art. 11, §9º: II - Se o parecer for desfavorável, o registrador não procederá o registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente.

²⁹⁰Prov.83/2019, art. 11, §9º: III – Eventual dúvida referente ao registro deverá ser remetida ao juízo competente para dirimí-la.

²⁹¹ Prov.83/2019, CONSIDERANDO a possibilidade de aplicação desse instituto jurídico aos menores, desde que sejam emancipados, nos termos do parágrafo único do art. 5º, combinado com o art. 1º do Código Civil.

Quanto à tomada de anuência dos representantes legais, uma vez presente o consenso daquele com 12 anos ou mais, deverá exigir o comparecimento pessoal em cartório destes, não podendo serem representados por terceiros²⁹². Caberá ao Oficial zelar pela rigidez da pessoa no momento da declaração de anuência, certificando-se de sua capacidade de compreensão às consequências do ato, na manifestação válida da vontade²⁹³.

Por fim, quanto à capacidade de consentir da pessoa deficiente, o Prov. nº83/2019 do CNJ buscou assegurar as alterações trazidas pela Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, que permite a ampla liberdade aos portadores de deficiência para atos existenciais da vida civil (liberdade-dignidade)²⁹⁴. Conforme dispõe o estatuto, para os atos de casamento, da adoção e do reconhecimento da filiação, não há restrições à capacidade para os deficientes nestes atos²⁹⁵.

2.2.4) Das formas de declaração da filiação socioafetiva: do escrito particular em balcão do cartório, do documento público e do testamento (reconhecimento póstumo)

Seguindo o escopo protetivo pós-constitucionalização da elaboração da Lei nº8.069/1992, que veio por acrescentar meios alternativos de reconhecimento da filiação extramatrimonial, como o testamento, o termo em processo, a escritura pública e ou o escrito particular, temos as regras do Prov. nº 63/2017 do CNJ também por permitir que

²⁹² Prov. 63/2017. Art. 10º: (...) §5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

²⁹³ Prov. 63/2017. Art. 10º: (...) §6º Na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será apresentado ao juiz competente nos termos da legislação local.

²⁹⁴ Prov. 63/2017. Art. 10º: (...) §7º Serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil).

²⁹⁵ Lei nº13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). (...) Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e, VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

as declarações do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva sejam feitas por escrito particular, escritura pública ou testamento²⁹⁶.

A sistematização do suporte normativo ao reconhecimento voluntário socioafetivo, diante da falta de previsão dos novos paradigmas parentais na recodificação civil de 2002, recebe porta de entrada nos termos do art. 1.609 do CC/2002 como filiação extramatrimonial. Embora este dispositivo não contenha expressamente a previsão da parentalidade socioafetiva para o reconhecimento da filiação extramatrimonial, deve-se proferir a interpretação civil-constitucional das relações de parentesco em igualdade da filiação biológica à filiação socioafetiva.

Segundo as regras do Prov. nº 83/2019 do CNJ, permite-se a apresentação da escritura pública ou testamento, em que se fazem as declarações do posse-de-estado de filiação socioafetiva daquele que reconhece, documento em que a fé-pública do tabelião assegura a autenticidade e veracidade das informações. Todavia, quanto ao documento particular, apesar de não haver referência expressa quanto ao procedimento a ser adotado, o qual as regras do provimento apenas permitem a sua utilização, entendemos que a tomada do termo das declarações socioafetivas deverá ser feita pessoalmente em balcão do cartório.

O inciso II do art. 1.609 do CC, permitindo o escrito particular para o reconhecimento da filiação extramatrimonial (biológica), atualmente encontra-se sistematizado segundo o Prov. nº16/2012 do CNJ, o qual regulamenta que o reconhecimento por meio de escrito particular deve ser feito pessoalmente em procedimento administrativo que correrá em cartório. Neste contexto, interpretamos que a sistematização do documento particular prevista no Prov. nº63/2017 do CNJ se refere à manifestação em balcão de cartório do reconhecimento socioafetivo.

Permite-se que o reconhecimento socioafetivo seja póstumo, regra contida no provimento que se alinha ao inciso III do art. 1.609 do CC/2002, que prevê o testamento como forma de reconhecimento da filiação. O testamento, que, por excelência, é o instrumento em que se admite expressões da vontade com eficácia *post-mortem*, para atestar sua autenticidade, requer que seja auferida a sua validade pelo crivo do judiciário ou via a fé-pública do tabelionato de notas como condição de eficácia. As disposições não patrimoniais, como o reconhecimento da filiação, não são

²⁹⁶Prov. 63/2017. Art. 10 º:(...) §8º: O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

comprometidas por vícios de invalidade do testamento, desde que estes não recaiam em vícios e fraudes à manifestação da vontade.

2.2.5) Da inexistência de suspeita quanto à fraude, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida quanto à posse-de-estado de filiação

Os vícios que podem se fazer presentes no ato de reconhecimento de filiação exigem com que o Oficial atue criteriosamente na proteção da boa-fé subjetiva dos declarantes. Tanto os aspectos do íntimo da vontade, quanto à invalidade da declaração em hipóteses de fraude e má-fé, tanto aos aspectos sociais, na nulidade da simulação, em razão da falsa aparência que pretendem as partes quanto à exteriorização perante terceiros, são cautelas que devem ser tomadas na qualificação das declarações da posse-de-estado de filiação no procedimento que corre em balcão do cartório. Os critérios foram revistos da elaboração Prov. nº63/2017, art. 12²⁹⁷, segundo os acréscimos sistematizados às regras do art.10-A, do Prov. nº83/2019 do CNJ²⁹⁸. O procedimento em cartório, em ordem de trazer segurança jurídica, especificou o vínculo socioafetivo em critérios qualitativos (exteriorizados socialmente) e quantitativos do tempo (de modo estável), matéria que é assegurada na doutrina e jurisprudência brasileira.

Na mesma linha dos provimentos anteriores do Conselho Nacional de Justiça, a exemplo do Provimento nº 28/2014 do CNJ, aumentando os poderes instrutórios do Oficial, em entrevistas com os declarantes e as testemunhas do registro tardio de nascimento, a regulamentação do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva veio por fixar os critérios quanto à apuração detalhada de como prosseguir

²⁹⁷Prov. 63/2017, Art. 12. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.

²⁹⁸ Quanto aos acréscimos a serem sistematizado ao Prov. n.63/2017, dispôs o Prov. 83/2019 CNJ: Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente: §1º: O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos; §2º: O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretenso filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida; §3º: A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo; §4º: Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.

na tomada das declarações, estabelecendo o dever de atividade probatória do Oficial. A previsão normativa assegura assim, não apenas os deveres do Oficial, mas também vem por orientar as partes como proceder.

A nova sistemática contida no provimento, ao passo de evitar os vícios e nulidades nas declarações de vontade dos interessados, requer a análise conjunta dos elementos que demonstram a posse-de-estado de filiação socioafetiva. Segundo o Prov. nº 83/2019 do CNJ, deve ser o vínculo “exteriorizado socialmente e de modo estável”. Estes termos nada mais são do que a tríade dos requisitos *nominatio*, *tractatio* e *reputatio* que foram acolhidos na doutrina brasileira e na jurisprudência dos Tribunais Superiores²⁹⁹ e agora são colocados em regras para fins de apurar de modo concreto a posse-de-estado de filiação socioafetiva³⁰⁰.

A nova sistematização do Prov. nº83/2019 do CNJ, em ordem de orientar e assegurar a boa-execução da colheita probatória, veio a especificar modos de produção, em que os fins da análise do Oficial incidem em constatar a *afetividade* no núcleo familiar. Para tanto, busca-se meios para demonstrar as funções de assistir, criar e educar que se fazem na autoridade parental, como exemplos de prova, podem ser apresentados documentos das reuniões escolares, inscrição no plano de saúde e registro previdenciário, ou ainda, para comprovar o núcleo familiar, podem os interessados demonstrar a residência no mesmo local, apesando uma relação conjugal, mediante fotografias de datas festivas ou até mesmo declarações de testemunhas com suas firmas reconhecidas para que se apure a verdade socioafetiva³⁰¹.

²⁹⁹ Quanto aos critérios socioafetivos, Ricardo Calderón expõe: “Mutatis Mutandis, o que o Provimento parece querer dizer com as expressões “estável” e “exteriorizado socialmente” é – nada mais nada menos – o que a doutrina e a jurisprudência já apreciavam para declarar a chamada posse do estado de filiação. Para tanto, sempre foi verificada uma tríade de requisitos: *nominatio*, *tractatio* e *reputatio*. O primeiro se refere ao uso no nome de família, o segundo remete ao tratamento concreto como filho e o terceiro diz respeito à reputação social daquele vínculo. Resta possível perceber que a estabilidade prevista no novo provimento guarda correlação com a conhecida *tractatio* (tratamento); já a previsão de que a relação seja exteriorizada socialmente está claramente ligada com a noção de *reputatio* (reputação social). Em outras palavras, o provimento 83 trouxe, com outra nomenclatura, os critérios que há muito estão consolidados na nossa cultura jurídica para reconhecimento de um vínculo socioafetivo.” CALDERÓN, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ que alterou as disposições sobre registro extrajudicial da filiação socioafetiva regidas pelo Provimento 63. Disponível no site: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A1ncias.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A1ncias.pdf). Último acesso em 10/10/2019.

³⁰⁰Prov. n.83/2019, art. 10-A, §1º: O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

³⁰¹Prov. n.83/2019,art.10-A, §2º: O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro

O Oficial poderá se valer de análise do estado-de-família mesmo que ausente documentos físicos, desde que seja fundada em elementos concretos que permitem o apurar do vínculo socioafetivo³⁰². Permite-se o uso de todos os meios admitidos em direito, sendo as partes responsáveis civil e criminalmente por suas declarações. O procedimento que corre em balcão do cartório, deverá ser devidamente autuado e numerado, arquivando-se o que for apresentado, não sendo necessário reter os documentos originais, podendo arquivar cópias³⁰³.

2.2.6) Da inexistência de procedimento judicial de reconhecimento de filiação ou de adoção

O reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, segundo o art.13º do Prov. nº 63/2017 do CNJ, ficará obstado quando houver questões prejudiciais propostas em juízo que se refiram ao estado da filiação, proibindo que se inicie o procedimento administrativo em cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais quando houver a existência de processo judicial sobre reconhecimento de filiação ou adoção³⁰⁴.

A apuração da inexistência de processo civil não requer a extração de certidões negativas dos processos judiciais. É suficiente que as partes se responsabilizem de modo a constar a declaração de “desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal”³⁰⁵.

A regra acima segue as disposições da Lei de Averiguação Oficiosa da Paternidade e repete o mesmo que se prevê para as hipóteses de reconhecimento voluntário da filiação biológica em que, segundo o Prov. nº16/2012 do CNJ, artigo 5º, “veda a utilização da averiguação oficiosa da indicação do suposto pai se já houver sido

oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

³⁰²Prov. n.83/2019, art.10-A, 3º: A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

³⁰³Prov. n.83/2019, art.10-A, §4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.

³⁰⁴Prov. 63/2017 do CNJ, art. 13 º, parágrafo único, dispõe: “o requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.”

³⁰⁵Prov. 63/2017 do CNJ, art. 13 º, parágrafo único, dispõe: “o requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.”

pleiteado em juízo o reconhecimento da paternidade, devendo as partes declarem que não há ocorrências”.

2.2.7) Da irrevogabilidade no reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva

Não poderá o ato de reconhecimento de filiação ser feito ao descaso da sua revogabilidade, de modo irresponsável para com os seus efeitos do estado de família. Matéria que até então não tinha sido regulamentado em normas do ordenamento brasileiro, os critérios de irrevogabilidade do art.1.609, caput do CC³⁰⁶, estão agora sistematizados a irrevogabilidade do vínculo socioafetivo, segundo no conteúdo das regras do Prov. nº 63/2017 do CNJ³⁰⁷.

Conforme a construção jurisprudencial e doutrinária da posse-de-estado de filiação socioafetiva, em ordem de assegurar a boa-fé objetiva no direito à família, não poderá aquele que reconheceu o vínculo posteriormente vir a exercer conduta contraditória em seus atos próprios. A irrevogabilidade não significa que o reconhecido não poderá ingressar na via judicial em busca do reconhecimento do vínculo biológico em momento posterior da constituição do vínculo socioafetivo. Conforme dispôs o Prov. nº63/2017 do CNJ, art. 15, “o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica”³⁰⁸. Em consideração à referência expressa do provimento à decisão da Corte Suprema no RE 898.060, Repercussão geral 622, ao passo da irrevogabilidade, poderá sobrevir a concomitância da pluriparentalidade dos vínculos biológicos.

Acrescenta-se que o provimento ressalvou a possibilidade de revogação na via judicial, em hipótese de vício de consentimento, fraude ou simulação. Desta forma, poderá ocorrer a impugnação do vínculo socioafetivo pelo reconhecido, em que a posse-de-estado de filiação socioafetiva se apresenta como matéria para ação negatória de filiação socioafetiva, em casos que o reconhecido não quer a manutenção da filiação

³⁰⁶Código Civil, Art. 1. 609.caput: O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

³⁰⁷Prov. 63/2017 do CNJ: Art. 10, parágrafo 1º: O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

³⁰⁸ Prov. 63/2017 do CNJ, art. 15: O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.

registral em razão de não haver os aspectos da posse-de-estado de filiação socioafetiva no momento do ato de reconhecimento³⁰⁹.

2.2.8) Do reconhecimento unilateral da filiação socioafetiva: pluriparentalidade, biparentalidade e monoparentalidade.

Um dos pontos de aperfeiçoamento normativo trazidos ao Prov. nº63/2017 do CNJ com as alterações do Prov. nº83/2019 do CNJ está na delimitação ao número de ascendentes socioafetivos que podem ser acrescidos. A questão era objeto de dúvidas na interpretação do art. 14 do Prov. nº63/2017 do CNJ que, ao passo de impor a forma “unilateral” para se proceder, também colocou margens ao número máximo de “mais de dois pais ou mais de duas mães”, gerando controvérsias quanto aos limites à pluriparentalidade.

A redação original se limitava a dizer que “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo filiação no assento de nascimento”³¹⁰. Ao limitar em número de dois pais ou de duas mães, em consideração à possibilidade de concomitância do vínculo biológico ao socioafetivo, conforme decidiu o RE 898.060, interpretou-se na doutrina que as margens para o reconhecimento do vínculo socioafetivo poderia resultar no número total de quatro pessoas a figurarem nas linhas de ascendência, na soma dos dois pais e das duas mães, entendimento que estava a contar com a nota técnica da ARPEN Brasil, orientando os registradores de como proceder ao registro em casos de multiparentalidade³¹¹.

³⁰⁹ CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo Atlas, 2014, p. 83. Como referência: “Apelação cível. Ação negatória de paternidade. Alegação de vício de consentimento no registro. Relação socioafetiva abalada. Sentença desconstituída para oportunizar a instrução do feito. Admite-se, em tese, a anulação do registro civil, comprovado vício de consentimento no ato jurídico, assim como na inexistência de relação socioafetiva entre o pai registral e o menor. Diante de tal alegação, como causa de pedir, o processamento da ação, com regular instrução processual, se impõe a fim de oportunizar a produção das provas sobre o direito alegado. Apelação provida. Sentença desconstituída (TJRS; AC 653729-33.2010.8.21.7000; Santo Cristo; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho; j. 29.6.2011; DJERS 6.7.2011)

³¹⁰ Prov. 83/2019 do CNJ, Art. 14: “O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.”

³¹¹Segundo a nota técnica da ARPEN Brasil sobre o Prov. 63/2017 CNJ Brasília, 6 de dezembro de 2017: “o citado art. 14 do provimento estabelece, ainda, que o reconhecimento da paternidade socioafetiva deve ser feito de forma unilateral, ou seja, não é possível fazê-lo simultaneamente de pai e mãe, mas apenas de um pai e uma mãe, devendo um dos pais e uma das mães serem registrais. Dessa forma, as pessoas que já possuem pai e mãe registral, para terem o reconhecimento de um pai e uma mãe socioafetivo, formando

O Prov. nº 83/2019 do CNJ veio a restringir as margens de acréscimo da filiação socioafetiva, passando a redação atual a vigorar com os acréscimos de que: “somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno, e; a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial”³¹². Diante as modificações trazidas, não há restrições à pluriparentalidade, mas limitou-se o reconhecimento extrajudicial para apenas um ascendente socioafetivo ao lado dos pais registrais. A remissão do provimento em seus Considerandos quanto à decisão da Corte Suprema abre margens para que ocorra à proteção aos aspectos da formação da personalidade diante dos novos arranjos familiares, em que a autoridade parental está de acordo com as famílias recompostas, a exemplo das relações de *madrastio* e *padrastio*³¹³. Ao discriminar a competência da via extrajudicial para hipótese de poder requerer apenas o acréscimo de mais uma linha socioafetiva, limita-se o direito à pluriparentalidade na via extrajudicial em número de três pessoas³¹⁴.

a multiparentalidade, devera o registrador realizar dois atos, um para o pai socioafetivo e outro para a mãe socioafetiva.” Disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%C2%BA%2063%20\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%C2%BA%2063%20(1).pdf). Consulta em 24/12/2019.

³¹²Prov. 83/2019: (...)V - o art. 14 passa a vigorar acrescido de dois parágrafo, numerados como § 1º e § 2º, na forma seguinte: art. 14:(...)1ª Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno; 2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial.

³¹³Ricardo Calderón traz as margens da pluriparentalidade com as seguintes colocações: “Imaginemos uma situação hipotética: caso um filho venha a nascer durante uma relação de casamento dos seus pais; logo, terá mãe e pai biológicos registrados; após alguns 4 anos este casal vem a se divorciar; passados mais dois anos a mulher estabelece uma relação de conjugalidade com um outro homem, por longos anos; quando da adolescência do filho, este outro homem pode vir a pleitear o seu registro como pai socioafetivo, mediante a comprovação dos requisitos do provimento; nesta hipótese, como será o primeiro ascendente socioafetivo a pedir o registro extrajudicial, terá direito e será atendido; conseqüentemente, o adolescente restará com dois pais registrados (um biológico e um socioafetivo) e uma mãe (a biológica). Logo, restará configurada a multiparentalidade, visto que o dado filho terá três ascendentes, mas apenas um será socioafetivo. Resta patente, portanto, que é permitida a multiparentalidade pela via extrajudicial – restando estabelecido que apenas um ascendente socioafetivo pode ser incluído de acordo com a nova configuração do Provimento 63. Tanto é verdade que um dos “CONSIDERANDOS” do provimento 83 é explícito em citar a tese da Multiparentalidade acolhida pelo Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral 622.” CALDERÓN, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ que alterou as disposições sobre registro extrajudicial da filiação socioafetiva regidas pelo Provimento 63. Disponível no site: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A7%C3%A3o%20a%20Ancias.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A7%C3%A3o%20a%20Ancias.pdf). Último acesso em 10/10/2019.

³¹⁴ Flávio Tartuce, quanto ao resultado do número total de pessoas que podem estabelecer o vínculo socioafetivo na via extrajudicial, conclui que: “De toda forma, pela redação mantida no caput, não é possível que alguém tenha mais de dois pais ou duas mães no registro, ou seja, três pais e duas mães ou até mais do que isso. Esclareceu-se o real sentido do termo “unilateral” que consta do caput e que era objeto dos citados calorosos debates.” (TARTUCE, Flávio. O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. Consulta ao site:<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1353/O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justi%C3%A7a+e+o+novo+tratamento+do+reconhecimento+extrajudicial+da+parentalidade+socioafetiva+>. Último acesso em 10/10/2019.)

Ao passo da pluriparentalidade, estão também assegurados os direitos dos casais homoafetivos, na biparentalidade, sendo este o teor das margens estabelecidas na regra quanto aos “dois pais e duas mães” que consta no caput do artigo 14, assegurando a família homoafetiva a plena legitimidade na via extrajudicial do reconhecimento do vínculo socioafetivo de filiação. A sistematização do provimento buscou adequar as consequências da dinâmica das novas estruturas familiares, trazendo regra que assegura o princípio da igualdade das modalidades de famílias contemporâneas na orientação sexual dos seus parceiros.

Também, de acordo com os paradigmas do existencialismo da família na ordem constitucional, encontramos as margens à família monoparental. O reconhecido, quando em sua capacidade plena, poderá se valer da via extrajudicial para o reconhecimento de filiação, no consenso do vínculo socioafetivo, independente da anuência de pais registrais. O Prov. nº63/2017 do CNJ apenas exige a anuência do pai e ou da mãe, quando o filho for menor³¹⁵. Acrescenta-se, ainda, que o provimento faz referência expressa em seus Considerandos quanto “a plena aplicação do reconhecimento extrajudicial da parentalidade de caráter socioafetivo para aqueles que possuem dezoito anos ou mais”³¹⁶, de modo que poderá aquele maior de idade vir a consentir no seu reconhecimento da filiação socioafetiva, independente da anuência dos pais registrais, dispensando a existência prévia de qualquer vínculo de ascendência no registro de nascimento.

2.2.8.1) Do poder familiar e sua relação com a pluriparentalidade: da condição de eficácia do poder familiar quanto ao registro de nascimento - art. 1.633 do CC/2002

O poder familiar encontra fundamento na ordem constitucional que assegura os deveres de criação, educação e guarda àqueles que são fruto da procriação humana, independente do registro civil de nascimento. Segundo o art. 229 da Constituição Federal, “cabe aos pais criar, educar e assistir seus filhos enquanto menores de idade”. A reprodução e a vida que foi gerada é um fato jurídico que tem repercussões na órbita dos direitos civis que deve estar de acordo com a parentalidade responsável, impondo

³¹⁵Prov. n.63/2017 CNJ. Art. 10 :(...) §3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

³¹⁶Prov. n.83/2019 CNJ: CONSIDERANDO: a plena aplicação do reconhecimento extrajudicial da parentalidade de caráter socioafetivo para aqueles que possuem dezoito anos ou mais.

comportamentos pro-afetivos no desenvolvimento integral da criança, razão pela qual entende-se que o poder familiar começa desde a concepção³¹⁷.

O reconhecimento de filiação é uma das condutas que se espera, segundo a ordem constitucional e regras infraconstitucionais, a fins de adequar às dimensões do estado da pessoa natural em sociedade através do título de família que se extrai na publicidade do registro civil. As diferentes modalidades de estabelecimento da filiação, que se encontram esparsas no ordenamento, em microssistemas descodificados, tem correlação às regras estabelecidas no código civil quanto ao poder familiar, em especial o art. 1.633 do CC, o qual o reserva ao exercício exclusivo para aqueles que reconhecem a filiação no registro de nascimento³¹⁸. Segundo esta regra, o poder familiar, enquanto não reconhecido o filho no registro civil de nascimento, não poderá ser exercido por aquele que ainda não o reconheceu, de modo que recai sobre este uma condição suspensiva para sua eficácia³¹⁹, o registro do parentesco no assento de nascimento.

Ao correlacionar a concepção civil-constitucional do poder familiar em momento anterior ao registro, de acordo com ao art. 1.633 do CC, subtrai-se a capacidade do exercício dos atos civis inerentes ao poder familiar enquanto não houver o reconhecimento da filiação. Todavia, não haverá a sua suspensão ou extinção do poder familiar, a qual apenas poderá ocorrer com fundamento em uma das causas previstas em lei (art.1.635 e 1.637 do CC)³²⁰.

³¹⁷Quanto ao início do poder familiar, Ana Carolina Brochado Teixeira, expõe: “O dever de criar começa com a concepção, pois tem sua gênese no início da existência da criança. A partir daí, dura enquanto obrigação jurídica, até que o filho alcance a maioridade. A criação está diretamente ligada ao suprimento das necessidades básicas, tais como, cuidado na enfermidade, orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 207.)

³¹⁸Código Civil brasileiro de 2002, Art. 1.633: O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

³¹⁹Quanto à escala do plano de eficácia, em comparação entre os planos de existência, validade e eficácia, entendemos o registro como condição de eficácia, voltando-se as lições de Antonio Junqueira de Azevedo: “o terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da eficácia própria ou típica, isto é, a eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.)

³²⁰Código Civil brasileiro de 2002, Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638; 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; Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres

Na ausência de registro, apenas ocorre a limitação da capacidade de exercício para os atos civis, mas aos ascendentes é reservada as atribuições do poder familiar, independente do registro civil. A suspensão ou destituição do poder familiar somente poderá ocorrer por meio de decisão judicial, de modo que o poder familiar se mantém por direito, até que haja a sua destituição em uma das hipóteses legais, como exemplo, o art. 1.635, inc. IV, que prevê como causa de extinção a adoção.

O título de família representa o lugar da pessoa no grupo familiar, sendo um atributo da sua personalidade, em uma situação perante o Estado, assegurando efeitos jurídicos quanto ao estado de família. Como exemplo, a certidão de casamento ou a certidão de nascimento, como meio de publicidade, fazem prova jurídica fiel aos atos de que se referem³²¹. A publicidade é uma forma de atingir a cognoscibilidade de terceiros. De um modo geral podemos identificar três tipos de publicidade: a notificação, a publicação e o registro. Enquanto a notificação é uma publicidade pessoal, a publicação e o registro são formas impessoais de atingir o conhecimento dos seus destinatários. A publicação da sentença gera cognoscibilidade e oponibilidade para terceiros, do mesmo modo, o registro, incumbido aos órgãos delegatários destinados à conservação e à publicidade dos dados, também tem os efeitos de cognoscibilidade de terceiros. Quanto às certidões, por meio destas temos a publicidade indireta, assegurado o direito de qualquer pessoa pedir sua expedição³²².

A veracidade das informações do título de família decorre da própria atribuição das serventias extrajudiciais, na fé-pública que lhe compete. Por meio do título de família há o reconhecimento do fato jurídico que lhe deu origem. Caso haja a discordância entre estes, como exemplo, na ausência do registro da filiação natural,

a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha; Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

³²¹LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2014, p. 35. Quanto ao título: “Destarte, o título demonstra uma determinada produção erga-omnes, ou seja, vale perante qualquer pessoa da sociedade à medida que não se produzir alteração no estado que o título comprova. Em outras palavras, enquanto não ratificado ou anulado, presume-se verdadeiro o conteúdo daquele determinado registro, o estado nele representado. O registro é válido enquanto não cancelado, conforme determina o princípio da veracidade dos registros públicos.”

³²²Op. cit., p. 50. Quanto à publicidade: “a publicidade registral, no direito brasileiro, é indireta, vale dizer, feita mediante o pedido de certidões. Com efeito, esta é a melhor interpretação da norma da Lei 6.015/1973, cujo artigo 17 assegura a pessoa o direito de requerer certidão do que constar dos livros e documentos da serventia, sem a necessidade de justificar o motivo do pedido.

estaríamos em um estado aparente de fato desta família, não sendo reconhecido o título que lhe é próprio³²³.

Para que se obtenha a chancela Estatal na produção de efeitos jurídicos há necessidade de amoldar condutas. O fato jurídico do nascimento tem uma conduta previamente estabelecida pelo direito, em que a lei estabelece uma ordem de obrigados ao ato de registro (art. 52 da LRP)³²⁴. Há por meio do ato de registro de nascimento o adequar de um padrão de conduta, é o que Adalberto de Almeida Tomaszewski, ao se voltar aos registros públicos, chama de *Teoria da Adequação Comportamental*³²⁵. Trata-se de refinamento que se impõe à segurança jurídica das relações, quando há o comando legal a ser seguido na produção de ato jurídico ou negócio jurídico. Como exemplo, o ato jurídico unilateral em que a pessoa faz o reconhecimento da filiação é um modelo preestabelecido pelo Direito para que alcance o fim do direito à parentalidade.

Com a publicidade do título de estado de família, pressupõe que se atribui o poder familiar de acordo com aqueles que constam na qualidade de ascendentes no registro. Sua relação com a publicidade do assento de registro civil pode ser melhor evidenciada diante à necessidade de que qualquer modificação de seus poderes, como no caso de suspensão do poder familiar por colocação em família substituta, há o dever de ser levada à averbação no registro civil, auferindo publicidade à sentença que assim o determinou. Esta exigência é matéria que, na ausência de maiores esclarecimentos das regras do Código Civil, recebeu previsão normativa por meio de regulamentação própria nas Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais do Estado de São Paulo³²⁶, sendo

³²³Op. cit., p 35. Quanto aos efeitos do estado aparente: “No estado aparente de fato, existe uma realidade que carece do respectivo título, vale dizer, existe uma situação de fato sem o correspondente posicionamento jurisdicional, e os estados aparentes podem existir tanto no casamento quanto na filiação e na adoção.”

³²⁴Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/1973, Art. 52. São obrigados a fazer declaração de nascimento: 1º) o pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto, observado o disposto no § 2º do art. 54; 2º) no caso de falta ou de impedimento de um dos indicados no item 1º, outro indicado, que terá o prazo para declaração prorrogado por 45 (quarenta e cinco) dias; 3º) no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior achando-se presente; 4º) em falta ou impedimento do parente referido no número anterior os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto; 5º) pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe; 6º) finalmente, as pessoas encarregadas da guarda do menor.

³²⁵Adalberto de Almeida Tomaszewski vem à Teoria dos Atos Jurídicos de modo a expor que: “Isto pode supeditar a teoria de que o ato jurídico e sua sub-espécie negócio jurídico nada mais são do que uma grande *adequação comportamental* a modelos de conduta previamente estabelecidos pelo Direito para que os fins buscados pelas partes pelos agentes sejam atendidos.” (TOMASZEWSKI, Adalberto de Almeida. Comentários à Lei de Registros Públicos. Florianópolis, 2013. p. 71.)

³²⁶Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais, Tomo II, Capítulo XVII, item 127. No livro de nascimento, serão averbados: (...) d) a perda, a suspensão e a destituição do poder familiar; (...) item 132. A averbação das sentenças de perda ou suspensão de poder familiar será feita no Registro Civil das Pessoas Naturais que registrou o nascimento do menor, fazendo constar: a) data da averbação; b) data da

uma das razões para que se peça certidões de nascimento atualizadas para celebração de negócios jurídicos, evitando vícios quanto à representação da pessoa, quando menor de idade.

Observa-se que o reconhecimento do vínculo biológico não tem limites temporais para que ocorra e não implica em penalidades pelo decurso do tempo. Desta forma, ainda que ocorrido o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, não há prazo para que o reconhecimento do vínculo biológico venha a ser reconhecido por ato de averbação posterior, o que poderá ocorrer até os últimos momentos de vida daquele que se apresenta como declarante.

Todavia, quanto ao estado aparente de fato da *família socioafetiva*, enquanto ainda não reconhecida a relação de parentesco, ainda não recai sobre esta os deveres de assistir, criar e educar, hipótese diferente do que ocorre na *família natural*, em que estes existem, independente do registro. No estado aparente da família socioafetiva não lhe assiste qualquer direito quanto ao poder familiar, o qual passa a ser atribuído aos ascendentes socioafetivos apenas quando adquirido o título de família, quando constar no termo de registro de nascimento. Já na família natural, os deveres de autoridade parental preexistem ao registro civil de nascimento, desde a concepção.

Na reprodução assistida heteróloga temos uma situação peculiar, em razão da renúncia do poder familiar que se faz na doação do material genético, de modo que não há para o doador(a) qualquer vínculo de deveres com a filiação, não havendo qualquer direito ao ente gerado em recorrer a este quanto aos deveres de assistência, criação e educação. Estes deveres recaem exclusivamente em razão do prévio compromisso com o registro civil, atribuídos à família socioafetiva, sendo uma hipótese excepcional que o poder familiar preexiste ao registro de nascimento nesta origem de parentesco.

Voltando-se à relação entre o poder familiar da família natural com o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, os Provimentos nº63/2017 e nº83/2019 do CNJ, permitem que se faça o reconhecimento de uma linha de ascendência socioafetiva, tanto em casos de haver apenas uma linha de ascendência no registro,

sentença, Vara e nome do Juiz que a proferiu; c) nome da pessoa que passa a deter o poder familiar e sua qualificação se conhecida. Item 133. A averbação das sentenças de guarda e responsabilidade de menores com a suspensão do poder familiar será feita no Registro Civil das Pessoas Naturais que registrou o nascimento do menor, fazendo constar: a) data da averbação; b) data da sentença, Vara e nome do Juiz que a proferiu; c) nome da pessoa que passa a deter a guarda e sua qualificação, se conhecida; d) limites e extensão da guarda, se mencionado.

quanto em casos de haverem duas linhas biológicas já registradas. Não ocorrerá o detrimento dos laços biológicos, ainda que um destes não tenha sido levado à registro. A expressa remissão do provimento à decisão da Corte Suprema no RE 898.060, quanto à possibilidade de coexistência do vínculo biológico e o vínculo socioafetivo, nos traz margens à concomitância destes, no direito à pluriparentalidade. Nestes arranjos familiares, o poder familiar se faz em mais de duas linhas de ascendência, por meio do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, conforme colocamos no item anterior, temos o limite de três linhas de ascendência, resultando em até três pessoas com a autoridade parental.

A destituição do poder familiar está a dialogar com o mecanismo eleito pelos interessados como forma de estabelecimento. Os efeitos jurídicos do direito à pluriparentalidade na via do reconhecimento extrajudicial da filiação e seus reflexos no poder familiar ficam mais nítidos quando comparamos ao instituto da adoção, pois nesta, ao passo da desconstituição da relação de parentesco, temos a possibilidade da destituição do poder familiar³²⁷. Daí não se confundir os institutos da adoção com o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, pois seus efeitos quanto ao poder familiar são distintos.

O reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva é um dos modos de se fazer a constituição da relação de parentesco socioafetivo, todavia este não exclui outras vias de reconhecimento da filiação socioafetiva em que se alcançam outros fins, como o de destituição do poder familiar, que poderá ser realizado por meio da adoção ou das ações negatórias de filiação, pois é imprescindível a prolação de sentença para ser alcançado este efeito jurídico.

Todavia, caso as partes optem por fazer o reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva, nada obsta que ingressem posteriormente com uma ação negatória

³²⁷Segundo os apontamentos de José Fernando Simão: “A adoção rompe os vínculos com a família biológica, salvo para fins de impedimentos matrimoniais. Assim, se houver adoção pressupõe-se que haverá destituição do poder familiar quanto aos genitores biológicos e isso exige necessariamente um procedimento judicial. Não se pode destituir alguém do poder familiar sem contraditório e ampla defesa. A criança ou adolescente ganha uma nova família e se desliga da antiga. E mais, para que haja a destituição devem haver fortes motivos tais como violência doméstica, abuso de diversas ordens ou o mais completo abandono e total rompimento por parte daquele que perderá o poder familiar. Se houver reconhecimento de parentalidade socioafetiva pode haver uma soma, sem qualquer substituição. Foi o que admitiu o STF com a Repercussão Geral 622. Assim, a criança ganha um pai ou uma mãe além dos biológicos. Há apenas uma adição. Nessa hipótese, como não há destituição do poder familiar, a via extrajudicial é adequada.” (SIMÃO, José Fernando. Reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva (parte 2). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-14/processo-familiar-reconhecimento-extrajudicial-l-parentalidade-socioafetiva-parte>. Último acesso em 10/10/2019.)

de filiação do vínculo biológico em razão do detrimento deste pelos aspectos socioafetivos do novo arranjo familiar, com os efeitos da destituição do poder familiar. Conclui-se que o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva não interfere no estado em potencial do poder familiar, que, na ausência de registro, permanece quanto aos deveres de assistir, criar e educar, em margens do direito à pluriparentalidade. Ao exercício do poder familiar quanto ao vínculo ainda não reconhecido no assento registral, recai a condição de eficácia do ato de reconhecimento de filiação quanto ao registro de nascimento, nos termos do art. 1.633 do CC.

2.3) Distinções das outras formas de estabelecimento de filiação no ordenamento brasileiro

2.3.1) Do reconhecimento voluntário da filiação biológica – Prov. nº16/2012 do CNJ

O *reconhecimento voluntário de filiação biológica* caracteriza-se pela espontaneidade das partes em comparecer ao ato de estabelecimento da filiação. Seu carácter espontaneidade se apresenta diante da distinção de outras vias em que se operam o reconhecimento da filiação, diferenciando-se do modo forçado, por ser este o pleito judicial (*reconhecimento involuntário*), e do modo automatizado, em razão das presunções das núpcias do casamento (*paternidade jurídica*)³²⁸. Ato declaratório que opera *ex-tunc*³²⁹, o reconhecimento espontâneo da filiação biológica é ato de vontade exteriorizada pelos genitores, sendo ato unilateral de vontade, não havendo bilateralidade em aspectos consensuais por ser o mero reconhecimento do fato natural do nascimento. Trata-se de momento em que há o dever do Oficial em proceder na averiguação oficiosa da paternidade, sendo faculdade da mãe indicar o suposto pai³³⁰.

Enquanto o art. 1.597, inc. I e II, do CC/2002³³¹ asseguram a presunção matrimonial da filiação biológica, que opera de modo automático por razão do tempo de gestação, o reconhecimento espontâneo da filiação biológica se encontra no contexto da filiação extramatrimonial do art. 1.609 do CC/2002³³², de modo que o sistema do Código de 2002 apresenta ainda os resquícios da família legítima na sua sistematização quanto ao reconhecimento espontâneo da paternidade em sua recodificação.

³²⁸Em uma divisão tríplice, José Luiz Gavião de Almeida coloca que “a fórmula pela qual o direito encontrou caminho para transferir a paternidade biológica ao mundo caracteriza, entre nós, é o instituto do reconhecimento. Este pode ser voluntário, forçado (também chamado judicial) ou automático (isto é, decorrente de presunção de lei).” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Reconhecimento de filiação. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p 525.)

³²⁹ Maria Berenice Dias, em um posicionamento conceptionista, quanto ao reconhecimento biológico da filiação, coloca que: “o reconhecimento, espontâneo ou judicial, tem eficácia declaratória, constatando uma situação preexistente. Isto é, tem efeitos *ex-tunc*, retroagindo à data da concepção.” (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo; Ed. RT, 2015, p. 415.)

³³⁰Lei 8.560/1992, art. 2º: “Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada officiosamente a procedência da alegação”. Quanto à facultatividade da indicação do suposto pai, o Código de Normas do Estado de Pernambuco, art. 623: “A mãe não é obrigada a indicar o nome do suposto pai”.

³³¹Código Civil de 2002, Art. 1.597: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;”

³³²Código Civil de 2002, Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Em ordem de ter a segurança jurídica e a dinâmica ao próprio ato de reconhecimento de filiação extramatrimonial previsto na sistematização do código, o art.1.609 do CC, inc. II³³³, encontra regulamentação complementar, de âmbito nacional, por meio do Prov. nº16/2012 do CNJ, especificando critérios quanto à forma de reconhecimento por escrito particular, disciplinando como operar este em balcão do cartório.

O Provimento nº16/2012 pelo CNJ tem em seus Considerandos a campanha do Programa Pai Presente³³⁴, visando a eficácia de bens e direitos fundamentais, como a paternidade, buscando implementar maiores mecanismos para que o reconhecimento de filiação ocorra. Para tanto, o Prov. nº16/2012 do CNJ, atribuiu a competência para o ato no balcão de qualquer cartório do Brasil e permite o reconhecimento da filiação biológica independente da manifestação do Ministério Público³³⁵.

O escrito particular deverá ser colhido em balcão do cartório, quando deverá ser feito o preenchimento segundo o modelo anexo ao Provimento nº16/2012 do CNJ, o qual, por expresse, deve constar a declaração da origem biológica da filiação³³⁶. Em

³³³Art. 1.609 do CC: O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

³³⁴Prov. nº16/2012 do CNJ, CONSIDERANDO o alcance social e os alentadores resultados do chamado "Programa Pai Presente", instituído pelo Provimento nº 12, de 06 de agosto de 2010, desta Corregedoria Nacional de Justiça, para obtenção do reconhecimento da paternidade de alunos matriculados na rede de ensino; CONSIDERANDO a utilidade de se propiciar, no mesmo espírito, facilitação para que as mães de filhos menores já registrados sem paternidade reconhecida possam, com escopo de sanar a lacuna, apontar os supostos pais destes, a fim de que sejam adotadas as providências previstas na Lei nº 8.560/92; CONSIDERANDO a pertinência de se disponibilizar igual facilidade aos filhos maiores que desejem indicar seus pais e às pessoas que pretendam reconhecer, espontaneamente, seus filhos; CONSIDERANDO o interesse de se viabilizar o sucesso de campanhas e mutirões realizados para a colheita de manifestações dessa natureza; CONSIDERANDO os resultados do diálogo com a Associação dos Registradores das Pessoas Naturais do Brasil - ARPEN-BR e os esforços encetados em conjunto para a consecução dos relevantes fins sociais almejados;

³³⁵Prov. nº16/2012, Art. 7º: A averbação do reconhecimento de filho realizado sob a égide do presente Provimento será concretizada diretamente pelo Oficial da serventia em que lavrado o assento de nascimento, independentemente de manifestação do Ministério Público ou decisão judicial, mas dependerá de anuência escrita do filho maior, ou, se menor, da mãe. § 1º. A colheita dessa anuência poderá ser efetuada não só pelo Oficial do local do registro, como por aquele, se diverso, perante o qual comparecer o reconhecedor. § 2º. Na falta da mãe do menor, ou impossibilidade de manifestação válida desta ou do filho maior, o caso será apresentado ao Juiz competente (art. 4º). § 3º. Sempre que qualquer Oficial de Registro de Pessoas Naturais, ao atuar nos termos deste Provimento, suspeitar de fraude, falsidade ou má-fé, não praticará o ato pretendido e submeterá o caso ao magistrado, comunicando, por escrito, os motivos da suspeita.

³³⁶Provimento 16 do CNJ, Art. 3º. O Oficial providenciará o preenchimento de termo, conforme modelo anexo a este Provimento, do qual constarão os dados fornecidos pela mãe (art. 1º) ou pelo filho maior (art. 2º), e colherá sua assinatura, firmando-o também e zelando pela obtenção do maior número possível

momento anterior a edição do Prov. nº63/2017 do CNJ, quando ainda não havia a regulamentação sobre o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, autores como Mario de Carvalho Camargo e Marcelo Salaroli de Oliveira, ao discorrerem sobre a possibilidade de fazer o seu reconhecimento extrajudicial, colocavam que os critérios biológicos contidos no formulário anexo do Prov. nº16/2012 não eram óbice, pois o princípio da igualdade de filiação contido na Carta Magna enseja uma interpretação de acordo com as “outras origens” de parentesco civil previstas no art. 1.593 do CC/2002³³⁷. Porém, com a normatização contida no Prov. nº63/2017 do CNJ, os critérios do Prov. nº16/2012 do CNJ não mais recebem aplicabilidade à origem da filiação socioafetiva, aplicando-se a regulamentação prevista no Prov. nº63/2017 e nº83/2019 do CNJ.

Quanto ao reconhecimento extramatrimonial da filiação biológica, no âmbito das Corregedorias da Justiça dos Estados, também encontramos normas próprias da regulamentação para se declarar o genitor no momento da lavratura do assento. Como exemplo, as Normas da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, quanto à lavratura do assento de nascimento para hipótese de filiação extramatrimonial, exigem a declaração com firma reconhecida³³⁸. Estes critérios variam de um Estado ao outro, sendo necessário consultar as Normas de Serviço de cada região para saber quais os critérios a serem adotados para que o pai biológico compareça em cartório e declare a filiação biológica extramatrimonial.

de elementos para identificação do genitor, especialmente nome, profissão (se conhecida) e endereço. (...) Modelo anexo II: “(...) reconheço, nos termos do art.1.609, II, do CC, meu (minha) filho (a) biológico(a) acima identificado(a)”.

³³⁷CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaioli. Registro Civil de Pessoas Naturais. Coleção Cartórios, coord. CASSETARI, Christiano. Saraiva, 2014, p. 237.

³³⁸TOMO II, NSCGJSP, Capítulo XVII: Item 40. No registro de filhos havidos fora do casamento ou da união estável não serão considerados o estado civil nem eventual parentesco dos genitores, cabendo ao Oficial velar unicamente pelo atendimento da declaração por eles manifestada e a uma das seguintes formalidades: a) genitores comparecem, pessoalmente, ou por intermédio de procurador com poderes específicos, ao Registro Civil das Pessoas Naturais, para efetuar o assento, do qual constará o nome dos genitores e dos respectivos avós; b) apenas a mãe comparece com declaração de reconhecimento ou anuência do pai à efetivação do registro; c) apenas o pai comparece, mas munido da Declaração de Nascido Vivo (DN), ou declaração médica que confirme a maternidade, com firma reconhecida.

2.3.2) Do registro tardio de nascimento - Prov. nº28/2013 do CNJ

O conceito de registro tardio de nascimento é extraído do escoamento do prazo previsto no art.50 da Lei de Registros Públicos para que os obrigados a declarar o nascimento compareçam para o ato de registro. Trata-se de instituto que passou por significativas modificações em razão da desjudicialização do procedimento, resultando no aumento de competência de atribuições do cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, facilitando o registro tardio quanto à desburocratização dos trâmites, delegando atuação maior ao Oficial do cartório quanto à veracidade das informações que lhe são declaradas quanto à origem biológica da filiação.

A redação original do artigo 46 da Lei de Registros Públicos previa que as declarações fora do prazo legal somente seriam “registradas mediante despacho do Juiz competente do lugar da residência do interessado e recolhimento de multa correspondente a 1/10 do salário mínimo”. Em seu parágrafo primeiro, estabelecia que o despacho do Juiz seria dispensado caso o registrado tivesse menos de 12 anos.” Em seu parágrafo segundo, havia a dispensa do pagamento de multa caso a parte fosse pobre. E, no parágrafo terceiro, colocava que o juiz somente deveria “exigir justificção ou outra prova suficiente se suspeitar da falsidade de declaração”.

O artigo 46 da Lei de registro Públicos foi alterado com o advento da Lei n. 9.534/97, de modo que deixou de prever a multa em razão do atraso e assegurou a gratuidade dos atos de registro, às máximas da cidadania. Com a Lei 11.790/2008 passamos à desjudicialização do procedimento, dispensando o despacho do juiz, tanto para os menores de 12 anos, quanto aos com 12 anos ou mais, mas, desde que presentes duas testemunhas, tomadas suas declarações sob as penas da lei, de modo a assinarem em conjunto o requerimento do registro tardio.

Em 2013, com a participação das associações de classe dos registradores (ARPEN e ANOREG), o Prov. nº 28/2013 do CNJ disciplinou o procedimento para as declarações de nascimento tomadas fora do prazo do art. 50 da Lei 6.015/73, aplicando-se a todos os casos de registros de nascimento tardio, com exceção do Registro do Indígena, o qual segue regras próprias da Resolução Conjunta n.3 do CNJ e do CNMP.

A regulamentação do Prov. nº28/2013 do CNJ tem procedimento mais complexo para as crianças com mais de doze anos, exigindo que o oficial ou seu preposto faça as entrevistas das testemunhas, do interessado e de seu representante legal. Do resultado das provas colhidas será extraída a certidão decidindo fundamentadamente sobre proceder ou não no registro na via extrajudicial. Buscou-se ampliar os poderes

instrutórios do Oficial que poderá exigir provas das partes (art. 11º), e, persistindo a suspeita, deverá encaminhar os autos ao Juiz Corregedor Permanente (art. 12º).

Ao realizar as entrevistas em cartório, o provimento regulamenta uma série de critérios que devem ser observados pelo Oficial como cautelas que visam inibir fraudes e simulações. Caberá no ato de entrevista o dever de apurar do Oficial em: se o reconhecido fala o mesmo idioma dos pais; se conhece a localidade de sua residência; quais escolas frequentou; se tem irmãos; se existe algum registro de documento escolar; etc. A ausência de documentação não impede o registro, desde que haja uma decisão circunstanciada e motivada³³⁹.

Para o registro de crianças menores de 12 anos, quando apresentada a DNV preenchida por profissional da saúde, o trâmite ficou menos complexo, hipótese em que ficam dispensadas as formalidades do requerimento e entrevistas das duas testemunhas (art. 7º). O provimento, em seu art. 9º, em sua sistematização, mantém a aplicabilidade do Prov. nº16/2012 do CNJ quanto ao reconhecimento voluntário da maternidade e da paternidade e permite o reconhecimento automático das núpcias. Quanto ao reconhecimento automático da paternidade pelas núpcias, o art. 7º vem por abrir a exceção a sua aplicabilidade em seu § 4º: “Se o genitor que comparecer para o registro declarar, sob as penas da lei, que estava separado de fato de seu cônjuge ao tempo da concepção, não se aplica a presunção prevista no parágrafo anterior”. Em ordem de assegurar o registro de nascimento na ausência de pais, dispôs em seu § 5º: “Se não houver elementos nos termos do presente artigo para se estabelecer ao menos um dos genitores, o registro deverá ser lavrado sem a indicação de filiação”.

³³⁹Prov. nº28/2013 do CNJ, Art. 4º. Se a declaração de nascimento se referir a pessoa que já tenha completado doze anos de idade, as duas testemunhas deverão assinar o requerimento na presença do Oficial, ou de preposto expressamente autorizado, que examinará seus documentos pessoais e certificará a autenticidade de suas firmas, entrevistando-as, assim como entrevistará o registrando e, sendo o caso, seu representante legal, para verificar, ao menos: a) se o registrando consegue se expressar no idioma nacional, como brasileiro; b) se o registrando conhece razoavelmente a localidade declarada como de sua residência (ruas principais, prédios públicos, bairros, peculiaridades etc.); c) quais as explicações de seu representante legal, se for caso de comparecimento deste, a respeito da não realização do registro no prazo devido; d) se as testemunhas realmente conhecem o registrando, se dispõem de informações concretas e se têm idade compatível com a efetiva ciência dos fatos declarados no requerimento, preferindo-se as mais idosas do que ele; e) quais escolas o registrando já frequentou; em que unidades de saúde busca atendimento médico quando precisa; f) se o registrando tem irmãos e, se positivo, em que cartório eles estão registrados; se o registrando já se casou e, se positivo, em que cartório; se o registrando tem filhos e, se positivo, em que cartório estão registrados; g) se o registrando já teve algum documento, como carteira de trabalho, título de eleitor, documento de identidade, certificado de batismo, solicitando, como possível, a apresentação desses documentos; Parágrafo único. A ausência de alguma das informações previstas neste artigo não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade de sua prestação.

2.3.3) Do termo de consentimento na reprodução assistida heteróloga – Prov. nº63/2017 do CNJ

O termo de consentimento na reprodução assistida heteróloga é uma das hipóteses no ordenamento brasileiro da verdade socioafetiva da relação de parentesco. Diante da escassa normatização que ocorrera na elaboração do art. 1.597 do CC/2002, em que o legislador apenas apresentou, ao lado das presunções matrimoniais de filiação, as técnicas de reprodução assistida, encontramos a regulamentação para o reconhecimento da filiação em casos de reprodução assistida segundo normas de resoluções e provimentos, que, atualmente, sobre o tema, vigoram a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina e o Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.

Na reprodução assistida heteróloga, diferente do que ocorre no reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, não há posse-de-estado de filiação socioafetiva, estando ausentes os critérios quantitativos de tempo no convívio social. Todavia, isto não afasta a natureza socioafetiva do parentesco, uma vez que a parentalidade socioafetiva é consequência do *termo de consentimento firmado no procedimento clínico*³⁴⁰, em que as partes ajustam os termos registrais da filiação, que serão apresentados no momento do registro de nascimento, em que se fazem presentes os aspectos da boa-fé objetiva do direito à família quanto à irrevogabilidade da relação de parentesco.

A coleta do material genético no procedimento de reprodução assistida heteróloga é precedida de termo de consentimento informado, em que o doador se fará ciente da inexistência de efeitos jurídicos quanto à relação de parentesco, sendo protegido o sigilo quando aos seus dados pessoais, nos termos das Resoluções da ANVISA, de modo que, apenas excepcionalmente, por motivos médicos ou por decisão

³⁴⁰Conselho Federal de Medicina, resolução nº 2.168/2017, Item VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) (...).3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; (...).3.3. Termo de Compromisso entre o (s) paciente (s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Compromisso, por parte do (s) paciente (s) contratante (s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

judicial, podem ser fornecidos dados sobre o doador³⁴¹. São exemplos de hipóteses que podem dar margem à decisão judicial na quebra do sigilo os casos das ações de conhecimento da identidade genética, com fundamento nos direitos da personalidade, o que não se confunde com a guarida do direito à filiação, em ações investigatórias de paternidade ou maternidade.

A relação do estágio pré-implantatório do material genético com os direitos da personalidade é uma questão extensa que envolve a complexidade da tábua axiológica dos direitos e garantias fundamentais na proteção dos interesses jurídicos do Direito Civil³⁴², não cabendo aprofundamento pelo escopo desta dissertação. Porém, cumpre observar, em razão da forma que é feita a coleta do material genético, não há qualquer vínculo de parentesco com aqueles que o fornecem para procriação medicamente assistida. Quanto ao vínculo de parentesco que aí se estabelece, a vida a ser gerada terá a ancestralidade constituída originariamente em vínculo socioafetivo, em que o direito à identidade se ergue conforme a verdade socioafetiva, em que o registro assume aspectos declaratórios³⁴³.

Em caso de haver o êxito no procedimento clínico na procriação medicamente assistida, a extrajudicialização do procedimento de registro de nascimento

³⁴¹Resolução n.33 da ANVISA: RDC, item C, 11.1.3: a doação de células, tecidos e pré-embriões deve garantir: o Sigilo – assim, toda a informação relativa a doador(a)s e receptor(a)s deve ser coletada, tratada e custodiada no mais estrito sigilo. Não pode ser facilitada, nem divulgada, informação que permita a identificação do(a) doador(a) ou do receptor(a). Na doação anônima, o(a) receptor(a) não pode conhecer a identidade do doador(a), nem o doador(a) a da receptor(a). Fica assegurada às autoridades de vigilância sanitária o acesso aos registros para fins de inspeção e investigação. Em casos especiais, por motivo médico ou jurídico, as informações sobre o doador(a) ou receptor(a) podem ser fornecidas exclusivamente para o médico que assiste o(a) receptor(a), resguardando-se a identidade civil dos doador”.

³⁴²Quanto ao tema, este autor entende que a tutela do direito da personalidade quanto ao material genético pré-implantatório, no campo do Direito Civil, é distinta das questões da disciplina da Bioética que recaem no campo do Direito Penal, na integridade da vida, da tutela do crime de aborto, razão pela qual entende pela derrotabilidade da regra do art.2º, em seus critérios biológicos da concepção, valendo-se de uma ficção jurídica dos direitos da personalidade, em concepção civil-constitucional da proteção ao estágio de gametas quando em casos de reprodução assistida *post-mortem*. (NEGRÃO, Guilherme Vieira. “Da parentalidade na reprodução assistida *post mortem* e a sucessão legítima *Ab intestato* (legitimidade sucessória do embrião *intra* e *extra* uterina extensiva aos gametas pré-implantatórios)”. Tese de Mestrado. Orientador Mário Luiz Delgado. Faculdade de Direito de São Paulo - FADISP, 2018.)

³⁴³Maria Berenice Dias, em críticas ao tratamento que o Judiciário estava a ministrar em pedidos de tutela antecipada em adoção para o registro de nascimento na reprodução assistida, discorre que: “não se pode cometer o equívoco de tutela antecipada, afinal não se trata de adoção, mas de dupla parentalidade e o direito à identidade pessoal e familiar é assegurado desde a concepção.” (...) “o direito ao nome é direito à identidade, direito à identificação do vínculo de filiação e ancestralidade. Esses são elementos que integram o direito de personalidade: conjunto de características conferidas pela natureza, a partir do momento em que é gerado e que o individualiza e o identifica, tanto no aspecto pessoal como social.” (...)“Quando não existe o vínculo biológico, existe o vínculo socioafetivo que autoriza a ação declaratória.”(DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos da LGBTI*. Revista dos Tribunais, 2014, p. 219.)

ocorre segundo o Prov. nº63/2017 do CNJ, que especifica os dados a serem contidos no Termo de Compromisso do Registro Civil e os dados a serem levados ao assento de nascimento, na publicidade da origem da filiação. Em razão da verdade socioafetiva que se faz na *maternidade de intenção*, não se fará constar qualquer menção à parturiente no assento de registro civil de nascimento em casos de gestação por substituição³⁴⁴.

No direito brasileiro, de acordo com a decisão da Corte Suprema, reconhecendo plenos direitos à família homoafetiva, as uniões de pessoas do mesmo sexo tem o suporte normativo das resoluções do Conselho Federal de Medicina quanto à reprodução assistida heteróloga, na utilização das técnicas de reprodução assistida com a doação de material genético (oócitos, semên e embrião). Neste contexto, assegura-se a possibilidade de utilização de útero alheio para os casais masculinos³⁴⁵. Todavia, proíbe-se a “barriga de aluguel”, no uso remunerado do útero alheio, sendo vedada qualquer comercialização de material biológico³⁴⁶. O ordenamento brasileiro nega as práticas de agenciamento de pessoas para gestação, o que comprometeria o bem maior da vida por dispor da saúde do corpo³⁴⁷.

³⁴⁴Provimento nº63 de 2017 do CNJ, Art. 8º: O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida. (...) Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: I – declaração de nascido vivo (DNV); II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal; § 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

³⁴⁵Conselho Federal de Medicina, resolução nº2.168/2017, Item VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) (...)3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; (...)3.3. Termo de Compromisso entre o (s) paciente (s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Compromisso, por parte do (s) paciente (s) contratante (s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

³⁴⁶Lei 11.105/05 – Lei de Biossegurança, em seu art. 5º, §3º, dispõe: “é vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica em crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

³⁴⁷BENACCHIO, Marcelo; BENACCHIO, Marcos. Gestação por substituição. In: AHUALI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos (org.). *Direito notarial e registral: homenagem as Váras de Registros Públicos da Comarca de São Paulo*: São Paulo: Quarter Latin, 2016, p. 615.

2.3.4) Do reconhecimento involuntário da filiação biológica e ou socioafetiva

Ao passo que a lei confere aos pais diferentes formas para se proceder no reconhecimento voluntário da filiação, a relação de parentesco, direito fundamental ao indivíduo, não pode ter como uma mera faculdade o exercício do ato de reconhecimento de filiação. Há de se impor conduta pro-ativa de resguardar a família, não sendo cabível se abster de tamanho dever que lhe é incumbido nas consequências da procriação, cabendo ao Estado intervir para que isto ocorra, sendo assegurado por lei o reconhecimento involuntário da filiação³⁴⁸.

O reconhecimento forçado ocorre por decisão judicial, com sentença de natureza declaratória, que irá ser averbada no registro civil de pessoas naturais, com efeitos *ex-tunc*. O enaltecimento do direito ao reconhecimento de filiação se sobrepõe a questões como o direito à intimidade, à moralidade pública, às dificuldades de provas e às incertezas que podem advir quando se apura a existência de vínculos entre ascendentes e descendentes. O direito de investigar a parentalidade é indisponível, não está sujeito aos negócios jurídicos ou vantagens econômicas. É imprescritível, podendo ser exercido em qualquer momento. É assegurado em igualdade entre os filhos, cabendo a todos na equalização dos direitos³⁴⁹.

O fito da ação de reconhecimento forçado de filiação é a parentalidade quando esta não ocorrer primeiramente por reconhecimento voluntário. Daí surgem uma gama de ações que passam a serem utilizadas, a exemplo das ações investigatórias de paternidade, maternidade e as que buscam invalidar o reconhecimento já ocorrido, como as ações negatórias de filiação. Com a mudança de paradigmas da família socioafetiva na família contemporânea, não há de se vindicar apenas a constituição ou desconstituição das relações de parentesco ou a invalidação do registro civil, pois estas demandas judiciais passaram a ter prisma mais amplo do que se apurar exclusivamente os critérios biológicos da nulidade do registro, assim, diante os novos arranjos familiares, como reflexo, o que se questiona na via judicial é o “estado de filiação”³⁵⁰.

³⁴⁸ALMEIDA, José Luiz Gavião. *Direito Civil: família*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 176. “Realmente não se poderia esperar daqueles que já demonstraram uma falta moral – o repúdio àqueles que geraram – o cumprimento dos deveres inerentes e consequentes da procriação. O Direito brasileiro, então, prevê a ação investigatória, de paternidade ou maternidade, que é o meio pelo qual se substitui, via sentença judicial, o ato voluntário do reconhecimento, ou a presunção legal, passando a filiação biológica ingressar no mundo do Direito.”

³⁴⁹Op. cit., p. 176.

³⁵⁰LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265.

Em razão dos aspectos declaratórios da parentalidade socioafetiva ao lado das ações para constituição ou desconstituição das relações de parentesco, passamos a ter a coexistência do parentesco biológico ao socioafetivo, não se atendo apenas aos critérios nominais que por sua vez descaracterizam a concomitância dos vínculos. Christiano Cassetari, quanto à ação judicial adequada para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva expõe que “independente da via judicial utilizada, não devemos esquecer que o Judiciário não pode se negar de reconhecer o vínculo afetivo que existe ou existiu entre duas pessoas apenas porque não foi proposta a ação correta”³⁵¹. Portanto, há a fungibilidade das ações, seja em aspectos de investigação ou impugnação da parentalidade, pois o que se procura reconhecer são os direitos ao estado de filiação.

Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, quanto à nomenclatura das ações que recaem no direito à filiação, referem-se como *ação de parentalidade* (e não somente de paternidade), pois, com os avanços da ciência sobre a engenharia genética, não nos limitamos ao grau de parentesco da mãe ou do pai, em ações de investigação de paternidade ou maternidade, mas também podemos apurar uma relação avoenga, do tio ou do irmão³⁵².

Por fim, quanto à denominação destas ações, devemos diferenciar ações de reconhecimento da filiação socioafetiva quanto ao direito ao conhecimento da origem genética. Maria Berenice Dias identifica estas novas demandas com duas classificações: *ação declaratória de ascendência genética*, e; *ação declaratória da filiação socioafetiva*.³⁵³ A finalidade da ação declaratória de ascendência genética é de apurar a precedência biológica sem que haja o reconhecimento do vínculo de parentesco, assegurando o direito de desenvolvimento da personalidade, quanto aos dados étnicos raciais por critérios biológicos.

³⁵¹CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

³⁵²FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Juspodium, 2019, p. 658.

³⁵³DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Ed. RT, 2015, p. 437.

2.3.5) Da adoção unilateral

Chama-se adoção unilateral pois, via a decisão judicial, constitui-se o vínculo de apenas um ascendente ao lado do genitor pré-existente (art. 41§1º ECA)³⁵⁴. Trata-se de modalidade de adoção com caráter especial, em que há substituição de um dos genitores, dado os seus aspectos parciais da extinção dos vínculos anteriores. Em razão do aspecto unilateral quanto à desconstituição dos vínculos de parentesco, é também conhecida como *adoção semiplena*³⁵⁵.

Diante da inviabilidade de qualquer forma contratual à adoção, no atual ordenamento do direito brasileiro, frente às mudanças do Código Civil de 2002, a adoção, em qualquer de suas modalidades, opera-se unicamente por meio de processo judicial, em que se profere a sentença quanto ao vínculo de parentesco, rompendo com o parentesco da família anterior. Com o advento da Lei.12.010/2009, a adoção unilateral é uma das hipóteses em que se prevê por expresse a inexistência de burla à fila do Cadastro Nacional de Adotantes (§13º do art. 50 do ECA).

Não há necessidade de qualquer consenso na via da adoção unilateral, pois o que se apura é a relação com o adotado. Imaginemos um caso em que há o mosaico familiar formado pelo cônjuge divorciado e o novo consorte que ocupa seu lugar na relação *padrastio* ou *madrastio*, neste caso, quando houver o detrimento dos laços por um dos ascendentes que deixou de se fazer presente na educação da criança, ensejando a perda do poder familiar (art. 1.638, II do CC/2002), poderá haver a destituição do poder familiar deste, viabilizando o direito à adoção, independente do seu consentimento.

Observa-se que podem as partes se valerem da via alternativa do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva como meio alternativo à adoção unilateral, desde que para aqueles com mais de 12 anos e havendo o consenso deste. Todavia, não ocorrerá a extinção de outro vínculo de parentesco biológico do reconhecido, não havendo a substituição deste na via extrajudicial, matéria que somente poderá ser apreciada por meio de ação na via judicial.

³⁵⁴Estatuto da Criança e do Adolescente, 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; § 1º: Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes; § 2º: É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.”

³⁵⁵Quanto à denominação, Maria Berenice Dias nos traz que: “Possui caráter híbrido. (...) Daí chamar-se de adoção semiplena”. (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Ed. RT, 2015, p. 487.)

2.3.6) Da adoção *intuitu personae* – Lei n.12.010/09

Com o objetivo de excepcionar certos critérios e valorizar o acolhimento familiar socioafetivo, por meio da Lei n. 12.010/09, introduziu-se no ordenamento brasileiro a adoção *intuitu personae*, também conhecida por *adoção consentida*³⁵⁶. Com a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, o procedimento para se adotar no ordenamento brasileiro passou a ter critérios cada vez mais detalhados e rigorosos, apresentando maior número de regras e exceções para que os valores da ordem constitucional sejam implementados na manutenção do núcleo familiar, envolvendo pontos cruciais, desde a concordância dos pais biológicos, a destituição do poder familiar, a oitiva do adotado, a legitimidade dos adotantes e o respeito à fila do Cadastro Nacional de Adotantes.

Por meio desta modalidade de adoção temos a exceção à fila do Cadastro Nacional de Adotantes para melhor viabilizar Programas de Acolhimento Institucional ou Programas de Acolhimento Familiar, buscando criar incentivos para que as crianças e adolescentes retornem ao núcleo familiar ou encontrem um lar adotivo, evitando assim que permaneçam, permanentemente, em acolhimento institucional³⁵⁷. Ao passo que o legislador buscou dar prioridade à manutenção da *família natural* (art.25 do ECA), a exemplo das margens à *família extensa e ampliada*, assim compreendida como “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos, com os quais a criança e o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (§1º do art. 25 do ECA com a nova redação da Lei

³⁵⁶ Maria Berenice Dias, ao conceituar esta modalidade de adoção, expõe: “Chama-se adoção *intuitu personae* ou *adoção dirigida* quando há o desejo da mãe entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a intenção de alguém adotar certa criança. As circunstâncias são variadas. Há quem busque adotar o recém-nascido que encontrou no lixo. Também há esse desejo quando surge o vínculo afetivo entre quem trabalha ou desenvolve aquele serviço voluntário com uma criança abrigada na instituição. Em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretense adotante. Porém, a tendência é não reconhecer direito da mãe escolher os pais do seu filho. Aliás, dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá cria-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é a atitude que só o amor justifica!” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Ed. RT, 2015, p. 496.)

³⁵⁷ Tânia da Silva Pereira, quanto à inovação legislativa, ressalta: “Um novo conceito de ‘acolhimento’ passa a exigir do intérprete um posicionamento coerente com os ditames legais e constitucionais, complementado por subsídios interdisciplinares que permitem a exegese do Direito Fundamental à convivência familiar e comunitária estabelecido no art. 227 da Constituição Federal e regulamentado pelo Estatuto. Acolher é assumir compromisso e responsabilidade, é dar atenção, carinho e aconchego; é ajudar a criança e o adolescente a serem capazes de satisfazer as próprias necessidades, tornando-se responsáveis por sua própria vida. Para aquele que acolhe é, sobretudo, dar atenção integral, amparar e aceitar o outro de maneira absoluta; é ouvir, sem julgamento, mesmo que discorde; enfim é estar presente para o outro, com generosidade e atenção.” (PEREIRA, Caio Mari da Silva. *Instituições do direito civil, vol. V: Direito de família*. Atualizado e Revisado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 416.)

n.12.010/2009), também, em razão do melhor interesse da criança, o legislador, em contrapeso, passou a valorizar os aspectos socioafetivos em detrimento dos biológicos, ao disciplinar exceções ao Cadastro Nacional de Adotantes.

Ao exigir o estágio de convivência supervisionado, a lei determinou como necessário a implementação de cadastros estaduais de crianças e adolescentes a serem adotados e de casais ou pessoas habilitadas à adoção (§5º do art. 50 do ECA). Todavia, também, a par da fila criada pela inscrição no referido Cadastro Nacional de Adotantes, o legislador dispensou a inclusão do adotante em três hipóteses: I – se tratar de pedido unilateral; II – se for formulada por parente com o qual a criança ou o adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III – quando oriundo o pedido de quem detém a tutela e ou a guarda legal da criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 do ECA (§13º do art. 50 do ECA).

Neste artigo, ao passo que a regra do inciso I nos traz aos casos de adoção unilateral, em que um dos genitores é substituído pelo adotante, o inciso II buscou trazer amplas margens à filiação socioafetiva, permitindo que, desde que demonstrado o estabelecimento do vínculo de afinidade e afetividade, seja deferida a adoção. Quanto ao inciso III, temos critérios de tempo para uma exteriorização social da afinidade ou afetividade aos que detém a guarda e a tutela, desde que não haja o conluio para fraudes quanto à fila do Cadastro Nacional de Adotantes.

Na sistematização das regras do ECA, encontramos a exigência *consenso* previstas no art. 45: “a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando”. É em razão da necessidade de consenso que surge a terminologia *adoção consentida* ou *adoção intuitu personae*, pois esta se perfaz com o ato de anuência dos pais ou representante legal para uma pessoa certa e determinada, desde que presentes os demais pressupostos para adoção. Desta forma, devem ser ouvidos os genitores perante o Promotor de Justiça, todavia sua oitiva é dispensável, pois poderá ocorrer a prévia destituição do poder familiar, não estando o magistrado vinculado a decisão dos pais.

Esta mudança no ordenamento em favor da parentalidade socioafetiva tem origem nos julgados que se valiam dos pareceres dos estudos da psicanálise por equipe interdisciplinar, em verificar o preenchimento das condições por parte dos candidatos que procuram a dispensa do Cadastro Nacional de Adotantes, demonstrando a prévia

estrutura familiar³⁵⁸. Por meio da adoção *intuitu personae* a parentalidade socioafetiva passou a receber no ordenamento brasileiro margens para prevalecer em detrimento do Cadastra Nacional de Adotantes, sem que haja a burla à fila.

³⁵⁸RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância a princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade; IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; (STJ, 3ªT, Resp. 117067/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j.18.3.10, DJe 14.4.10)

CAPÍTULO 3 – DO APADRINHAMENTO AFETIVO E O APADRINHAMENTO FINANCEIRO

3.1) Do conceito e o suporte normativo do apadrinhamento afetivo e o apadrinhamento financeiro – Prov. n.36/2014 do TJSP e Lei n.13.509/17

O combate ao abandono infantil que se fez presente na mudança da ordem constitucional pós-constitucionalização de 1988 abriu caminhos para as constantes inovações legislativas em ordem de priorizar o desenvolvimento integral da criança, tendo por fundamental o direito à convivência familiar e comunitária, sendo tema de grande relevância, enaltecido à Lei Maior por meio de Emenda Popular³⁵⁹. Na ordem infraconstitucional, o princípio da prioridade da manutenção na família natural é assegurado entre as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém, ao passo da sua impossibilidade, o acolhimento institucional, como medida extrema que retira a criança ou adolescente do convívio com a família, recebe novos mecanismos de proteção através do *apadrinhamento afetivo* e o *apadrinhamento financeiro*, sendo estes uma medida que visa assegurar o direito fundamental à convivência, em uma ordem *moral e material*, para as crianças que se encontram institucionalizadas e ainda não receberam lares para uma família substituta.

Àqueles que aguardam uma família substituta, o apadrinhamento afetivo e o financeiro vem sendo implementados com o fim do acolhimento de crianças e adolescentes institucionalizadas no âmbito de competência dos Tribunais, em combate à realidade do grande número de jovens que passam a sua infância e adolescência recolhidos, tendo em vista que o retorno à família natural se mostra inviabilizado. É preciso dar oportunidades para que estes encontrem o convívio que vem a potencializar o seu desenvolvimento como pessoa diante a ruptura com a família natural, por vezes, ocasionada pelos maus tratos, abuso ou negligência, ou, simplesmente, por falta de recursos financeiros. Os padrinhos e madrinhas proporcionam o referencial moral do afeto, ou o auxílio financeiro, em contraprestações pecuniárias, para que a criança seja assegurada uma criação digna, com educação e assistência na vida comunitária.

³⁵⁹CFR/1988, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Os primeiros passos à elaboração de normas protetivas para o apadrinhamento no ordenamento brasileiro surgiram no âmbito da competência suplementar dos Estados, via o Poder Judiciário na elaboração de procedimentos em proteção à infância e à juventude³⁶⁰, como exemplo, o Poder Judiciário no Estado de São Paulo, por meio do Prov. nº36/2014 do Tribunal de Justiça de São Paulo, regulamentou os programas de apadrinhamento afetivo e o financeiro, buscando não apenas trazer a convivência para fins de inclusão social afetiva, mas, também, viabilizando a sustentabilidade da família por meio de contribuição econômica às crianças que se encontram institucionalizadas³⁶¹.

A exemplo da Lei n.103/2009 de Portugal, as normas que foram elaboradas no Brasil repetiam a nomenclatura utilizada no território lusitano quanto ao instituto do *apadrinhamento civil*, em que, apesar das raízes culturais religiosas, não contém nada de aspectos religiosos. O instituto tem por essência a descaracterização da função paternal ou maternal. Não há os fins de adoção, de modo que, a princípio, não configurará a parentalidade socioafetiva nos casos do apadrinhamento. O ordenamento português buscou deixar claro quanto ao critério de que aqueles que desejem apadrinhar não tenham vista à adoção³⁶². No Brasil o tema vem sendo implementado com ressalvas, no que se faz presente o diálogo das regras para encontrar o senso jurídico da concepção civil-constitucional das relações de parentesco.

O modelo adotado no ordenamento brasileiro, embora semelhante ao modelo português, encontra diferenças. Enquanto o modelo português buscou

³⁶⁰CFR/1988, Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XV - proteção à infância e à juventude;

³⁶¹Prov. n.36/2014 TJSP: Artigo 2º - Apadrinhamento afetivo é um programa para crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente, com poucas possibilidades de serem adotados, que tem por objetivo criar e estimular a manutenção de vínculos afetivos, ampliando, assim, as oportunidades de convivência familiar e comunitária. § 1º: O apadrinhamento afetivo pressupõe contato direto entre o “padrinho” e o “apadrinhado”, inclusive com autorização para atividades fora do serviço de acolhimento; § 2º: Tratando-se de crianças e adolescentes com pouca ou nenhuma perspectiva de adoção, eventual interesse adotivo por parte do “padrinho” não deverá ser considerado burla ao cadastro de pretendentes à adoção, que consultado anteriormente resultou em resposta negativa. Artigo 3º - Apadrinhamento financeiro consiste em contribuição econômica para atender as necessidades de uma criança ou adolescente acolhidos institucionalmente, sem criar necessariamente com ela vínculos afetivos. Parágrafo único: O apadrinhamento financeiro não pressupõe contato direto entre “padrinho” e “apadrinhado”, podendo, a critério do “padrinho” ser convertido em apadrinhamento afetivo, com ou sem prejuízo do apadrinhamento financeiro.

³⁶²Portugal, Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro. Artigo 2.º Definição. O apadrinhamento civil é uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil.

especificar uma relação de parentesco considerando os padrinhos ascendentes em primeiro grau do afilhado³⁶³, assegurando os efeitos jurídicos quanto aos direitos aos alimentos³⁶⁴, assim como, ao conceituar a medida, expõe que os padrinhos exercem direitos próprios dos pais³⁶⁵, já no ordenamento brasileiro, conforme veremos, não há qualquer relação de parentesco, tampouco se atribui aos padrinhos ou madrinhas o poder familiar, não havendo os poderes de guarda.

Dentro do contexto da função social da família no ordenamento brasileiro, a figura do padrinho ou madrinha se distanciam da função de ser pai ou ser mãe, uma vez que a nomenclatura, por si só, nos traz implícita a inexistência da relação de parentesco de ascendência. Com esta denominação, valendo-se de construção sociológica dos valores culturais de um povo em seu território, a terminologia afasta o liame psicológico que se faz presente na autoridade parental. Assim como os feriados ou símbolos católicos colocados em ambientes dos Tribunais, a denominação se associa ao símbolo cultural (construção social) e não à ordem religiosa, não havendo ofensa ao princípio do estado laico, tema que, de modo semelhante, já foi apreciado quando se colocou em pauta retirar ou não os crucifixos das salas de julgamento³⁶⁶.

A previsão legislativa no ordenamento brasileiro ao apadrinhamento ocorreu segundo a Lei nº 13.509, de 2017, qual conteúdo foram os acréscimos às regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, vindo a definir o seu conceito no Art. 19-B do ECA, em “estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e

³⁶³ Portugal, Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro. Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil. Artigo 21.º Alimentos 1 - Os padrinhos consideram-se ascendentes em 1.º grau do afilhado para efeitos da obrigação de lhe prestar alimentos, mas são precedidos pelos pais deste em condições de satisfazer esse encargo. 2 - O afilhado considera-se descendente em 1.º grau dos padrinhos para o efeito da obrigação de lhes prestar alimentos, mas é precedido pelos filhos destes em condições de satisfazer este encargo.

³⁶⁴ TARTUCE, Flávio. Do apadrinhamento: Breve análise da lei portuguesa e do projeto de lei brasileiro. Publicado em quarta-feira, 27 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI242915,91041-Do+apadrinhamento+Breve+analise+da+lei+portuguesa+e+do+projeto+de+lei>. Último acesso em 18/10/2019.

³⁶⁵ Portugal, Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro. Artigo 5.º: Capacidade para ser apadrinhado. 1 - Desde que o apadrinhamento civil apresente reais vantagens para a criança ou o jovem e desde que não se verifiquem os pressupostos da confiança com vista à adoção, a apreciar pela entidade competente para a constituição do apadrinhamento civil, pode ser apadrinhada qualquer criança ou jovem menor de 18 anos: a) Que esteja a beneficiar de uma medida de acolhimento em instituição; b) Que esteja a beneficiar de outra medida de promoção e proteção; c) Que se encontre numa situação de perigo confirmada em processo de uma comissão de proteção de crianças e jovens ou em processo judicial; d) Que, para além dos casos previstos nas alíneas anteriores, seja encaminhada para o apadrinhamento civil por iniciativa das pessoas ou das entidades referidas no artigo 10.º.

³⁶⁶ Em decisão pela inexistência de ofensa ao princípio do estado laico, a retirada de crucifixos em repartições públicas foi negada nos pedidos de providências n.1344,1345, 1346 e 1362/CNJ.

financeiro”. Assim os programas de apadrinhamento visam proporcionar momentos de convivência em feriados, férias e fins de semana as crianças e adolescentes institucionalizados, contudo, sem criar a expectativa de adoção, afastando ilusões em estarem sendo levadas para uma nova estrutura familiar.

As medidas de apadrinhamento trazem margens ao altruísmo para aqueles que querem de alguma forma colaborar à erradicação da pobreza e à solidariedade na vida em comunidade, valores constitucionais que estão a substanciar o princípio da afetividade. O apadrinhamento financeiro, ao lado do apadrinhamento afetivo, está contido no caput do art.19-B e se faz presente também por meio do artigo art.19-B, §3º, ao permitir que as pessoas jurídicas ou entes despersonalizados, como o espólio e a família, venham a apadrinhar³⁶⁷. A arrecadação de recursos por meio de apadrinhamento financeiro já havia sido anteriormente objeto de proposta legislativa por meio do Projeto Lei do Senado nº171/2013, todavia seus objetivos se restringiam à arrecadação de recursos de sustento da família³⁶⁸, não adentrando no acolhimento dos apadrinhados pelo contato afetivo com os padrinhos ou madrinhas, como fez a Lei nº13.509/2017.

A inovação legislativa assegura margens para implementação de normas na competência do Poder Judiciário ao atribuir à Justiça da Infância e da Juventude margens à regulamentação (Art.19-B, §5º)³⁶⁹ e à fiscalização (19-B, §6º)³⁷⁰ dos programas de apadrinhamento. A seleção de pessoas e os termos de responsabilidade que os padrinhos ou madrinhas assumem na vigilância e a assistência da criança ou adolescente passam a serem objeto de regulamentação nos Tribunais, isto permite que a prática seja aperfeiçoada aos ajustes da comunidade, no contato direto com os órgãos executores através das regras específicas. Como exemplo, as portarias dos Tribunais podem disciplinar o papel do Ministério Público diante dos compromissos assumidos,

³⁶⁷ ECA, art. 19-B: (...) § 3º Pessoas jurídicas podem apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para o seu desenvolvimento (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

³⁶⁸ PLSn.171/2013 Explicação da Ementa: Altera a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para disciplinar sobre o Apadrinhamento Legal. Dispõe que entende-se por apadrinhamento a situação jurídica de quem voluntariamente assume o dever de sustento de criança ou adolescente. O apadrinhamento pode ser: I – Total – quando o dever de sustento da criança ou do adolescente é assumido integralmente; II – Parcial – quando o padrinho assume a obrigação de prestar: a) contribuições mensais em favor da criança ou do adolescente; b) contribuições em bens ou serviços.

³⁶⁹ ECA, Art. 19-B, § 5º “os programas ou serviços de apadrinhamento apoiados pela Justiça da Infância e da Juventude poderão ser executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil”.

³⁷⁰ ECA, Art. 19-B § 6º “Se ocorrer violação das regras de apadrinhamento, os responsáveis pelo programa e pelos serviços de acolhimento deverão imediatamente notificar a autoridade judiciária competente.”

colocar prazos mínimos à duração do apadrinhamento e definir os critérios para o perfil dos que apadrinham e os que são apadrinhados.

Segundo as regras gerais inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente, poderão apadrinhar aqueles maiores de dezoito anos, independente da diferença de idade entre estes e o apadrinhado. Diferente do que ocorre para adoção, em que há necessidade de diferença mínima de 16 anos entre o adotado, os padrinhos não espelham uma relação paterno-filial, não repetindo a regra com este teor. Quanto à capacidade para ser apadrinhado, segundo as disposições do art.19-B, não há critérios etários específicos que restringem uma idade mínima, permitindo de modo amplo àqueles que estejam recolhidos em acolhimento institucional, no que apenas, em seu §4º, vem por priorizar àqueles com a remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família substituta³⁷¹.

Quanto à exigência de estar o apadrinhado recolhido ao acolhimento institucional, encontremos posicionamentos, como o de Christiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, que defendem a possibilidade de interpretação ampliativa de seu alcance aos beneficiados fora dos programas de acolhimento institucional, desde que também seja direcionando ao acolhimento familiar. Em razão da competência regulamentar atribuída no ECA aos Tribunais, caberá a estes, por meio de portaria, definir o perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado no âmbito de cada programa de apadrinhamento³⁷², momento em que a regulamentação poderá definir que o apadrinhamento será utilizado com os fins maiores da proteção infantojuvenil em entidades que se destinem a esta causa, independente da criança ou adolescente estar inserido ou não no programa de acolhimento institucional³⁷³.

O programa de apadrinhamento não poderá afastar as margens para colocação à família substituta, devendo ser o encaminhamento à medida como uma

³⁷¹ECA, art.19-B, §4º: O perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva.

³⁷²ECA, Art. 19-B, § 4º: O perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva.

³⁷³Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, quanto à legitimidade passiva do apadrinhamento, observam que: “O texto legal, com visível timidez, é de clareza meridiana ao vocacionar o apadrinhamento para crianças e adolescentes ‘em programa de acolhimento institucional ou familiar’ ((ECA, art. 19-B). Todavia, não se pode amesquinhar o instituto somente em tais limites subjetivos, impondo-se uma interpretação ampliativa do seu alcance, em relação aos sujeitos beneficiados, com o propósito de efetivar os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta infanto-juvenil (CF, art. 227, art. 1º e 4º).” (FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Juspodium, 2019, p.1040.)

opção secundária quanto à adoção, de modo que, primeiramente, será priorizada a inserção em uma nova estrutura familiar aos fins de adoção. Os critérios na seleção dos apadrinhados quanto à prioridade àquelas crianças que tem pouca probabilidade de reinserção familiar, alinham-se ao caráter secundário da medida de apadrinhamento à adoção, matéria a qual deve correspondência aos princípios norteadores das entidades de atendimento que se encontram no art. 92 do ECA: I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar; II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa³⁷⁴. A prioridade à adoção também foi objeto de observações na lei de apadrinhamento civil em Portugal, em que, segundo o parecer do Ministério Público de Portugal, disponibilizado em comentários na íntegra da lei publicada no site da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, determina-se que apenas em situações excepcionais seja a criança institucionalizada direcionada à medida alternativa diversa da adoção³⁷⁵.

A dificuldade de colocação em família substituta para adoção é uma realidade das crianças institucionalizadas no Brasil que, por razões diversas, a exemplo da preferência por crianças de pouca idade por pessoas que querem adotar, permanecem as crianças com mais idade em acolhimento institucional indefinidamente. Os esforços em proporcionar a inserção social com referenciais de afeto é matéria que demanda uma postura do legislador que delegue ao Poder Judiciário margens de regulamentação, atuando ao lado das entidades de atendimento, que, por sua vez, em seu contato direto com os interessados, conseguem mobilizar que as campanhas de apadrinhamento afetivo e o financeiro sejam bem sucedidas em promoção da proteção infantojuvenil.

³⁷⁴ECA, Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios: I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar; II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa.

³⁷⁵Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Orientações do MP sobre o art.10º. Consulta ao site: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1128&tabela=leis&so_miolo. Último acesso em 18/10/2019. (...) “Nessas situações-limite - mormente nas que envolvam a inarredável constatação da inviabilidade prática do decretamento da adoção - será de admitir o decretamento de medida protectiva alternativa que se mostre adequada, sem qualquer restrição de princípio relativamente à sua natureza. Certo é que, para além de visarem assegurar que os procedimentos pré-adoptivos conduzam a um efectivo decretamento da adoção, quer a 'reapreciação obrigatória da situação', prevista no n.º 2 do artigo 10º do Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, quer a 'informação sobre os procedimentos em curso com vista à adoção', prevista no n.º 3 do artigo 62º-A da LPCJP inculcam justamente no sentido de que o projecto de vida inicialmente delineado, por configurado como ajustado à específica situação da criança ou jovem, pode ser direccionado em sentido distinto, com fundamento em circunstâncias supervenientes que assim o imponham.”

3.2) Distinções da medida protetiva de acolhimento institucional de apadrinhamento quanto à medida de colocação em família substituta por meio da guarda

No apadrinhamento os deveres constitucionais precipuamente atribuídos aos pais, em assistir, criar e educar³⁷⁶, não se estendem igualmente aos padrinhos e madrinhas, que tem uma relação que se volta ao convívio social, sem afetar a plenitude dos poderes dos pais em seu poder familiar. Não há o compromisso no regime jurídico de apadrinhamento que se destina a regularizar a proteção da criança, como ocorre na guarda. Esta, por sua vez, é uma medida que visa regularizar a posse de fato sobre a criança, o que demanda poderes protetivos maiores quanto à autoridade que será exercida, o que somente poderá ser alcançado por meio da colocação em família substituta.

O ordenamento brasileiro tem um regime dualista da guarda. O termo guarda, de um modo geral, significa uma medida impondo o dever de proteção e amparo da criança ou adolescente, porém, encontramos na legislação dois regimes jurídicos distintos aplicados ao instituto: da guarda de filhos (entre os pais) e a guarda de terceiros (em colocação de família substituta). Enquanto a guarda de filhos nos remete à situação em que os pais estão a impor termos aos deveres assegurados no Código Civil diante do término da relação matrimonial ou da união estável, a guarda de terceiros é uma situação distinta em que a criança é colocada em família substituta para sua proteção, a qual se rege nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda de terceiros, conhecida por *guarda estatutária*³⁷⁷, obriga a prestação moral e material, na condição de guardião em manutenção do menor, de modo que poderá este inclusive se opor à vontade dos pais³⁷⁸. Dentre as causas previstas que ensejam a atribuição, poderá ser deferida a guarda de terceiro enquanto ainda não

³⁷⁶CFR/1988, Art. 229: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

³⁷⁷Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem o instituto de modo a expor: “A guarda estatutária, como é conhecida, é concedida em favor de terceira pessoa, que, juntamente com os pais, prestará assistência moral e material a uma criança e adolescente. Não é um substitutivo do poder familiar, coexistindo harmonicamente com ele. Trata-se de mecanismo de maximização de proteção infanto-juvenil, conferindo a um terceiro a obrigação de prestar a assistência moral e material a uma criança e adolescente. Por isso o guardião assume a obrigação de manutenção do menor, podendo se opor a terceiros, inclusive aos pais (que continuam a exercer o poder familiar).” (FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Juspodium, 2019, p. 705.)

³⁷⁸Art. 33 do ECA: A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

regularizada a situação da posse de fato, em casos de tutela e adoção³⁷⁹. Em razão da excepcionalidade da medida em retirar a criança da família natural, poderá ocorrer a guarda de terceiro quando destinado à suprir a falta do responsável, assegurando o direito à representação³⁸⁰. Entre os efeitos jurídicos da guarda está a condição de dependente previdenciário³⁸¹. E, quando atribuída a guarda de terceiro em preparação para adoção, por regra, afasta-se o direito de visitas dos pais, embora seja esta uma questão que poderá ser regulamentada a pedido do interessado ou do Ministério Público³⁸².

A finalidade da medida de apadrinhamento é bem distinta quanto à colocação em família substituta, isto fica nítido quando comparamos aos efeitos da atribuição da guarda, uma vez que as obrigações dos padrinhos e madrinhas não se comparam ao que, transitoriamente³⁸³, pode ser atribuído ao guardião. Embora no apadrinhamento existam as obrigações morais e materiais, isto ocorre em o paralelo da espera da colocação por família substituta, enquanto a criança aguarda à substituição por uma nova estrutura familiar, inclusive, não há óbices para que estas coexistam, desde que a colocação em família substituta não seja prejudicada pela medida de apadrinhamento. No apadrinhamento não há a retirada da criança do núcleo familiar como ocorre na colocação em família substituta, não sendo o apadrinhado levado à estrutura familiar daquele que apadrinha, apenas se traz a convivência comunitária com a colaboração de terceiro durante o acolhimento institucional, proporcionando passeios, férias e lazer ao apadrinhado.

Não há no apadrinhamento qualquer alteração quanto ao poder familiar, o qual permanece com os pais, não sendo o apadrinhamento levado à publicidade no registro civil, pois inexistente qualquer efeito jurídico quanto ao direito de representação como ocorre na guarda, que, por sua vez, é averbada no assento de nascimento. Não se

³⁷⁹ECA, art. 33, §1º: A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

³⁸⁰ECA, art. 33, §2º: Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

³⁸¹ECA, art. 33, §3º: A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

³⁸²ECA, art. 33, §4: Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

³⁸³ECA, art. 28: A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

permite que o apadrinhamento seja feito por pessoas inscritas no Cadastro Nacional de Adotantes, não havendo qualquer ligação com a regularização da posse de fato para tutela ou adoção. Por se diferenciar dos fins da adoção como princípio, não se confunde com os aspectos da posse-de-estado de filiação, o que afasta as margens para alegações que possam caracterizar uma relação com direito à parentalidade socioafetiva, riscos estes que poderiam desestimular a adesão à medida.

As responsabilidades que recaem no ingresso do programa de apadrinhamento se dão de acordo com os termos assumidos, o que poderá variar de acordo com a condição peculiar de cada padrinho ou madrinha. Dentre as obrigações que podem ser colocadas aos padrinhos e madrinhas está a imposição de um prazo mínimo de duração. Trata-se de medida que responsabiliza aqueles que vão apadrinhar, evitando decepções pelo desligamento repentino, frustrando expectativas criadas para aqueles que vão ser beneficiados com o apadrinhamento.

3.3) Da conversão do apadrinhamento da criança ou adolescente em programa de acolhimento institucional para colocação em família substitua por meio da adoção *intuitu personae*

As regras que foram acrescentadas por meio da Lei nº13.509/2017 ao Estatuto da Criança e do Adolescente definem o apadrinhamento como uma medida distinta dos fins da adoção, uma vez que neste não se permite a inscrição no programa àqueles que estão na fila do Cadastro Nacional de Adotantes³⁸⁴. Todavia, as margens da parentalidade socioafetiva trazidas por meio da Lei nº12.010/2009 ao ECA, abrindo exceções ao Cadastro Nacional de Adotantes, devem ser sistematizadas àqueles que estão inseridos no programa de apadrinhamento, em especial quanto à possibilidade de adoção *intuitu personae*.

Nas regras do ECA requisitos da adoção quanto à inclusão no Cadastro de Adotantes, o estágio de convivência e a apuração do estudo social obrigatório (art. 197-C do ECA)³⁸⁵, passaram a dialogar com a concepção civil-constitucional, na primazia

³⁸⁴ECA, Art. 19-B, § 2º: Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte.

³⁸⁵ECA, Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

do melhor interesse da criança, para o reconhecimento do vínculo afetivo. Segundo o art. 50, §13º, valorizando a afetividade e afinidade com a criança e o adolescente, dispensa-se a inscrição no Cadastro Nacional de Adotantes para colocação em família substituta em casos que a sua inserção na estrutura familiar está a corresponder com o melhor interesse à criança na constituição do vínculo de parentesco³⁸⁶.

Em simetria as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, o suporte normativo ao programa de apadrinhamento de crianças institucionalizadas, elaborado no âmbito de competência do Poder Judiciário no Prov. nº36/2014 do Tribunal de Justiça de São Paulo, voltando-se as crianças com pouca probabilidade de serem adotadas, regulamentou, em art. 2º, §2º, que: “tratando-se de crianças e adolescentes com pouca ou nenhuma perspectiva de adoção, eventual interesse adotivo por parte do ‘padrinho’ não deverá ser considerado burla ao cadastro de pretendentes à adoção, que consultado anteriormente resultou em resposta negativa”³⁸⁷.

Por meio desta regra permissiva, a finalidade do programa de apadrinhamento, a qual vem desvinculada da colocação em família substituta, passa a ser sistematizada aos contornos da afetividade que poderá surgir no convívio social dos padrinhos. A conversão do programa de apadrinhamento para colocação em família substituta em que o padrinho passa a ser o adotante é, nada mais, nada menos, que trazer a aplicabilidade as regras da adoção *intuitu personae*, uma vez que apenas por meio desta é que se viabiliza a exceção à fila ao Cadastro Nacional de Adotantes.

Trata-se de hipótese que condiz com aspectos mais humanitários que requerem o combate ao abandono infantil, seguindo a ordem constitucional que nos faz acolher o paradigma parental da socioafetividade. Por meio do suporte normativo, temos regras que visam assegurar os efeitos jurídicos da parentalidade socioafetiva na complementaridade dos institutos. Se por um lado as regras quanto ao apadrinhamento

³⁸⁶ECA, art.50, § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência I - se tratar de pedido de adoção unilateral; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

³⁸⁷Prov. 36/2014: Artigo 2º - Apadrinhamento afetivo é um programa para crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente, com poucas possibilidades de serem adotados, que tem por objetivo criar e estimular a manutenção de vínculos afetivos, ampliando, assim, as oportunidades de convivência familiar e comunitária; (...) §2º: Tratando-se de crianças e adolescentes com pouca ou nenhuma perspectiva de adoção, eventual interesse adotivo por parte do “padrinho” não deverá ser considerado burla ao cadastro de pretendentes à adoção, que consultado anteriormente resultou em resposta negativa.

estão por vedar que a parentalidade socioafetiva ocorra, afastando-se expectativas dos apadrinhados, todavia, em diálogos à adoção *intuitu personae*, permite-se o gesto humanitário daqueles que se preenchem com a vontade de optar por uma parentalidade constituída sobre os laços do afeto em realizar a adoção.

Não há ofensa ao Cadastro Nacional de Adotantes, pois este deverá ser previamente consultado para constar que até aquele momento não há vistas ao processo de colocação em família. A sistematização acaba por conciliar o que vem previsto no artigo 50, §13º, o qual assegura margens para que o postulante ingresse com o pedido de adoção *intuitu personae*, afastando a obrigatoriedade de inscrição no Cadastro Nacional de Adotantes.

CAPÍTULO 4) DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES NO SISTEMA DESCODIFICADO DE RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

4.1) Da coerência, da complementaridade e da adaptação sistêmica das microssistematizações

Ao interpretar da norma temos o papel mediador entre as práticas sociais instituintes e as instituídas, há por detrás da norma a realidade a ser considerada, no que devemos privilegiar mudanças em favor do contexto da sua historicidade. A norma tem por referência todo o sistema, em que os aspectos temporais são o eixo para sua valoração e reinterpretação, disciplinando o senso teórico. Alcançar o senso social da norma está em uma construção de valores em que o método valorativo deve estar de modo amplo e efetivo de acordo com a função que a sociedade está a clamar. A codificação do direito privado é um meio para regular a vida na adaptação de regras precisas à realidade. Neste contexto normativo, precisamos encontrar a devida coordenação do sistema, para assim conciliar as alternativas e alcançar um *senso teórico* adequado³⁸⁸.

A proteção aos vulneráveis e a solidariedade que se espera nos dias de hoje à família se alinha com a Teoria do Diálogo das Fontes, especialmente no que diz respeito ao contexto histórico da pós-modernidade, pela necessidade de recorrermos as saídas múltiplas. Idealizada pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg em seu curso de Haia em 1995 e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a Teoria do Diálogo das Fontes ganhou vasta aplicabilidade e acolhimento na doutrina brasileira.

Claudia Lima Marques traz os ensinamentos de Erik Jaymes à doutrina pátria, ressaltando a necessidade de compreensão dos elementos de uma sociedade plural, comunicativa, narrativa e de valorização da diversidade, em que o direito contenha as demandas da sociedade. Esta teoria acolhe as margens de uma dimensão

³⁸⁸Rosangela Lunardelli Cavalazzi, quanto ao senso teórico à hermenêutica, expõe: “A interpretação opera a historicidade da norma, pela redefinição do seu sentido, pelo encontro das relações presentes, valendo-se da textura aberta da linguagem semântica. Na verdade, o ato interpretativo pode ser considerado, segundo Warat, como produto de convencimento jurídico. Os métodos de interpretação cumprem uma função mítica, pois podem ser considerados ideológicos, formas para produzir sentimentos uniformizados. Nesse papel, eles cumprem funções, tais como: 1) função mítica da consolidação das crenças jurídicas; 2) função redefinitória, pois podem ser utilizados como um relato despido de sua função explicativa, embora mantenham a aparência e gerem a ilusão de funcionar como tal.” (CAVALAZZI, Rosangela Lunardelli. Fonte de diálogos. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder, MARTINI, Sandra Regina. (orgs.). *O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques*. Porto Alegre: Ed. RJR, 2017, p.35.)

pela igualdade e pela fraternidade na coordenação das identidades culturais para com as minorias, voltando-se à lógica inclusivista para os vulneráveis³⁸⁹.

A harmonia que se busca através do *diálogo das fontes* é a solução às antinomias jurídicas, em método de interpretar e sistematizar as leis, de modo a validar mais de um dispositivo do ordenamento jurídico, sem eliminar os demais que tratam do mesmo caso. Por meio desta teoria temos uma *margem de coordenação de normas* para melhor forma de instrumentalizar o direito. Claudia Lima Marques, quanto aos fundamentos extraídos das lições de Erik Jaymes, expõe que:

O uso da expressão do mestre, ‘diálogo das fontes’, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’³⁹⁰.

No *vox populi* o diálogo é a antítese do duelo, enquanto neste temos a coerção e a supressão da vontade de um sobre o outro, resultando em modelo único, no sentido contrário, o diálogo procura dar espaço às divergências, na coexistência de mais de um modo de ser. Segundo as lições de Erik Jaymes, a *teoria do diálogo das fontes* tem os aspectos do diálogo em razão deste expressar a relação “di + a = dois ou mais, e, o logos = lógica ou modo de pensar”³⁹¹. Desta forma há aplicação de duas normas, permitindo ao mesmo caso, uma análise mais favorável, ocorrendo a aplicação conjunta, uma vez que as normas não se anulam.

A metodologia permite a coerência de modo *a posteriori* da codificação e não *a priori*, uma vez que a relação público e privado se faz reinterpretada articulando

³⁸⁹MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 82.

³⁹⁰JAYMES, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international prive postmoderne. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*. V.2 Kluwer: Dooorderecht, 1955, p. 259. Apud: MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. In: Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 89.

³⁹¹Op. cit., p. 90.

princípios constitucionais às leis posteriormente elaboradas, em hermenêutica ao sistema infraconstitucional pós-constitucionalização³⁹².

A ordem constitucional assegura valores extraídos de seus princípios que devem ser aplicados às regras infraconstitucionais, nesta relação público e privado, os mecanismos de estabelecimento de filiação podem ser coordenados de modo não excludente e sim em uma relação aditiva, trazendo segurança jurídica pela validação da opção que melhor assegure a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas.

A crise do Direito na pós-modernidade está na relação aditiva que se faz na liquidez e na dinâmica das relações privadas que demandam a elaboração de novos sistemas que sustentem a realidade fática. A descodificação, como movimento descendente, implica em pluralismo de normas, em que surgem legislações especiais disciplinando a mesma matéria, neste contexto, sistematiza-las, segundo o *diálogo das fontes*, significa o encontrar do consenso dentro dos sistemas que nos deparamos no inchaço legislativo.

Uma vez que a variedade de opções traz dificuldades de visualização da sistematização da norma, a funcionalidade do *diálogo das fontes* está em articular princípios para aplicação das regras diante as possíveis saídas que o ordenamento oferece. Para se obter o consenso diante à multiplicidade de escolhas, é necessário recuperar o senso direcional do sistema, o que se faz de acordo com a resposta extraída da primazia estabelecida por princípios³⁹³. O princípio da função social da família, na

³⁹²Quanto à codificação, Ricardo Luiz Lorenzetti coloca que: “Um código no direito privado deve ser um produto desenvolvido no contexto de descodificação e deve ter um sistema que articule princípios e valores de todas as outras regras existentes nos microssistemas que regem no sistema legal. (...) Nesse contexto, a coerência não é mais legislativa a priori, mas judicial e a posteriori. Assim, tanto o advogado quanto o juiz têm de trabalhar a constituição, as leis, os tratados, a jurisprudência, os decretos e regulamentos de agências especiais em cada caso.” (LORENZETTI, Ricardo Luiz. A codificação do direito privado no século XXI. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder, MARTINI, Sandra Regina. (orgs). O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques. Porto Alegre: Ed. RJR, 2017, p. 54-55 (51-61).)

³⁹³Para Erik Jaymes, segundo os apontamentos de Claudia Lima Marques, o método da Teoria do Diálogo das Fontes, pressupõe que: “o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (‘Zersplietierung’), manifesta-se no pluralismo de sujeito a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o ‘double coding’, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos ‘espaços de excelência’.” (JAYMES, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international prive postmoderne. Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de la Haye*. V.2 Kluwer: Doorderecht, 1955, p. 259. Apud: MARQUES, Claudia

concepção civil-constitucional das relações de parentesco de filiação, está de acordo com a ordem de valores constitucionais que asseguram o princípio da afetividade, ensejando diálogos com a ordem infraconstitucional para que este se estabeleça.

Para Erik Jaymes, encontram-se três tipos de diálogos das fontes:³⁹⁴

a) *o diálogo sistêmico da coerência*, em que se busca uma base conceitual de uma lei para outra, evitando a sobreposição, em uma ordem teleológica do fundamento da norma;

b) *o diálogo de complementaridade*, em que uma incidência complementar, de modo direto, ou subsidiário, de forma indireta, evitando-se a revogação ou ab-rogação das normas, em que a norma seria retirada do sistema;

c) *o diálogo de coordenação e adaptação sistemática ou de influências recíprocas*, em que a norma especial passa a influenciar na norma geral, atribuindo critérios hermenêuticos.

A coerência substancial de conceitos, a complementaridade de institutos e adaptação sistêmica das normas gerais do Código Civil às microssistemizações que surgem sobre a parentalidade socioafetiva se fazem necessárias no atual quadro em matéria de filiação, as margens dos novos paradigmas parentais, fragmentado por pareceres, resoluções e suportes normativos. Diante da amplitude de mecanismos que surgem no reconhecimento da filiação socioafetiva, devemos buscar a integração do sistema, recuperando o senso jurídico — do princípio da parentalidade responsável e do princípio do melhor interesse das crianças — restaurando os aspectos funcionais que se fazem presentes na criação, educação e assistência da família. Para tanto, é necessário a elaboração de normas que restaurem o princípio superior, incorporando em sua carga decisória a tábua axiológica constitucional³⁹⁵.

Lima. *Manual de direito do consumidor*. In: Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 89.)

³⁹⁴Op. cit., p. 108.

³⁹⁵ÀVILA. Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007 p. 172. Segundo o autor: “Os subprincípios e regras são tanto melhor fundamentados quanto mais intensamente eles forem suportados pelos princípios superiores. Com base em categorias epistemológicas, desenvolvidas por Carnap para a confirmação e corroboração de enunciados, pode-se aqui atingir a questão principal tratada: a direta e a indireta “recondutibilidade”(Zurückfuhrbarkeit), de uma norma a um princípio superior, que possui significado fundamental em determinado sistema jurídico, faz com que todas as normas obtidas por meio de uma vinculação sintática ou semântica incorporem o mesmo significado jurídico da norma superior. A relação

A convivência sistêmica das diferentes modalidades de reconhecimento de filiação nos traz uma relação de complementaridade destes institutos que surgem neste processo de implosão normativa que visa abarcar a parentalidade socioafetiva. Temos meios alternativos de estabelecimento da filiação socioafetiva, como exemplo, a adoção unilateral, quando comparada ao reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, embora ambos constituam a via unilateral do estado de filiação socioafetivo, há outras margens para seus efeitos jurídicos quanto à família natural. Também, nesta coordenação de institutos, encontramos o preenchimento de efeitos jurídicos da posse-de-estado, com exemplo, ao passo que o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva é assegurado em razão da posse-de-estado, em contrapartida, este mesmo paradigma, acaba por regulamentar a inexistência de parentalidade socioafetiva no convívio social com padrinhos e madrinhas.

Os microssistemas que se formaram estão por assegurar, por meio das regras, os direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, segundo o acolhimento doutrinário e jurisprudencial dos efeitos jurídicos da parentalidade socioafetiva. Concretizar a dignidade da pessoa humana, em uma concepção civil-constitucional, é trazer eficácia aos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo nas relações privadas, sendo necessário impor a precisão que afaste a duplicidade de interpretações. Não se trata da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, mas da eficácia sistêmica. Superar os paradigmas clássicos da origem biológica e adequar ao contexto atual é um processo hermenêutico para convivência harmônica do sistema jurídico, o que requer do sistema os pontos de ligação que afastem dúvidas sobre os critérios de reconhecimento de filiação, devendo ser estabelecida a coerência substancial de conceitos do Código.

O código está enfraquecido pela falta de adequação aos novos paradigmas da jurisprudência, o que nos faz revisitar artigos jurídicos que demandam a recodificação parcial do Código Civil de 2002. É preciso reformular dispositivos que assegurem a entrada das microssistemizações no Código Civil de 2002. Os pontos cruciais para abertura sistêmica, a exemplo da posse-de-estado de filiação socioafetiva, dos direitos aos arranjos familiares por pessoas do mesmo sexo e dos direitos à pluriparentalidade, na coexistência do vínculo biológico ao socioafetivo, não estão contidos no Código Civil de 2002.

de dependência da norma a um princípio fundamental faz com que esta norma, relativamente a outras normas, ganhe o significativo normativo de seu fundamento”.

O Código é o guia ao cidadão para o exercício de sua cidadania, é por meio da codificação que as margens do preconceito em sociedade desaparecem pela moral implícita ao teor das normas³⁹⁶. A finalidade da recodificação é criar um sistema mais compacto para sua aplicabilidade, em fornecer o mapa para o aplicador da lei encontrar o melhor caminho, o que pode ser alcançado por meio de pequenos acréscimos legislativos que fazem uma ponte para os suportes normativos que estão sendo elaborados no âmbito da competência regulamentar do Poder Judiciário.

O ordenamento brasileiro não tem o Poder Legislativo legiferante de acordo com a dinâmica da jurisprudência. Conforme veremos em estudos comparados aos ordenamentos dos países estrangeiros, o reconhecimento dos direitos das categorias minoritárias, a exemplo dos casais de mesmo sexo, tem reflexos imediatos na elaboração de leis infraconstitucionais pelo Poder Legislativo, tanto em reformas do Código Civil, quanto à elaboração dos microssistemas que o complementa.

As inovações legislativas quanto aos novos paradigmas parentais, para que ganhem eficácia social, não podem ficar sem que tenhamos referência no Código Civil de 2002. Seus impactos legislativos devem vir assegurados de modo que o código está a alinhar a sistematização, em regras que proporcionem a abertura de chaves de acordo com os seus critérios jurídicos, como exemplo e escopo desta análise, a verdade socioafetiva no art. 1.593 do CC/2002. Ao passo da ordem jurídica que vem sendo abarcada na jurisprudência quanto à posse-de-estado de filiação, devemos trazer ao código alterações de suas regras, de modo a assegurar o conhecimento ao cidadão leigo, pois o Código é a fonte primária de conhecimento, estabelecendo o *sensu jurídico* dos princípios da ordem constitucional.

³⁹⁶BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, Justiça e Emancipação Social – reflexões filosóficas a partir do pensamento de Jurgen Habermas*. São Paulo: Ed. Quarter Latin, 2013, p. 594. Ao discorrer no capítulo Justiça, Reconhecimento e Inclusão, nos traz que: “a sensibilidade teórica de Axel Honneth parte da percepção de que a gramática moral dos conflitos sociais somente pode ser compreendida a partir do momento em que se percebe que a luta social é também, em grande parte, uma luta por reconhecimento (Annerkenug) (...) Para Honneth, a teoria crítica da sociedade tem de recuperar essa dimensão da ação e do conflito social dos sujeitos. O ponto de partida, reside, portanto, no fato que, nas relações comunicativas, há uma suposição básica de reconhecimento social: os sujeitos alimentam a expectativa normativa de serem reconhecidos em sua identidade particular e coletiva. Nesse sentido, o pressuposto de toda ação comunicativa consiste na aquisição do reconhecimento recíproco”.

4.2) Quadro sinótico comparativo do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva com o apadrinhamento afetivo e o financeiro

Aspectos jurídicos	Do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva	Do apadrinhamento afetivo e o financeiro
Conceito	Procedimento administrativo em balcão de cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais que visa apurar e reconhecer o vínculo de filiação exteriorizado socialmente e de modo estável.	Medida que visa estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.
Competência normativa	103-B, § 4º, I e III, 236§ 1º da CF e arts. 30, XIV, 37 e 38 da Lei n.8.935/1994	Art.24, inc. XV da CF e art. 19-B§5º do ECA
Fundamento legal	Art. 227 da CF, art. 10 inc. II art.1.593 e 1.609 do CC e Prov. nº63/2017 e nº83/2019 do CNJ	art.227, art.4º da CF e art. 19-B do ECA
Reconhecimento do vínculo de parentesco	Ato volitivo do declarante que reconhece e do reconhecido que consente na estrutura da posse-de-estado de família socioafetiva para o vínculo jurídico de filiação	Não há relação de parentesco em grau de parentesco civil, estando descaracterizada a posse-de-estado de filiação socioafetiva pela posição dos padrinhos e madrinhas na estrutura familiar
Alterações no termo do registro de nascimento	Ato de averbação no cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, sem constar a origem da natureza de parentesco	Não altera o termo de registro de nascimento, não sendo ato de averbação

Efeitos sobre o poder familiar	Constitui o poder familiar sobre o reconhecido, sem que sejam destituídos do poder familiar os ascendentes de natureza consanguínea, com margens ao exercício diante da pluriparentalidade.	Não afeta o poder familiar, o qual permanece com a família natural.
Formas de Constituição	Escritura pública, testamento e escrito particular em balcão de cartório.	A forma varia conforme o procedimento adotado nas regras elaboradas pelos Tribunais.
Legitimidade ativa	Maiores de 18 anos, com diferença de idade de 16 anos para o reconhecido. Não cabe aos irmãos e avós.	Maiores de 18 anos, independente da diferença de idade com o beneficiado com o apadrinhamento.
Legitimidade passiva	Faixa etária de 12 anos ou mais	Crianças ou adolescentes recolhidos ao acolhimento institucional, independente da faixa etária, devendo privilegiar aqueles com pouca probabilidade de reinserção em uma estrutura familiar.
Da fiscalização do Ministério Público	Anuência dos representantes legais, consenso do maior de 12 anos e intervenção obrigatória do Ministério Público para os menores de idade	Participação do Ministério Público como fiscal da proteção infantojuvenil
Revogabilidade	Ato irrevogável, salvo vício de consentimento, fraude ou simulação	Estipulado mediante prazo
Efeitos jurídicos	Todos os efeitos jurídicos consequentes do vínculo de filiação, como exemplos, os direitos aos alimentos, sucessórios e previdenciários	Efeitos jurídicos variam conforme os termos assumidos na condição de padrinho e madrinha, como exemplo, poderá ser convencionado uma pensão alimentícia

CAPÍTULO 5 – DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO COMPARADO ESTRANGEIRO

5.1) Da hospitalidade da lei estrangeira e a ordem pública do direito nacional no direito à filiação

O pluralismo das famílias no mundo globalizado e o processo de acolhimento das famílias quanto à cultura e os valores próprios de sua origem, no plano do direito internacional privado, ocorre diante o processo de imigração, na chegada de uma pessoa para outra territorialidade. Como exemplo, desde à época da Grécia Antiga, a concessão de direitos para ordem de família encontrava limites ao exercício da cidadania em razão das diferenças de origem territorial. Para os gregos antigos, o modo diferenciado de viver dos estrangeiros resultava em termos de “hospitalidade”, expressão que significava o respeito pelo outro em suas práticas e valores, no respeito às diferenças³⁹⁷.

Na cultura grega havia limites aos estrangeiros às instituições próprias do cidadão grego que, por vezes, chegava a reduzir aqueles à condição de objeto. Hoje, no contexto plural das famílias, os limites ao status de família decorrem das leis próprias de cada país, encontrando obstáculos jurídicos que não são relativizados por causa do ordenamento interno de cada país. A tolerância, implícita no que devemos entender por hospitalidade, em razão das leis de ordem pública, não ocorre, o que acaba por mitigar o *status pessoal* das relações familiares, no direito à família³⁹⁸.

O processo migratório que ocorreu no território brasileiro após a Segunda Guerra Mundial, foi uma aculturação de diversos povos imigrantes, resultando em comunidades. O então chamado Código Bustamante determinou a aplicação da lei do domicílio para determinação do *status pessoal* e a lei do domicílio do chefe da família para as normas de regência das relações familiares. Como resultado, o dia a dia destes imigrantes era marcado por descobrir o que deveria ser apreciado de acordo com a lei local, como exemplo, a estabilidade de seus casamentos e o grau da capacidade de direito e de fato quanto aos atos da vida civil variavam conforme a cidadania, pois ao italiano que se casasse com uma japonesa, a noiva seria submetida ao regime do domicílio do chefe de família.

³⁹⁷MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Cultura e direito internacional privado: o lugar da hospitalidade, da tolerância e do pluralismo. In: *Direito na lusofonia: direito e novas tecnologias*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, p. 128.

³⁹⁸Op. cit., p. 130.

A lei naquele momento, em seus critérios, voltava-se ao processo gradativo de afirmação da ordem nacional, de modo a eliminar aplicação das leis dos outros países, o que forçava o desapego de suas tradições, que passaram a se manter unicamente dentro dos seus lares. Os membros das famílias foram obrigados a repensar o direito à família. Gustavo Ferraz de Campos Monaco, ao discorrer sobre esta transição que ocorrera no contexto do direito internacional privado, nos traz que

Tratava-se, também, a mudança da conexão, de uma mudança no modo de encarar a hospitalidade para com o estrangeiro. De uma hospitalidade formal, representada pela admissão em solo nacional e com respeito a seu desejo de buscar melhores oportunidades que as vivenciadas em sua terra de origem, passava-se a uma hospitalidade material, com atribuição de direitos idênticos aos que eram garantidos aos demais membros da população. Uma única sociedade formada por nacionais e estrangeiros aqui acolhidos e um mesmo arcabouço normativo de direitos e obrigações uniformes.

Todo câmbio, todavia, tem um preço.

A imposição arbitrária de um único direito material a todos os habitantes do Estado Novo, em 1942, pode ter obrigado os membros das comunidades de imigrantes a repensar seu modo de organização familiar. Com a intenção de tornar uniforme a legislação material aplicável em matéria de personalidade, capacidade, nome e direitos de família, terá sido lícito ao Estado brasileiro modificar de um momento para o outro as normas aplicáveis a tais aspectos da vida civil³⁹⁹.

Diante da diversidade de culturas que ocorre no plano internacional, esta diversidade, em si, já nos revela que os valores culturais residem em aspectos relativos, pois uma cultura é sempre relativizada quanto à outra. Em aspectos próprios que se somam no contexto pluralista, surge o diálogo intercultural sobre a dignidade da pessoa humana, os critérios de reconhecimento de uma cultura local e o resguardo de seus valores no mundo globalizado.

O reconhecimento da diversidade, como valor jurídico do multiculturalismo, advém do direito à igualdade, em que está implícito o direito à diferença, à não discriminação. Para tanto os Direitos Humanos – como o fundamento ético previsto nos tratados internacionais – tem sido invocados para uma concepção intercultural dos direitos no processo de reconhecimento do *status pessoal* nas relações familiares, na socialização das famílias diante o contexto transnacional.

³⁹⁹Op. cit., p. 131.

Boaventura de Souza Santos, diante dos entraves culturais e a necessidade de encontrar a regulação social das tensões da modernidade quanto ao Estado-nação, ressalta que no sistema internacional cada país deve caminhar em sentido da emancipação social, assegurando sua cultura, sua soberania, a fins de não haver a supremacia de uma nação⁴⁰⁰. Porém, ocorre que, ao passo que os direitos humanos despertam aspirações universais, estas também podem levar à globalização marcada por aspectos hegemônicos, hipótese que tem gerado preocupações e movimentos sociais que visão lidar com a questão de modo oposto, em uma globalização contra-hegemônica. Neste contexto, Boaventura de Souza Santos, como saída a este processo de imposição de valores vindos de uma ordem no plano internacional, expõe:

A minha tese é que, enquanto forem concebidos direitos humanos universais em abstracto, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para podermos operar como uma forma de cosmopolitismo insurgente, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos tem de ser reconceptualizados como interculturais⁴⁰¹.

Voltando-se ao multiculturalismo emancipatório, conclui que este reside na “pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a competência local, os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos de nosso tempo”⁴⁰². Quanto aos aspectos transnacionais que necessariamente ensejam a intervenção no plano do direito internacional, o autor se refere a estes como “patrimônio comum da humanidade”⁴⁰³. Tratam-se de temas que reportam ao globo em sua totalidade, tais como a sustentabilidade dos aspectos ambientais, a exemplo da camada de ozônio, da preservação da Antártida, biodiversidade marinha, dentre outros. Estas questões nos remetem à preservação das gerações presentes e futuras, portanto são resguardadas em nome da humanidade.

⁴⁰⁰SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IWAKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 3.

⁴⁰¹ Op. cit., p. 13.

⁴⁰² Op. cit., p. 13.

⁴⁰³ Op. cit., p. 12.

Flávia Piovesan ao discorrer sobre o tema “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectiva global e regional” ressalta a necessidade de diálogo global e inter-regional no que propõe “revisitar a concepção da igualdade à luz do direito à diferença e do direito ao reconhecimento de identidades”⁴⁰⁴. Ressalta a autora que as violações que marcam a construção dos direitos humanos tem

como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento de aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era viabilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como o nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância. Como leciona Amartya Sen, ‘identity can be source of richness and warmth as well as of violence and terror’^{405, 406}.

O diálogo intercultural sobre direitos humanos, conforme colocado acima, assenta-se não apenas em um reconhecimento formal, como surgira após o nazismo, no que se clamavam em aspectos abstratos o direito à igualdade, mas sim em um reconhecimento material, que faz do indivíduo sujeito de direitos, em resposta específica as suas condições pessoais. Vejamos que o direito à igualdade e a não discriminação é fundamental ao direito à família, devendo serem acentuados os aspectos normativos do ordenamento nacional, assegurando as interfaces dos direitos da personalidade, na autonomia existencial do indivíduo.

Voltando-se ao direito à igualdade, Flávia Piovesan nos traz que

⁴⁰⁴PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IWAKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 47.

⁴⁰⁵Op. cit., p. p 48. Apud: Amartya Sen. *Identity and violence: the illusion of destiny*. New York/London: W.W Norton & Company, 2006, p. 4.

⁴⁰⁶Op. cit., p. 48.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange a concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida a fórmula “todos são iguais perante a lei”(que, ao seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelo critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia e demais critérios).

Conclui a autora que

A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. A emergência conceitual do direito à diferença e do reconhecimento de identidades é capaz de refletir a crescente voz dos movimentos sociais e o surgimento de uma sociedade civil plural e diversa no marco do pluralismo.

O direito à igualdade e à não discriminação é encontrado nos mais diversos tratados internacionais em proteção dos direitos humanos, servindo às coordenadas de solução de conflitos no plano do direito internacional privado, em uma relação com o direito interno de cada país. Quanto à convivência do sistema global ao lado do regional, com base nos estudos da *Commission to Study the Organization of Peace*⁴⁰⁷, afirma Flávia Piovesan que estes não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Op. cit. p. 62. Segundo to Study the Organization of Peace “Pode ser afirmado que o sistema global e o Sistema regional para a promoção e proteção dos direitos humanos não são necessariamente incompatíveis, pelo contrário, são ambos úteis e complementares. As duas sistemáticas podem ser conciliadas em uma base funcional: o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto global como o regional, deve ser similar em princípios e valores, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado por todos os povos e todas as Nações. O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região e outra. O que inicialmente parecia ser uma dicotomia – o sistema global e o sistema regional de direitos humanos – tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional”. (Regional promotion and protection of human rights: twenty-eighth report of Commission to Study the Organization of Peace, 1980, In: Henry Steiner, material do curso internacional Law and Human Righths, Harvard Law School, 1994.)

⁴⁰⁸ Op. cit. p. 62. Segundo Flavia Piovesan: “os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito é a coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos.

Mirelle Delmas-Marty e Marie-Laure Izorche, ao discorrem sobre as margens nacionais de apreciação do direito quanto à validade internacional, abordando a hipótese de um direito comum pluralista, nos trazem o pluralismo dentro de uma justaposição, em que a perda da margem nacional implica em uma ruptura para uma ordem comum. A margem nacional, como uma medida para se enquadrar uma posição, se dá em razão do próprio reconhecimento de um sistema internacional, na relação entre Estados⁴⁰⁹.

Neste contexto, o método comparativo do direito de um Estado ao outro, identificando diferenças, demonstra a necessidade de se harmonizar as tensões em o processo de unificação. Todavia, não basta comparar, pois isto apenas elenca divergências, há a necessidade de caminhar para o “pluralismo razoável” ou, conforme colocam as autoras, para o “pluralismo ordenado”⁴¹⁰. Como saída ao processo de justaposição, na harmonização de um direito comum, as autoras recorrem a figura do mosaico, em que há espaços e lugares identificados, sem que haja a perda da individualidade pela justaposição, em um jogo de sistemas para sua realização sem que haja a desordem.

Hugues Fulchiron, professor e diretor no Centro de Direito da Família na universidade de Jean Moulin Lyon, da França, voltando-se à questão de um direito comum internacional, nos traz a relação da ordem pública interna de cada país com os aspectos universais dos direitos fundamentais, em que temos a necessidade de conciliar estes na coordenação dos sistemas e repartições de competência. Há de se adaptar o jogo de valores dos direitos fundamentais às coordenadas internas do sistema de cada país. Segundo seus apontamentos, ressalta que, apesar do direito internacional estar acostumado com o pluralismo da família, a imposição dos direitos fundamentais pode se

⁴⁰⁹DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. *Marge nationale d'appréciation et internationalization du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*. Revue de Droit de McGill, 2001, p. 925. Segundo as autoras: “C’est pour quoi la notion de marge est au coeur des systèmes de droit. Dès lors que l’on conçoit ceux-ci, à l’intersection des théories déductives et inductives, comme des ensembles de normes dont le sens est déterminé par une pluralité d’acteurs (émetteurs, récepteurs et communauté qui inspire les uns et les autres) qui bénéficient d’une certaine latitude, d’un certain jeu, on comprend que la marge soit constamment présente, tant em droit interne qu’em droit international.”

⁴¹⁰ Op. cit. p. 928. Como referência: “Pour en sortir, la methode comparative, qui permet de répéter les points de résistance en soulignant les divergences et ouvre la voie de l’harmonization en réveillant le convergences, est donc nécessaire, et ce dans tous les cas de figures. (...) Si la methode comparative est nécessaire, ele n’est pas suffisante. (...) Au delà de la notion de ‘pluralisme rasoinable’ lancée par J. Rawls qui fonde ce pluralisme sur ‘un consensus par recoupement’, nous sugérons celle ‘pluralisme ordenée’.”

mostrar subversiva e perturbadora na medida em que há o paradoxo dos direitos universais com a afirmação de um direito comum⁴¹¹.

Como exemplo narrado por Fulchiron, temos o julgado da Corte de Cassação da França que veio permitir o divórcio na Justiça francesa quando pleiteado por duas esposas de um cidadão marroquino e a lei aplicável pela Convenção Marroquina não permitia pedir o divórcio, negando à mulher o direito à repúdia do marido. Levando em consideração os direitos fundamentais, assegurando as obrigações alimentares, foi concedido o direito ao divórcio no território francês, todavia, o mesmo não ocorrera segundo as Cortes marroquinas, gerando duas situações diferentes em países distintos quanto ao *status* de família. Em fundamento das cortes marroquinas, havia a interpretação que o princípio da igualdade, em sua lógica cultural, não seria alcançado pela possibilidade do divórcio, ou seja, o divórcio estaria contra aos valores da igualdade quando vistos no território marroquino⁴¹².

O direito à igualdade entre o homem e a mulher é um ponto de impacto na Convenção Européia de Direitos Humanos – CEDH, em que a lógica das decisões se baseia em afirmações em direitos fundamentais ao indivíduo. Todavia, segundo Hugues Fulchiron, as convenções e tratados internacionais, ao disciplinar blocos de direitos fundamentais, trazem ao aplicador da lei conceitos vagos que visam apenas formar o mínimo para a decisão. Assegura-se a ingerência dos direitos fundamentais e seus aspectos abstratos, cabendo ao aplicador da lei recorrer aos conceitos abertos indeterminados que vem por formar o bloco de legalidade para aplicação indireta. Observa o autor que alguns doutrinadores defendem que a ordem jurídica das convenções e tratados internacionais vem compor o que poderia ser chamado de “ordem pública do direito internacional privado”, o que faz questionar os aspectos de um direito público absoluto que está a se erguer por meio dos direitos fundamentais⁴¹³.

⁴¹¹ FULCHIRON, Hugues. Droits fondamentaux et règles de droit international privé: conflits de droit et conflits de logique? L'exemple de égalité des droits et responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de la dissolution. In: SUDRE, Frédéric (dir.). Le droit au respect de la vie de la familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Actes du colloque des 22 et 23 mars de 2002 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (UMR. CNRS. 5415). Faculté de droit de l'Université Montpellier I, p. 355.

⁴¹² Op. cit., p. 364.

⁴¹³ Op. cit., p. 361. Como referência: “Le dynamisme propre aux droits fondamentaux conduit tout d'abord à s'interroger sur les conditions de leur intervention. Selon certains, les droits fondamentaux, en raison de leur nature et de leur source (notamment lorsqu'ils trouvent leurs racines dans la Constitution ou dans les traités internationaux), doivent être garantis à tous. Il n'y a pas lieu de s'interroger sur la loi éventuellement applicable: dès lors que son ordre juridique reconnaît le droit en cause, le juge, s'il est compétent, doit le mettre en oeuvre et garantir en garantissant le respect. Cette application directe des droits fondamentaux, qui rapproche de la catégorie des lois de police, est très discutée en doctrine. En toute

Voltando-se à amplitude que os direitos fundamentais no plano internacional podem afetar prejudicialmente o ordenamento interno de cada país, o autor destaca que se fazem presentes dois instrumentos de controle na coordenação dos sistemas jurídicos: a ordem pública e as convenções internacionais. Tanto um como o outro são afetados pelos direitos fundamentais. Quanto à ordem pública e os impactos dos direitos fundamentais sobre esta, “a ordem pública representa o instrumento de defesa contra normas estrangeiras e princípios fundamentais do país em questão”⁴¹⁴.

Outro ponto relevante trazido pelo autor quanto à coordenação de sistemas estrangeiros é a necessidade de se observar suas consequências jurídicas, pois há uma lógica da norma relacionada aos aspectos culturais da origem do indivíduo. A dificuldade de se lidar com o que é idealizado na cultura estrangeira é um ponto de relativização da norma em que os direitos fundamentais atuam. Logo, conforme as colocações de Hugues Fulchiron, deverá ser feita a aplicação pragmática, do caso concreto, em que se apuram os reflexos no ordenamento interno do país, a exemplo do caso mulçumano, nos direitos aos alimentos⁴¹⁵.

A outrora designada Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, passou a nova terminologia intitulada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, Decreto Lei nº 4.657/42. A lei possui aplicação não apenas ao ramo do Direito Civil, mas a todo o ordenamento jurídico do direito privado e do direito público. Posta a soberania estatal prevista no art. 1º da CF, a norma jurídica brasileira deve ser aplicada segundo as fronteiras geográficas (*locus regit actum*). Devido aos aspectos do

hypothèse, elle ne pourrait être qu’exceptionnelle, car comme le souligne le professeur Pierre Mayer, ‘en raison du caractère extrêmement vague de leur formulation (même compte tenu des précisions qu’apporte la Cour de Strasbourg) et du qu’ils constituent seulement un minimum, les droits de l’homme ne sont pas susceptible en général de fournir une solution au problème de droit substantiel pose’. Dans la plupart des cas, le respect des droits fondamentaux suppose que soient déterminées dans un premier temps les norms substantielles applicables et que, dans un second temps, soit vérifiée leur conformité au droit en cause. L’intervention des fondamentaux s’effectuera donc dans le cadre de la méthode *indirecte* de règlement des conflits, à travers l’exception de l’ordre public. Il en ira de même lorsque la norme étrangère en jeu n’est pas une règle substantielle, mais un jugement ou un acte public étranger auquel on prétend faire produire effet dans le pays du for.”

⁴¹⁴Op. cit. p. 361. Como referência: “L’ampleur de la perturbation. “Il est notamment deux instruments que tendente à assurer la coordination des systemes juridiques: l’ordre public et les conventions internationales. L’un comme le autre sont fortement perturbés par l’interruption contemporaine des droits fondamentaux. (...) Impact des droits fondamentaux sur l’ordre public international. Comme on l’a souligne, l’ordre public constitue un vecteur “naturel” de promotion des droits de l’homme. Selon la doctrine internationaliste “classique”, il représente à la fois un instrument de défense du for contre des normes étrangères qui heurteraient certains principes fondamentaux du pays en question, et une instrument de coordination des systemes, en ce sens qu’il constitue une sorte de soupape de sécurité, permettant d’acuculeir les lois étrangères d’autant plus volontiers que l’on sait pouvoir écarter l’inadmissible, mais seulement l’inadmissible, par le trouchement de cette exception.”

⁴¹⁵Op. cit., p. 381.

intercâmbio cultural, social e econômico, voltando-se à aplicação da lei no espaço, há necessidade de se admitir a aplicação da lei de um país estrangeiro no território nacional, impondo a adoção de certas regras para solucionar hipóteses. Aplica-se assim o princípio da territorialidade temperada, ou mitigada, em que se admite tanto as regras de territorialidade, quanto à extraterritorialidade⁴¹⁶.

A Lei vigente tem por critério o *estatuto pessoal*, de modo que, como regra de conexão, será aplicada a lei do domicílio da pessoa em questões quanto ao nome, a capacidade, começo e fim da personalidade e os direitos de família, dentre outras hipóteses previstas na lei. Todavia o critério do *estatuto pessoal* não é absoluto, pois a lei elege outros critérios, em situações especiais, para apreciar a aplicação da lei estrangeira no território nacional, cita-se como exemplo, a regra do art. 10§1º, em que a regra da lei do domicílio do falecido ou do ausente, em se tratando de bens hereditários, poderá ser relativizada em benefício ao cônjuge sobrevivente em razão do *princípio da proteção da família brasileira*, que tem sede constitucional no art. 5º, inc. XXXI da CF, de modo que, mesmo que mais favorável a lei do domicílio do de cujus, poderá ser aplicada a lei brasileira, situados os bens no Brasil, dada a competência do juiz para deliberar sobre a lei estrangeira⁴¹⁷.

O respeito à ordem pública como filtro para admissão da lei estrangeira no território nacional é fundamental para que não ocorra ofensa à soberania nacional, conforme dispõe o art. 17 da LINDB.⁴¹⁸ Vejamos que ao lado da ordem pública, a lei também resguarda os bons costumes. Dada à época de elaboração da lei, estas colocações resultavam em um controle do direito à família sob a vigência do Código Civil de 1916, no resguardo à família legítima, mas, atualmente, a ordem pública deve observar uma concepção civil-constitucional dos princípios e normas. Há, portanto, *interferência direta da Constituição no momento de aplicação da norma*, em eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo nas relações privadas.

As decisões de tribunais estrangeiros não recebem aplicabilidade imediata na ordem jurídica interna de cada país, pois, conforme dispõe o art. 105, I da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº45, o *exequatur* da sentença estrangeira

⁴¹⁶FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Vol. 1, Parte Geral e LINDB*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 113.

⁴¹⁷Op. cit. p. 115.

⁴¹⁸Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 17: As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

deverá ser homologado pelo Superior Tribunal de Justiça, exarando-se o “cumpra-se” da decisão. Há confirmação formal do órgão local, dando eficácia à decisão estrangeira. Aufere-se compatibilidade à ordem jurídica interna, sendo um procedimento tipicamente jurisdicional, em que se verifica a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública⁴¹⁹. Vejamos como exemplo, cláusulas de guarda da criança, ou questões alimentares que envolvam o menor de idade, nestes casos a imposição da obrigação ficará sujeito à homologação jurisdicional, que poderá estar sujeito a homologação parcial, preservando apenas parte da decisão, caso encontre dispositivos contrários ao ordenamento nacional⁴²⁰.

Cumpramos observar que o parágrafo único do art. 15 da LINDB, que dispensava a homologação de sentenças estrangeiras quando declaratórias do estado de pessoas, foi revogada pela Lei 12.036/09. A revogação se deu em razão de que para toda e qualquer decisão judicial estrangeira é exigido o *exequatur* pelo STJ⁴²¹. Todavia, ressalvada, segundo o Provimento n.53 de 16 de maio de 2016, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou as disposições da redação do artigo 961, parágrafo 5º do novo Código de Processo Civil, a competência da via extrajudicial à averbação direta do divórcio consensual. A regra vale apenas para o divórcio consensual puro, em que não são discutidas questões alimentares ou de interesse dos filhos menores⁴²².

⁴¹⁹Resolução n.9/2005 do STJ, art. 5º e 6º disciplinam o procedimento exigindo-se: (i) a sua prolação por autoridade competente; (ii) a devida ciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) o seu trânsito em julgado; (iv) a chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor público juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública.

⁴²⁰Como exemplo de homologação parcial de sentença estrangeira trecho do julgado: “É homologável a sentença estrangeira na parte em que decretou a separação dos cônjuges. Ao recorrer, entretanto, desde logo, o requerente à Justiça brasileira, aceitando a guarda da mãe sobre o filho, o requerente praticou ato incompatível com a pretensão de ver homologada a sentença estrangeira nesse ponto e sobre a regulamentação de visitas. Homologação parcial da sentença estrangeira nesse ponto sobre regulamentação de visitas. Homologação parcial da sentença estrangeira, com exclusão das cláusulas que cuidam da custódia do menor e regulamentam visitas” (STF, Ac. Tribunal Pleno, SE 4.333/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j.23.11.1994, DJU 15.12.1995, p. 44106)

⁴²¹FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Salvador: Juspodium, 2019, p. 120.

⁴²²Prov. nº53 de 16 de maio de 2016 do Conselho Nacional de Justiça. Art. 1º. A averbação direta no assento de casamento da sentença estrangeira de divórcio consensual simples ou puro, bem como da decisão não judicial de divórcio, que pela lei brasileira tem natureza jurisdicional, deverá ser realizada perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais a partir de 18 de março de 2016: §1º. A averbação direta de que trata o caput desse artigo independe de prévia homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça e/ou de prévia manifestação de qualquer outra autoridade judicial brasileira; § 2º. A averbação direta dispensa a assistência de advogado ou defensor público; §3º. A averbação da sentença estrangeira de divórcio consensual, que, além da dissolução do matrimônio, envolva disposição sobre guarda de filhos, alimentos e/ou partilha de bens - aqui denominado divórcio consensual qualificado - dependerá de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Voltando-se aos aspectos registrais que se fazem presentes na publicidade, segurança e eficácia dos documentos estrangeiros quanto ao *status de família*, sendo o registro o meio adequado para oponibilidade *erga-omnes*, destinando-se a fazer prova do fato, é importante destacar os aspectos da qualificação registral no cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Segundo a Resolução n. 155 de 16 de julho do Conselho Nacional de Justiça, remete-se o controle da legalidade na via extrajudicial às disposições do art. 17 da LINDB, de modo que a validade do registro de nascimento, casamento e óbito se regem pela lei do domicílio. Por meio da regra, a presente resolução do CNJ estabelece simetria ao art. 10, §10º da LINDB, resultando em margens para que os documentos estrangeiros sejam registrados, desde que não tenham impedimentos, de modo a não haver ofensa à soberania, à ordem pública ou aos bons costumes⁴²³.

A qualificação registral, conforme já colocamos no capítulo próprio, impõe ao registrador o condicionamento ao ordenamento jurídico. A verificação da ofensa à ordem pública traz ao registrador o dever de negar o registro, fundamentando sua recusa à parte interessada, fornecendo nota explicativa, contendo as explicações das exigências a serem cumpridas. Em caso de recusa fundamentada do registrador, o interessado poderá suscitar o procedimento de dúvida (art.198 da LRP).

O tema enseja diálogos quanto à questão do direito à família quanto aos limites à ordem pública, à boa-fé e aos bons costumes. Conforme observam Mario de Carvalho Camargo Neto e Marcelo Salaroli de Oliveira, “as normas e decisões não deixam claro qual deve ser a postura do registrador diante de pedido de traslado de assento em que há potencial ofensa nos termos do art. 17”⁴²⁴, no que o Oficial deverá estar atento aos limites de questões que envolvam os interesses dos menores de idade, as quais demandam apreciação do crivo do Judiciário.

O tema apresenta impasses no campo do direito internacional privado de família, pois a origem socioafetiva, conforme o ordenamento interno de cada país, poderá ou não ser recepcionada pelos consulados em caso de transcrição em busca da cidadania. Vejamos, como exemplo, a recente mudança de posicionamento quanto ao caso ocorrido na França da família Menasson, em que a origem do parentesco

⁴²³Resl. n.155 do CNJ, art. 13º,§10: Os casamentos celebrados por autoridades estrangeiras são considerados autênticos, nos termos da lei do local de celebração, conforme previsto no caput do art. 32 da Lei nº 6.015/1973, inclusive no que respeita aos possíveis impedimentos, desde que não ofendam a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, nos termos do art. 17 do Decreto nº 4.657/1942.

⁴²⁴CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Registro Civil de Pessoas Naturais. Vol. II, In; CASSETARI, Christiano (coord.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 182.

socioafetivo na reprodução assistida, com a utilização do útero alheio, no ano de 2000, nos EUA, não foi reconhecida no ordenamento francês, ficando a criança sem o vínculo de nacionalidade francesa e sem a paternidade no território francês.

Neste caso, primeiramente, as autoridades francesas recusaram a transcrição, argumentando que isso seria contrário à política pública, pois a gestação por substituição é proibida nos termos do artigo 16-7 do Código Civil francês. Tais acordos estrangeiros ao direito francês são nulos e as certidões de nascimento estrangeiras que estabelecem parentesco são consideradas contrárias à ordem pública (Cass. Civ. 1ère, 6 de abril de 2011, n° 10-19053). Todavia, na data de 5 de outubro de 2018, a Corte da Cassação, a mais alta corte em assuntos de direito privado francês, por meio da Assembléia n° 10-19053, teve solicitada a revisão do processo. O fundamento da revisão, em contrapartida dos motivos da recusa anterior (em valores comunitários), consiste na violação do princípio do melhor interesse da criança (em valor intrínseco da pessoa), para fins da reabertura do processo⁴²⁵.

⁴²⁵Disponível em: <http://conflictoflaws.net/2018/legal-parentage-of-children-born-of-a-surrogate-mother-what-about-the-intended-mother/>. Acesso em: 30/10/2018

5.2) Breves notícias do direito estrangeiro quanto às alterações legislativas no direito de família à filiação

A ordem interna de cada país nos conduz à análise em que encontramos diferentes graus de restrição quanto aos direitos da família à filiação. O método comparativo do ordenamento estrangeiro demonstra que, assim como ocorrera no ordenamento brasileiro, primeiramente, surgiram leis quanto ao casamento na família homoafetiva, posteriormente, sobrevieram acréscimos legislativos quanto ao direito à filiação, na desbiologização do parentesco. Atualmente, sob o fundamento de assegurar a igualdade e a inexistência de hierarquia das famílias, os direitos à conjugalidade e os direitos à filiação estão sendo revistos em favor da democracia, em uma luta social, que se traduz em uma luta por reconhecimento, em que o resultado almejado é a mudança legislativa, em que a lei retrata novos valores da vida em sociedade.

No direito francês, em uma ordem pluralista dos arranjos familiares, ao passo que se disciplinou às margens da lei o modelo de família homoparental, assegurando o casamento homoafetivo, nos termos da lei nº 2013-404, de 17 de maio de 2013, também foi incorporado ao ordenamento do Código Civil Francês, no capítulo “Do Casamento e da Filiação”, o artigo 6-1, assegurando os direitos à adoção homoparental. Todavia, a legislação quanto aos direitos à procriação medicamente assistida não recebeu o tratamento igualitário no direito das famílias, tema que recentemente foi colocado em pauta da Assembléia Nacional de França que, no dia 24 de julho de 2019, retomando os estudos do impacto do projeto da nova lei de bioética.

O projeto lei francês, em suas introduções gerais, logo em seu artigo 1º enuncia que está a “estender os direitos aos casais homossexuais do sexo feminino e as mães solteiras o acesso ao uso das técnicas de procriação medicamente assistida”⁴²⁶. Dentre os objetivos do projeto lei, em seu item 2.1.2, tem em consideração, não obstante as diferenças entre o ato de adoção e da procriação medicamente assistida, uma em acolher e a outra em conceber uma criança, que isto não afasta a legitimidade do acesso à esta, pois o direito francês reconhece o princípio da igualdade das formas de família, de modo a legitimar o direito à autonomia existencial em projetos parentais de famílias

⁴²⁶França. Étude d’impact de projet de loi relatif à la bioéthique n°2187, 24 juillet 2019. Consulta ao site: <http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl2187-ei.asp>, acesso no dia 27/09/2019. Como referência: “Article 1er Etendre l’accès à l’assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées.”

monoparentais ou homoparentais⁴²⁷. O projeto lei também prevê a recodificação parcial dos artigos do Código Civil francês de modo a retirar os aspectos heteronormativos da presunção de filiação, a conter as uniões do mesmo sexo feminino, adequando as espécies de filiação advindas da reprodução assistida⁴²⁸.

No ordenamento de Portugal, as mudanças legislativas quanto ao casamento homoafetiva ocorreram em Junho de 2010, sendo permitido o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, conforme Lei n.º 9/2010, publicada no dia 31 de Maio de 2010, assegurado o acesso ao registro civil por meio do artigo 10-1 do Código de Registro Civil⁴²⁹. Aos arranjos familiares homoafetivos, voltando-se à efetividade dos lares em função das crianças desabrigadas, a Lei n.º 2 de fevereiro do ano de 2016, buscou eliminar diferenças e discriminações quanto ao direito à adoção, ao apadrinhamento civil e às demais relações jurídicas familiares⁴³⁰. Anteriormente, no ano de 2013, já fora aprovado

⁴²⁷Bis in idem. Item 2.1.2: “En matière d’adoption, le droit reconnaît depuis longtemps la monoparentalité et la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe leur a également ouvert l’adoption. Comme l’a constaté le Conseil d’Etat, cette loi « en autorisant un égal accès à l’adoption de tous les couples mariés, a normalisé la situation des familles qui en sont issues. ». Cette position a été confortée par la Cour de cassation qui, dans deux avis rendus le 22 septembre 2014⁶⁸, a estimé que le recours à l’insémination artificielle avec donneur à l’étranger, alors que la pratique est interdite en France, ne fait pas obstacle à l’adoption, en France, de l’enfant par la conjointe de la mère. Si, comme l’a souligné le Conseil d’Etat⁷⁰, l’adoption (en tant qu’elle permet d’accueillir un enfant déjà né) doit être distinguée de la procréation médicalement assistée (qui vise à concevoir un enfant), il n’en reste pas moins que le législateur, le Conseil constitutionnel et les deux hautes juridictions ont considéré qu’aucun grand principe ni aucun droit fondamental ne faisait obstacle à ce qu’un enfant ait un seul parent ou deux parents de même sexe.

Le Haut conseil à l’égalité entre les femmes et les hommes comme le défenseur des droits considèrent, par conséquent, que la question de la légitimité d’un projet mono ou homoparental a déjà été tranchée par les textes.

C’est, par conséquent, « au nom de l’égalité des projets parentaux » qu’est revendiquée la « liberté de procréer et de transmettre, en tant qu’expression de l’autonomie personnelle ».

La majorité des membres du Comité consultatif national d’éthique considère d’ailleurs « qu’un maintien du statu quo législatif [dans les conditions d’accès à l’assistance médicale à la procréation] pourrait stigmatiser ces nouvelles formes familiales. »

⁴²⁸Bis in idem. Como exemplo de alteração normativa, sob o Título 4.1. Impacts juridiques. “Item: 4.1.1 A titre liminaire, le terme "femme non mariée" a été choisi pour des raisons juridiques afin d’éviter l’application de la présomption de paternité pour le mari qui n’aurait pas consenti à l’assistance médicale à la procréation. Le problème ne se pose pas de la même façon pour un homme non marié puisqu’il n’est pas contraint, s’il n’a pas consenti à l’assistance médicale à la procréation, d’établir sa filiation avec l’enfant. (...)Le deuxième alinéa de l’article L. 2141-6 est également modifié pour prendre en compte les nouvelles modalités de filiation.

⁴²⁹Portugal. Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio. Alterações do Código Civil Português quanto aos aspectos heteronormativos: “Art.2º: Os artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção: «Artigo 1577.º [...] Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código. Artigo 1591.º [...] O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal.

⁴³⁰Portugal. Lei n.º 2/2016 de 29 de fevereiro. Elimina as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares, procedendo na segunda alteração da Lei n.º

no direito português à co-adoção⁴³¹, modalidade de adoção que permite ao parceiro de seu cônjuge ou companheiro adotar o filho em famílias homoafetivas, com base nos superiores interesses da criança⁴³². Quanto ao acesso às técnicas de reprodução assistida, a Lei de Procriação Medicamente Assistida n.32/2006, em sua versão mais recente, por meio do decreto regulamentar n.6 de dezembro de 2016, passou a ser permitido o acesso às técnicas respectivas para uniões de pessoas do mesmo sexo⁴³³.

Na Espanha, desde 3 de julho de 2005 é legal o casamento entre pessoas do mesmo sexo, notoriamente conhecido como um dos primeiros países a legitimar o casamento homoafetivo, ficando atrás apenas dos Países Baixos e da Bélgica e 17 dias antes do Canadá⁴³⁴. Ocorrerá no direito espanhol a ratificação da Lei n.13/2005, em que foi adicionado um novo parágrafo ao artigo 44 do Código Civil, dizendo "*o matrimônio deverá ter os mesmos requisitos e efeitos independentemente de as pessoas envolvidas serem do mesmo sexo ou de sexos opostos*"⁴³⁵. Dentre os efeitos jurídicos da legitimidade ao casal homoafetivo, a lei também passou a estender os direitos à adoção para a família homoparental⁴³⁶. Quanto às técnicas de reprodução assistida, a Espanha desde 2006, em estatuto jurídico próprio, dispôs que se permite aos casais do sexo

7/2001, de 11 de maio, na primeira alteração da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, na vigésima terceira alteração ao Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, e na primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro.

⁴³¹Portugal, consulta ao site: <https://www.esquerda.net/artigo/parlamento-aprova-co-ado%C3%A7%C3%A3o-por-casais-do-mesmo-sexo/27886>, último acesso em 24/09/2019.

⁴³² Portugal. Projeto de Lei n.º 278/XII Consagra a possibilidade de co-adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo e procede à 23.ª alteração ao Código do Registo Civil. Artigo 1.º Objeto A presente lei estabelece o regime jurídico da co-adoção por parte dos cônjuges e unidos de facto, nos casais do mesmo sexo. Artigo 2.º Requisitos da co-adoção 1 - Quando duas pessoas do mesmo sexo sejam casadas ou vivam em união de facto, exercendo um deles responsabilidades parentais em relação a um menor, por via da filiação ou adoção, pode o cônjuge ou o unido de facto co-adotar o referido menor. 2 - Só pode requerer a co-adoção dos filhos do cônjuge ou unido de facto quem tiver mais de 25 anos. 3 - Não pode ser requerida a co-adoção se existir um segundo vínculo de filiação estabelecido em relação ao menor. 4 - É necessário o consentimento para a co-adoção do menor que seja maior de 12 anos. 5 - As regras sobre adoção do filho do cônjuge previstas no Código Civil são subsidiariamente aplicáveis à co-adoção.

⁴³³Portugal. Lei n.º 32/06 de PMA, por meio do decreto regulamentar n.6/2016, passou a dispor no seu artigo 6.º "Beneficiários: 1 - Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual."

⁴³⁴Espanha. Consulta ao site https://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexona_Espanha. Último acesso em 24/09/2019.

⁴³⁵Espanha. Código Civil Espanhol: "Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Título IV, Capítulo II, De los requisitos del matrimonio Artículo 44. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo."

⁴³⁶Espanha. Consulta ao site. <https://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/30/espana/1120094708.html> Último acesso em 24/09/2019.

feminino o uso da reprodução assistida, mas veda a gestação por substituição, o que acaba por excluir os direitos aos casais do sexo masculino⁴³⁷.

No direito italiano, país que demorou a apresentar mudanças legislativas para os direitos da categoria de casais do mesmo sexo, por meio da Lei n.76/2016, em 11/05/2016, aos casais homoafetivos passou a ser regulada a união civil de pessoas do mesmo sexo, em que a lei faz expressa menção ao artigo 2º e 3º da ordem constitucional em que se “garante o princípio da dignidade humana nas formações sociais e o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁴³⁸. Todavia, a adoção não foi estendida à família homoafetiva na Itália, embora encontrem-se casos favoráveis precedentes na jurisprudência italiana do ano de 2017. Também quanto à adoção no direito italiano, corre o projeto lei denominado “Lei Crinnà” estendendo os direitos à adoção unilateral para gays e lésbicas⁴³⁹. Quanto às técnicas de reprodução assistida, por meio da Lei n.º.40 de 2004, é vedado o direito à reprodução assistida heteróloga⁴⁴⁰. Há, segundo a lei, norma expressa quanto à impossibilidade do reconhecimento da filiação no território italiano em hipóteses de reprodução assistida heteróloga, em caso das partes se valerem de clínicas em países estrangeiros⁴⁴¹.

Em países da América Latina a luta social também está a ocorrer com base no direito à igualdade para os casais do mesmo sexo. Como exemplo, na Argentina, no ano de 2010, foi alterado o Código Civil argentino⁴⁴², estendendo o direito ao casamento

⁴³⁷Espanha. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

⁴³⁸Itália. Lei n. 76/2016. Art. 1 1. La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto. 2. Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni.

⁴³⁹Informações extraídas do site: <https://istoe.com.br/italia-reconhece-adocao-por-casal-gay-pela-la-vez/>, acesso em 09/10/2019.

⁴⁴⁰Itália, Lei n.º.40 de 2004, em seu art. 4º, veda as técnicas heterólogas: “CAPO II, Art.4, (Accesso alle tecniche), 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”.

⁴⁴¹Itália, a Lei n.º.40 de 2004, o art. 9º veda o reconhecimento de relação de parentesco em caso de reprodução assistida heteróloga: “CAPO II, ART. 9.(Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre), 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.”

⁴⁴² Argentina. Consulta realizada ao site: https://web.archive.org/web/20100718072722/http://www.publico.pt/Mundo/argentina-na-vanguardia-da-america-latina-aprova-lei-do-casamento-homossexual_1447030. Ultimo acesso em 04/10/2019. Quanto as alterações normativas: “A nova lei modifica o texto do Código Civil, onde a formulação de ‘marido e mulher’ é agora substituída pelos termos ‘os contratantes’. De acordo com a nova legislação, os casais homossexuais podem, em pé de igualdade com

de pessoas do mesmo sexo. Desde então, o direito à adoção entre pessoas do mesmo sexo passou a ser permitido no território argentino. No Uruguai, por meio dos contratos de convivência, permitia-se o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo desde 2008, todavia, exigia-se que houvesse a convivência de 5 anos anteriores, no que, em 2013, foi assegurado a união civil com fundamento no direito à igualdade, desaparecendo o requisito do decurso temporal. O direito uruguaiano, desde de 2008, permite às uniões homoafetivas o direito à adoção durante a união dos companheiros⁴⁴³. Quanto às técnicas de reprodução assistida, na Argentina a Lei nº 26.862/2013, em seu microsistema composto por 12 artigos, traz o direito às técnicas de procriação medicamente assistida de acordo com as previsões do órgão fiscalizatório, estabelecendo em seu art. 8º que está a critério destes o disciplinar das questões, como exemplo, a gestação por substituição. No Uruguai, a Lei nº 19.167/2013 apresentou dispositivos incluindo os direitos à orientação sexual, deixando ao Ministério da Saúde Pública sua regulamentação⁴⁴⁴.

Em uma frente mais liberal quanto aos direitos à filiação de casais homoafetivos, encontramos os Estados Unidos e a Inglaterra. Em que pese as diferenças de um Estado ao outro, em códigos próprios, de um modo geral na legislação norte-americana, os direitos dos transexuais quanto à alteração de sexo e o casamento civil se fizeram presentes por meio de leis específicas⁴⁴⁵. Já na Inglaterra, a lei conhecida por “Civil Partnership Act” remonta ao ano de 2004, permitindo a união das pessoas do mesmo sexo, sendo que a adoção conjunta por homossexuais já era permitida desde 2002, sob fundamento do melhor interesse da criança.

Os aspectos socioafetivos são cada vez mais presentes na Inglaterra e nos EUA diante da ampla liberdade para os acordos de *co-parentalidade*, pois nesta, ao passo em que não há o estado de *família conjugal*, em que as partes apenas tem a paternidade compartilhada, sem que haja qualquer vínculo de natureza amorosa ou

os heterossexuais, adotar e gozar de todos os direitos de família em plenitude: de segurança social, subsídios e dias de licença relativos à vida familiar”.

⁴⁴³Uruguai. Consulta ao site: <https://www.conjur.com.br/2009-set-10/parlamento-uruguaio-aprova-adoacao-criancas-casais-gays>. Último acesso em 04/10/2019. Quanto ao parlamento uruguaiano: “Por 17 votos, em um total de 23, o Parlamento uruguaio aprovou na quarta-feira (9/9) a adoção de crianças por casais homossexuais. É o primeiro país da América Latina a legalizar esse tipo de adoção. As informações são do site da BBC e da AFP.”

⁴⁴⁴COXIR, Sarah Abreu. Estudo das regulamentações de reprodução assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. Belo Horizonte, 2014, p. 27. Disponível em: <http://recli.elsevier.es/pt/estudo-das-regulamentacoes-reproducao-humana/articulo/90349294/>, acesso em 30/10/2018.

⁴⁴⁵MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo, Atlas, 2010, p. 262.

sexual, temos o que tem sido chamado de *família parental*⁴⁴⁶. A prática se difundiu de maneira que são comuns sites da internet que permitem o cadastro para parceria no parentesco⁴⁴⁷. A prática da co-parentalidade, em que se faz parceria para fins de parentesco, está diretamente relacionado às técnicas de reprodução assistida, quando se permite a possibilidade de doação de material genético, entre amigos, como uma prática comum para gays e lésbicas⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶O site <https://www.modamily.com/> contém cadastro para os interessados em co-parentalidade.

⁴⁴⁷DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: RT, 2015, p. 412.

⁴⁴⁸DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 698.

CAPITULO 6 – PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

6.1) Proposta n.1: recodificação parcial do art. 1.593 do CC/2002 à posse-de-estado da filiação socioafetiva

Da redação atual:

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

Da redação projetada:

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou da socioafetividade.

§1º: A posse de estado de filiação socioafetiva ocorre com a exteriorização social e de modo estável do vínculo de filiação.

§2º: O vínculo de parentesco socioafetivo não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica.

6.2) Proposta n.2: recodificação parcial do art. 1.609 do CC/2002 à posse-de-estado de filiação socioafetiva

Redação atual:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

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

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

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

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

Redação Projetada:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

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

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

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

§1º: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

§2º: A posse de estado de filiação socioafetiva ocorre com a exteriorização social e de modo estável do vínculo de filiação.

§3º: O vínculo de parentesco socioafetivo não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica.

CONCLUSÕES FINAIS

Diante da repersonalização do Direito Privado e da consequente reestruturação das entidades familiares que ocorrera em 1988, observamos que a crise (de ausência de normas) da pós-modernidade não foi contida no Código Civil de 2002, pois a sociedade ainda não se encontrava amadurecida no momento da sua elaboração, em que o projeto remonta do período da década de 1970. Os efeitos se fazem sentir até os dias atuais, depois de decorridos 30 anos de constitucionalização, em razão do princípio da função social da família, em que seus aspectos de princípio mediador de valores acabam por trazer as margens da afetividade como valor jurídico, ocasionando a instrumentalização dos direitos da personalidade, em diálogos com os princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança à luz da interdisciplinaridade da psicologia. O senso jurídico dialogal, necessário aos aspectos multiculturais contemporâneos, requer da ciência do Direito o método de estudo interdisciplinar das outras ciências, a exemplo dos estudos da Psicologia, na epistemologia do conhecimento, com os fins de alçar as margens dos valores humanistas da realidade.

Valendo-se de análise dos períodos em que vivenciamos os marcos jurisprudenciais e legislativos na ruptura de valores das relações de parentesco de filiação, traçamos o paralelo com a Teoria da Codificação na afirmação de valores nacionais, em que ficaram nítidos os momentos do ordenamento brasileiro em que vivenciamos a matrimonialização, a biologização e a desbiologização das relações de parentesco. Com o paradigma da filiação socioafetiva, o reconhecimento do direito ao “estado de filiação” é exercido em igualdade e não-discriminação tanto para a origem consanguínea, quanto socioafetiva, no princípio da unidade da filiação. Como consequência das estruturas familiares, as margens dos novos critérios de paradigmas parentais recebem uma série de mecanismos que são sistematizados neste contexto da verdade biológica e da verdade socioafetiva.

Ao trazer o retrato da filiação na família contemporânea, na fotografia da família na pós-modernidade, não encontramos as imagens das vestes uniformizadas em que meninos vestem azul e meninas vestem rosa. Também, a autoridade parental não se identifica com o gênero de identidade social do masculino ou do feminino. E, tampouco, as margens ao número das linhas de ascendentes se restringem à biparentalidade. Vivenciamos uma sociedade despida de preconceitos em busca da felicidade, assegurada no bem da vida, às margens da opção pela afetividade como valor jurídico,

em que a autoridade parental está funcionalizada de acordo com o desenvolvimento integral da criança, em que os arranjos familiares contemporâneos se erguem de acordo com o direito à pluriparentalidade.

A posse-de-estado de filiação socioafetiva migrou da jurisprudência para os sistemas normativos que abarcam os contornos dos novos arranjos familiares. A figura do “pai presente” tem sido uma meta a ser atingida que requer diálogos para eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas. O restrito quadro de comandos para o estabelecimento de filiação vem sendo ampliado, de modo que a sistematização dos novos mecanismos jurídicos, em sua coerência à ordem axiológica constitucional, não estão apenas em uma ordem de valores extraídas dos princípios, mas sim na complementaridade das regras concretas e objetivas, proporcionando a precisão dos efeitos jurídicos da parentalidade socioafetiva. O melhor interesse da criança no direito à igualdade da origem consanguínea à origem socioafetiva da filiação vem, intrinsecamente, assegurado na carga decisória dos comandos do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva.

A paz social, como finalidade precípua, decorre da segurança jurídica almejada na boa-fé daqueles que precisam recorrer ao judiciário. Esta confiabilidade se dá a priori quando há previsão das regras quanto ao direito, finalidade que vem sendo alcançada por meio dos suportes normativos elaborados sob a competência do Conselho Nacional da Justiça e das Corregedorias da Justiça dos Estados. Na implementação da jurisprudência das cortes da Justiça, estes órgãos do Poder Judiciário atuam subsidiariamente na proteção dos valores comunitários, assegurando direitos e garantias fundamentais.

Por ser um ato volitivo recepcionado pela outra parte, em que se asseguram os efeitos do estado de família, o reconhecimento de filiação se alinha à competência das serventias extrajudiciais, em seus aspectos administrativos, devendo o parentesco socioafetivo ser posto em igualdade ao parentesco consanguíneo. Por evitar desistências em razão da morosidade e os elevados custos de uma ação judicial, o procedimento extrajudicial permite que a realidade do estado-de-família socioafetivo, a exemplo das relações de madrastio e padrastio dos novos arranjos familiares, venha a ter assegurados seus direitos em igualdade, estendendo a autoridade parental de acordo com a função exercida no núcleo familiar.

Ao lado de outras formas de estabelecimento de filiação, o procedimento previsto para o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva apresenta

diferenças, especialmente quanto à destituição do poder familiar, que por sua vez não ocorrerá, permanecendo os vínculos biológicos ao lado do socioafetivo, em margens à pluriparentalidade. Nada obsta que outros procedimentos sejam utilizados para o reconhecimento do estado de filiação socioafetiva, a exemplo da adoção unilateral, em que a decisão judicial tem o condão de serem alcançados os efeitos da desconstituição de vínculo biológico pelo detrimento ocasionado em razão do laço socioafetivo, em que a falta de consenso das partes vem a ser suprida pela decisão do Juiz.

O reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e o apadrinhamento afetivo e financeiro são formas de estabelecer os efeitos da parentalidade socioafetiva de acordo com a função exercida dentro do núcleo familiar. Enquanto a filiação socioafetiva vem a ser assegurada por margens legais para o ato de reconhecimento da filiação na via extrajudicial, em razão dos critérios de apuração da posse-de-estado de filiação na relação de parentesco do grupo familiar, por outro lado, no apadrinhamento afetivo e financeiro, em razão da função ocupada na estrutura familiar, via de regra, não ocorre a posse-de-estado de filiação socioafetiva na convivência com as figuras dos padrinhos e madrinhas.

Na convivência sistêmica dos paradigmas da parentalidade socioafetiva que passam a preencher o ordenamento brasileiro, temos que conciliar o apadrinhamento afetivo e a adoção *intuitu personae*, de modo que, ainda que a criança ou adolescente esteja submetida ao regime jurídico do apadrinhamento, o melhor interesse da criança deve ser assegurado em margens à adoção *intuitu personae* para crianças com pouca probabilidade de adoção, permitindo que o amor se presencie dentro das figuras do padrinho e da madrinha em laços de filiação. Pela aplicação sistemática à regra mais favorável, a coordenação e adaptação dos valores de ordem constitucional estão por recuperar o senso jurídico pelas alternativas previstas em lei.

Em diálogos sobre o sistema descodificado do reconhecimento de filiação, concluímos que, na falta de dispositivos correspondentes à verdade socioafetiva no Código Civil de 2002, por ser o código o diploma que enuncia as regras gerais, dificulta-se o conhecimento do cidadão leigo quanto aos novos paradigmas parentais que passam a ser sistematizados, no que esperamos normas que venham por adequar o seu corpo legislativo nos direitos à filiação, na igualdade dos arranjos familiares dos casais do mesmo sexo, no direito à parentalidade socioafetiva e o direito à pluriparentalidade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Método, 2005.

ALBUQUERQUE, Fabíola dos Santos. Ações de filiação: da investigação e negatória da paternidade e do reconhecimento dos filhos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 161-180.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de cuidado dos pais no desenvolvimento emocional da criança. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coords). *Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Velloso*. Ed. Método, 2014, p. 621 – 632.

ALBUQUERQUE, Luciano de Campos. *A capacidade da pessoa física no direito civil*. In: NERY, Nelson. (coord.). *Revista de Direito Privado*, abril-junho de 2004. Editora Revista dos Tribunais, p. 84-105.

ALIENDI, Luís Paulo. *CNB-SP e autorregulamentação da atividade*. In: *Revista do Direito Notarial*. São Paulo: Quarter Latin, 2011, p. 55-74.

_____. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e dna. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002, Ouro Preto. *Família e Cidadania: o novo CCB e a Vacatio Legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. v. 1. p. 449-460.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Reconhecimento de filiação. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 523-545.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito Civil: Família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental. In: CASSETARI, Cristiano. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 541-554.

AMADEI, Vicente de Abreu. *A qualificação notarial*. In: *Revista do Direito Notarial*. São Paulo: Quarter Latin – ano 5 – n. 5, 2013, p. 11-25.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Revista brasileira do direito comparado*, nº28. Rio de Janeiro. Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro.

ARAI, Rubens Hideo. Limitações da publicidade do registro civil de pessoas naturais em decorrência dos direitos da personalidade. In: AHUALI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos (org.). *Direito notarial e registral: homenagem as Varas de Registros Públicos da Comarca de São Paulo*: São Paulo: Quarter Latin, 2016, p. 629-647.

ARIES, Philippe; DUBY, Georges. (Dir.). *História da vida privada*. São Paulo: Cia das Letras, 1997, v.1.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Procriação Medicamente Assistida e Relação de Paternidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família e Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Ed. Método, 2009, p. 355-356.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. 2 ed. São Paulo, Atlas, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida: questões em aberto. In: CASSETARI, Christiano (coord.), orientação: VIANA, Rui Geraldo Camargo. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92-111.

_____. O princípio do melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio. Anais do II congresso brasileiro do direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p. 202-203.

_____. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania – o novo CCB e o vacatio legis. Anais do III congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAN, Del Rey, 2002, p. 379-371.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá em todo lugar” - a dignidade da pessoa humana no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. Vol. 919 de maio de 2012, p. 127-196.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Consulta ao site: [https://www.conjur.com.br/2008de22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?](https://www.conjur.com.br/2008de22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4) pagina =4. Último acesso em 30/12/2019.

BARROSO, Lucas Abreu. *Introdução Crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAUMAN, Sigmund. *Modernidade Líquida*. Disponível em: https://zahar.com.br/sites/default/files/arquivos/trecho_BAUMAN_ModernidadeLiquida.pdf. Acesso em: 20/05/2019

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

BENACCHIO, Marcelo; BENACCHIO, Marcos. Geração por substituição. In: AHUALI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos (org.). *Direito notarial e registral: homenagem as Váras de Registros Públicos da Comarca de São Paulo*: São Paulo: Quarter Latin, 2016, p. 601-628.

BITTAR, Carlos Alberto Bianca. *Os direitos da personalidade*. 6ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, Cap. XXVI.

BITTAR, Eduardo C. B.. Direito. *Teoria Crítica do Direito e Humanismo Realista*. “Law, Critical Legal Theory and Realistic Humanism. A humanistic turn um critical legal theory: the birth of a new conception in Brazilian legal theory. In: BITTAR, Eduardo C. B. Bittar (coord.). *Filosofia do Direito: diálogos globais, temas políticos e desafios da justiça. Philosophy of law: global dialogues, controversial issues and challenges of justice*. São Paulo: Quarter Latin, 2019.

_____. *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *O direito na pós-modernidade*. Ed. Atlas, 2014.

_____. *Democracia, Justiça e Emancipação Social – reflexões filosóficas a partir do pensamento de Jurgen Habermas*. São Paulo: Ed. Quarter Latin, 2013.

BLIKSTEIN, Daniel. *DNA, paternidade e filiação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

BONTEMPO. Alessandra Gotti. O direito das crianças à plena fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais: o direito a ter direitos no futuro. In: SARMENTO, Daniel; IWAKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

BRANDELLI, Leonardo. Atas Notariais. In. BRANDELLI, Leonardo. *Ata Notarial*. Porto Alegre: IRIB: S. Fabris, 2004.

BUCHER, Andreas. *Persones physiques et protection de la personnalité*. 5 ed. Gêneve, Hlebing Lichtenhann, 2009.

_____. *La famille em Droit International Privé*. Recueil des Cours – Academie de Droit International, n° 283, 2000.

BUNAZAR, Maurício. *Pelas Portas de Vilela: Um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica*. Artigo apresentado no III Congresso Paulista de Direito de Família, realizado entre os dias 27 a 29 de agosto de 2009. Publicado na Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, n. 59. Abr./Maio 2010.

CABRILLAC, Remy. *Le symbolisme de codes*. In: *L'avenir du droit. Mélanges en hommage a François Terré*. PUF, 1999.

CAFFÈ, Mara. *Psicanálise e Direito: a escuta analítica e a função normativa jurídica*. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2010.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. Editora Forense, 2017.

_____. *Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ que alterou as disposições sobre registro extrajudicial da filiação socioafetiva regidas pelo Provimento 63*. Disponível: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20 \(revisado% 2021% 20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%202021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A1ncias.pdf) Ancias.pdf. Último acesso em 10/10/2019.

_____. *Entrevista à assessoria de comunicação do IBDFAM: Especialistas avaliam Provimento que autoriza reconhecimento da socioafetividade em cartórios*. Site: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6504/Especialistas+avaliam+Provimento+que+autoriza+reconhecimento+da+socioafetividade+em+cart%C3%B3rios>. Publicado em: 22/11/2017. Consulta em 28/05/2019

CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro Civil de Pessoas Naturais*. Vol. I, In; CASSETARI. Christiano (coord.). São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro Civil de Pessoas Naturais, Vol. II*. In; CASSETARI. Christiano (coord.). São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Duplo Registro de Nascimento e Nulidade*. In: AHUALI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos (org.). *Direito notarial e registral: homenagem as Váras de Registros Públicos da Comarca de São Paulo*: São Paulo: Quarter Latin, 2016, p. 709-726.

_____. *O registro civil e o estado da pessoa natural*. In: DEL GUERCIO NETO, Arthur; DEL GUÉRCIO, Lucas Barelli (coords.). *O Direito notarial e registral em artigos*. Editora YK, 2016, p. 413-433.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A procriação médica assistida heteróloga e o sigilo sobre o doador*. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética* Coimbra: Almedina, 2008, vol. II.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed (Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARBONIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Tradução Diogo Leite de Campos, Almedina 1979.

CARDOSO, Marcia Sadi Haron. *Poligamia e violações aos direitos da personalidade: uma análise jurisprudencial. Dever de respeito e consideração mútuos à luz dos direitos da personalidade*. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019, p. 449-466.

CARLOS, Ana Carla Harmatiuk. *Perspectiva civil-constitucional*. In: DIAS, Maria Berenice(coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARRION-WAN, Roque. *Codificación, pluralidade cultural y pragmática del conflicto. Crítica jurídica: revista latino americana de política, filosofía e y derecho*. Curitiba, nº21, p. 131-143,2002.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTAING, Cécile. *La ratification implicite des ordenances de codification: haro sur la grande illusion*. *Revue française de droit constitutionnel*. Paris, v.58, p. 275-304, 2004.

CATALAN, Marcos. *Um ensaio sobre a multiparentalidade: prospectando no ontem pegadas que levaram ao amanhã*. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Direito civil-constitucional e outros estudos em homenagem ao professor Zeno Veloso*. Editora Método, 2014, p. 649-665.

CAVALAZZI, Rosangela Lunardelli. *Fonte de diálogos*. In: JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder, MARTINI, Sandra Regina. (orgs.). *O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques*. Porto Alegre: Ed. RJR,2017, (35-41).

CERUTTI, Eliza. A ancestralidade genética como desdobramento dos direitos da personalidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de. *Família Contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Porto Alegre: IBDFAN: Letra & Vida, 2011, p. 61-69.

CHAUMOUN, Erbert. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1953.

CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: procriação natural e medicamento assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Ed. Almedina, 2009.

COHEN, Democracy and liberty, in *Deliberative democracy* (Elster Jhon, org.) 1998.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Família: cuidado, vulnerabilidade e sustentabilidade. In: CUNHA, Rodrigo da (coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAN, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORNU, Gérard. *Droit civil: la familie*. Paris: Montchrestien, 2007.

CORREIA, Alexandre; SCASCIA, Gaetano. *Manual do direito romano*. Rio de Janeiro: Ed. Segreda. 1977.

COSTA, Fabrício Veiga. A problemática jurídica da transexualidade infantil para além do binarismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Transgêneros*. Brasília: Zaccarewics Editora, 2019, p. 41-63.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Fernando de Aguiar. 10.ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora. 1971

CRUET, Jean. *A Vida do Direito e A Inutilidade das Leis. Sem indicação de tradutor*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand-José Bastos & Cia. – Livraria editora, 1908.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

DELGADO, Mario Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do Direito Civil brasileiro*. Saraiva, 2011.

_____. FIGUEIREDO, Jones Alves. *Código Civil anotado*. Forense, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. *Marge nationale d'appréciation et internationalization du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*. Revue de Droit de Macgill, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo direito. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: RT, 2015.

_____. *Homoafetividade e os direitos da LGBTI*. Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIP, Ricardo. *A natureza e os Limites das Normas Judiciárias do Serviço Extrajudicial*. Quarter Latin, 2013

_____. *Segurança Jurídica na pós-modernidade*. Quarter Latin, 2012.

_____. *Prudência Notarial*, São Paulo: Quinta editorial, 2012

_____. *Nótulas de introdução ao estudo dos princípios registral-imobiliários (ou hipotecários)*. Boletim do IRIB em Revista nº318 - Setembro/Outubro de 2004.

DOMINGUES, Cláudia do Nascimento. Poliafetividade e poliamor: novas formações afetivas e a família pós-moderna. In: NETO, Arthur Del Guércio; DEL GUÉRCIO, Lucas Barelli (coords). *O direito notarial e o direito registral em artigos*. Editora YK, São Paulo, 2016.

DURAND, Guy. *Introdução Geral da Bioética: história, conceitos e instrumentos*. São Paulo: edições Loyola, Brasil, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Talking rights seriously*. Cambridge: Harvard Press, 2001.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Ed. Bertrand Brasil, 12ªed., tradução Leandro Konder.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família do Direito Civil Brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Conquista, Brasil, 1.957.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo*. Revista Forense, vol. 385.

_____. *Famílias: entre o público e o privado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Famílias: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAN, 2012, p. 158-169.

_____. As relações paterno-filiais à luz do direito civil contemporâneo: reflexões sobre o poder familiar e autoridade parental. In: CASSETARI, Christiano, orientação: VIANA, Rui Geraldo Camargo. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002, estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 555-563.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito de Família, Do Direito Pessoal, Das Relações de Parentesco*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) Rio de Janeiro, Forense, 2003, v.18.

_____. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996

FACHIN, Rosana. Da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 111-125

_____. Em busca da família no novo milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania – o novo CCB e o vacatio legis. Anais do III congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAN, Del Rey, 2002, p. 59-71.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Juspodium, 2019.

_____. *Curso de direito civil. Vol. 1, Parte Geral e LINDB*. São Paulo: Atlas, 2015

FARINATI, Débora Marcondes. A construção dos vínculos de filiação a partir de novas tecnologias reprodutivas. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de. *Família Contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Porto Alegre: IBDFAN: Letra & Vida, 2011, p. 52-60.

_____. *Novas tecnologias reprodutivas: a filiação nos tempos modernos*. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF. (coords). Curitiba: Juruá, 2001, p. 156-172.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições do Direito Privado*. Saraiva, 1996.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de Paternidade*. São Paulo: Ltr, 1997.

FREIRE DE SÁ, Maria Fátima. *Monoparentalidade e Biodireito*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV congresso brasileiro de Direito de Família – IBDFAN*. Belo Horizonte: Del Rey. 435-449

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. A filiação na contemporaneidade. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010

_____. Filhos de Criação: e os seus direitos? In: CASSETARI, Christiano, orientação: VIANA, Rui Geraldo Camargo. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002, estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 565-567

FULCHIRON, Hugues. Droits fondamentaux et règles de droit international privé: conflits de droit et conflits de logique? L'exemple de égalité des droits et responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de la dissolution. In: SUDRE, Frédéric (dir.). *Le droit au respect de la vie de la familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*. Actes du colloque des 22 et 23 mars de 2002 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (UMR. CNRS. 5415). Faculté de droit de l'Université Montpellier I.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Uniões de pessoas do mesmo sexo e requisitos para a sua configuração. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165-179.

_____. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo código civil e o estatuto da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 265-305.

_____. *Princípio da paternidade responsável*. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords). *Revista de Direito Privado*, abril – junho 2004, p. 21 – 42

_____. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GIRARDI, Viviane. Direito fundamental à própria sexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 362-372.

_____. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais*. Editora Livraria do Advogado, 2006.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quarter Latin, 2013.

_____. *A função social dos contratos (causa ou motivo)*. Revista Jurídica 334/9, 2004, pg. 193, acesso via internet, endereço: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67622/70232.

GOMES, Orlando. *O problema da codificação. Ensaio de Direito Civil e de direito de trabalho*. Rio de Janeiro; Aide, 1986

_____. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito de convivência entre pais e filhos*. Tese de doutoramento. Orientadora: Giselda Maria Fernandes de Novaes Hironaka. Universidade de São Paulo – SP, 2011.

_____. *Conceitos da Psicanálise contribuem para melhorar o Direito de Família*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-22/processo-familiar-conceitos-psicanalise-contribuem-direito-familia>. Acesso em 10/10/2018.

_____. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. (coord.) *A outra face do Poder Judiciário – Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey/São Paulo: Escola Paulista de Direito – EPD. 2005.

_____. *Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com seus pais*. São Paulo: Magister, 2008.

HARE, R. M. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mário Mascherppe e Cleide Antônio Rapuci. São Paulo: UNESP, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. Direito de Família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos: correlação entre o ser familiar e o ser humano. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019, p. 415-425.

_____. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Publicado em 22/04/2007. Disponível em: <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direitocivil/pressuposto->

elementos-e-liimites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo.Publicado em maio de 2007, acesso em junho de 2019.

_____. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. In: Direito de Família: diversidade e multidisciplinaridade. Porto Alegre. IBDFAM, 2007.

_____. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

HUBER, Cloves. *Registro Civil de Pessoas Naturais: uma condição para a cidadania ser constituída e regularizada*. Leme, 2002.

JAYMES, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit internacional prive postmoderne. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*. V.2 Kluwer: Dooorderecht, 1955.

LAGE, Fernanda de Carvalho; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A multiparentalidade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LAGRASTA NETO, Caetano. Maternidade de substituição. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. Atlas, 2012.

LAMANAUSKA, Milton Fernando. A pedra angular da atividade notarial e registral. In: Del GUÉRCIO NETO, Arthur. *O direito notarial e registral em artigos*. São Paulo: YK, 2016, p. 151-157.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulikian, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais: adultocentrismo x interesse das crianças. In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coords). *Pessoa humana e direito*. Almedina, 2009

LÉVI – STRAUSS, Claude. *Les structure élémentaire de la parenté*. Paris, Mouton, 1967.

LIMA, Márcia Fidélis. Entrevista à assessoria de comunicação do IBDFAM: *Especialistas avaliam Provimento que autoriza reconhecimento da socioafetividade em cartórios*. Site:<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6504/Especialistas+avaliam+Provimento+que+autoriza+reconhecimento+da+socioafetividade+em+cart%C3%B3rios>. Publicado em: 22/11/2017, consulta em 28/05/2019.

LIRA, Waldemar Paes de. Direito da criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva da afetividade no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha

(coord.) *Família e responsabilidade. Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister, IBDFAM, p.523-555.

LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Princípio Jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA: Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Anais do II congresso brasileiro do direito de família. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p. 245-255.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e mudança social*. Tese apresentada para obtenção de título de doutor Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito. Orientador Prof. José Eduardo Campos de Oliveira Faria. 1991.

LOREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo, Atlas, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Manual de direito do consumidor*. In: Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *O Direito Romano e seu ressurgimento na Idade Média*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.), Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 181-216.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues. *Direitos da Personalidade*. Ed. Atlas. 2012, p. 25-64.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania – o novo CCB e o vacatio legis*. Anais

do III congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: IBDFAN, Del Rey, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo, Saraiva, 9ªed., 1999.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte do direito comparado In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio Rodrigues. *Direitos da Personalidade*. Ed. Atlas. 2012, p. 1-23.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conflito de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas*. São Paulo: Quarter Latin, 2019.

_____. Cultura e direito internacional privado: o lugar da hospitalidade, da tolerância e do pluralismo. In: *Direito na lusofonia: direito e novas tecnologias*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018.

_____. Novo regramento da adoção no direito brasileiro: codificar ou mesmo um exemplo de codificação *a droit constant*? In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Curso de Direito Romano*. São Paulo, RT, 1978.

MOREIRA, Silvana do Monte. Parentalidade em uma abordagem singular. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 155-164.

MORSELLO, Fábio. Evolução da autoridade parental. In: CASSETARI, Christiano, orientação: VIANA, Rui Geraldo Camargo. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002, estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Evolução da autoridade parental. In: CASSETARI, Christiano, orientação: VIANA, Rui Geraldo Camargo. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002, estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NALINI, José Renato. *Registro Civil de Pessoas Naturais: Usina de Cidadania*. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.) *Registros Públicos e Segurança Jurídica*. 1. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

NAMBA, Edison Testudo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 34ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

NEGRÃO, Guilherme Vieira. “Da parentalidade na reprodução assistida *post mortem* e a sucessão legítima *Ab intestato* (legitimidade sucessória do embrião intra e extra uterina extensiva aos gametas pré-implantatórios)”. Tese de Mestrado. Orientador: Mário Luiz Delgado. Faculdade de Direito de São Paulo - FADISP, 2018.

_____. *Código civil do futuro: comentários aos projetos de reforma do Código Civil*. Coordenação Mario Luis Delgado. São Paulo: Editora CRV, 2018.

_____. Duelo ou Diálogo! Construindo a ponte-civil constitucional à proibição do discurso do ódio. In: ISHIKAWA, Lauro; MEDINA, Javier Garcia; REPREZA, Marcos Sacristán; MATSUSHITA, Thiago Lopes. *Direitos humanos: diálogos ibero-americanos*. Editora D’Plácido, 2018.

NONATO, Orozimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NOGUEIRA, Jenny Magnami de O. *A instituição da família em a cidade antiga*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.), *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003., p. 95-112.

OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Benice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 1-9.

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de; CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. *Registro Civil de Pessoas Naturais I*. Coleção Cartórios, coord. In: CASSETARI, Christiano. Coleção Cartórios. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Reprodução Assistida e uma releitura das presunções jurídicas da filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, p. 193-201.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Benice(coord.) *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. Certezas que envolvem o procedimento de adoção consentida. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (coord.). *A família entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAN, 2012.

_____. *Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar*. In: Anais do IV Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte, Del Rey, IBDFAN, 2004.

_____. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA: Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Anais do II congresso brasileiro do direito de família. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p. 215-235.

_____. *O princípio do melhor interesse da criança*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n.6, p-31-49, jul.-set. 2000.

_____. *Direito da criança e adolescente, uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IWAKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*: São Paulo, 1983

RASKIN, Salmo. A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade: dos redemoinhos ao cabelo do DNA. In: PEREIRA: Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Anais do II congresso brasileiro do direito de família. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p. 183-191.

RAWLS, Jhon. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta Lenita M. R. Esteves, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Saraiva, 1977.

REYNALDO FILHO, Antonio. A publicidade registral como meio de concreção da boa-fé objetiva. In: BRANDELLI, Leonardo(coord.). *Registro Civil e Registro de Imóveis*. São Paulo: Método, 2007, p. 13-25.

RICHER, Luiz Egon. *Da qualificação notarial e registral e seus dilemas*. In: DIP, Ricardo (coord.) *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2014, p. 185-223.

RIZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

ROCHA, Dionízio. *A tutela jurídica do embrião. Verdades ou Acordos?* In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol.36 de 2008.

ROCHA, Renata. *Do direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROSSI, Luiz Fernando Salles. O abuso de direito nas relações de família. In: *Grandes temas de Direito de Família e Sucessões*. SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO. Theodureto de Almeida (orgs.), vol. 2, Saraiva, 2014, p. 87-110.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. A alteração da vontade na utilização de técnicas de reprodução humana assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 183-202

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IWAKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Registro civil de pessoas naturais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Direito e afetividade: estudos sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas*. Dissertação de mestrado. Professora orientadora: Giselda Maria Fernandes de Novaes Hironaka, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

SANTOS JR., Danilo Rinaldi dos; LUCA, Guilherme Domingos de. O abandono afetivo e a segurança jurídica. In: TOLEDO, Iara Rodrigues de; DIAS, Paulo Cezar; SIMÕES, Melriam Ferreira da Silva. (org.) *Ensaio acerca do direito das famílias*. Birigui: SP, Ed. Boreal, 2016, p..201-210.

SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos. Data da publicação: 22/09/2017. Endereço eletrônico: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>. Acesso em 26/10/2017

SILVA, José Marcelo Tossi. Uma visão atual da prestação do Serviço Público de Notas e Registros. In: AHUALI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos (org.). *Direito notarial e registral: homenagem as Váras de Registros Públicos da Comarca de São Paulo*: São Paulo: Quarter Latin, 2016, p. 37-67.

SILVA, Paulo Lins e. O Estatuto das Famílias no Direito Comparado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Famílias: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAN, 2012, p. 258-282.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Neutralidade sexual: a ideologia de gênero*. Publicado em 2018. Disponível em <http://reginabeatriz.com.br/neutralidade-sexual-ideologia-de-genero/>, Último acesso em 20/10/2019.

SIMÃO, José Fernando. *Reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva* (parte 2). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-14/processo-familiar-reconhecimento-extrajudicial-parentalidade-socioafetiva-parte>. Último acesso em 10/10/2019.

SUEL, Marc. Les premières codifications à droit constant. *Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*. Paris, n.26, p. 29-32, 1997.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

_____. *O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva*. Consulta ao site:<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1353/O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justi%C3%A7a+e+o+novo+tratamento+do+reconhecimento+extrajudicial+da+parentalidade+socioafetiva>. Último acesso em 10/10/2019.

_____. *Do apadrinhamento: Breve análise da lei portuguesa e do projeto de lei brasileiro*. Publicado em quarta-feira, 27 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI242915,91041Do+apadrinhamento+Breve+analise+da+lei+portuguesa+e+do+projeto+de+lei>. Último acesso em 18/10/2019.

TAUBIRA, Christine (introduction). *Codes noirs – de l’esclavage aux au aubolitions*. Paris: Dalloz, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 415-435.

TRENTIN, Raynan Henrique Silva; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Relações de gênero, diversidade sexual nas escolas e reconhecimento de direitos às pessoas trans. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Transgêneros*. Brasília: Zaccarewics Editora, 2019, p. 145-175.

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Anais do II congresso brasileiro do direito de família. Belo Horizonte: IBDFAN – Porto Alegre, 2002, p. 191-201.

_____. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 113-151.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Novos direitos da personalidade: direito à identidade sexual. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019, p. 87-101.

_____. Da relatividade do DNA para reconhecimento de filiação. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Evolução histórica da família brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

_____. *A família e a filiação*. Faculdade de Direito Universidade São Paulo. 1996.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; Raphael Pietro dos Santos. Direito e Psicologia: reconhecimento e legitimação da autodeterminação da pessoa trans. In, VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Transgêneros*. Brasília: Zaccarewics Editora, 2019, p. 342-362.

VINCENZO, Scalizi. Traduzido por BELGO, Francisco de Assis. *Hermenêutica dos direitos fundamentais e princípio personalista da Itália e na União Europeia*. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de Direito Privado*, vol.13, n.49, 2013.

VILLELA, João Batista. *Desbiologização da paternidade*. Conferência pronunciada a 9 de maio de 1979 na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em Curso de Extensão. Texto disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>, consulta ao site 31/01/2019.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva*, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – RBDFamSuc*, n.8, Porto Alegre: Magister/IDFAM, fev./mar., 2009, p. 118-12.

ANEXO I

PROVIMENTO Nº 009/2013 PERNAMBUCO

Dispõe sobre o reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado de Pernambuco.

O DESEMBARGADOR JONES FIGUEIRÊDO ALVES, CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO, EM EXERCÍCIO, no uso de suas atribuições legais;

CONSIDERANDO o disposto no art. 226 da Constituição Federal segundo o qual a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado;

CONSIDERANDO que a Carta Magna ampliou o conceito de família, contemplando o princípio de igualdade da filiação, através da inserção de novos valores, calcando-se no princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana;

CONSIDERANDO que o instituto da paternidade socioafetiva, introduzido na doutrina brasileira pelo jurista Luiz Edson Fachin (1992), tem a sua existência ou coexistência reconhecidas no âmbito da realidade familiar; CONSIDERANDO que, segundo assente na doutrina e na jurisprudência pátrias, não há, a priori, hierarquia entre a paternidade biológica e a socioafetiva, tendo esta como fundamento a afetividade, a convivência familiar e a vontade livre de ser pai;

CONSIDERANDO que é permitido o reconhecimento voluntário de paternidade perante o Oficial de Registro Civil, devendo tal possibilidade ser estendida às hipóteses de reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva, já que ambos estabelecem relação de filiação, cujas espécies devem ser tratadas com igualdade jurídica;

CONSIDERANDO que as normas consubstanciadas nos Provimentos nº 12, 16, e 26 do Conselho Nacional de Justiça, as quais visam a facilitar o reconhecimento voluntário de paternidade biológica devem ser aplicáveis, no que forem compatíveis, ao reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva, tendo em vista a igualdade jurídica entre as espécies de filiação; CONSIDERANDO o disposto no art. 10, inciso II do Código Civil em vigor, segundo o qual “os atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação devem ser averbados em registro público”;

CONSIDERANDO o disposto no Enunciado Programático nº 06/2013, do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, segundo o qual “do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”;

CONSIDERANDO, por fim, a existência de um grande número de crianças e adultos sem paternidade registral estabelecida, embora tenham relação de paternidade socioafetiva já consolidada; RESOLVE:

Artigo 1º - Autorizar o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais no âmbito do estado de Pernambuco. Artigo 2º - O interessado poderá reconhecer a paternidade socioafetiva de filho, perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, mediante a apresentação de documento de identificação com foto, certidão de nascimento do filho, em original ou cópia.

§1º - O oficial deverá proceder à minuciosa verificação da identidade da pessoa interessada que perante ele comparecer, mediante coleta, no termo próprio, conforme modelo anexo a este Provimento, de sua qualificação e assinatura, além de rigorosa conferência de seus documentos pessoais.

§2º - Em qualquer caso, o Oficial, após conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento oficial de identificação do requerente, juntamente com cópia do termo por este assinado.

§3º - Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados da genitora e do filho, devendo o Oficial colher a assinatura da genitora do filho a ser reconhecido, caso o mesmo seja menor.

§4º - Caso o filho a ser reconhecido seja maior, o reconhecimento dependerá da anuência escrita do mesmo, perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

§5º - A coleta da anuência tanto da genitora como do filho maior apenas poderá ser feita pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

§6º - Na falta da mãe do menor, ou impossibilidade de manifestação válida desta ou do filho maior, o caso será apresentado ao Juiz competente.

§7º - O reconhecimento de filho por pessoa relativamente incapaz dependerá de assistência de seus pais, tutor ou curador.

Artigo 3º - O reconhecimento da paternidade socioafetiva apenas poderá ser requerido perante o Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais no qual o filho se encontre registrado.

Artigo 4º - Sempre que qualquer Oficial de Registro de Pessoas Naturais, ao atuar nos termos deste Provimento, suspeitar de fraude, falsidade ou má-fé, não praticará o ato pretendido e submeterá o caso ao magistrado, comunicando, por escrito, os motivos da suspeita.

Artigo 5º - Efetuado o reconhecimento de filho socioafetivo, o Oficial da serventia em que se encontra lavrado o assento de nascimento, procederá à averbação da paternidade, independentemente de manifestação do Ministério Público ou de decisão judicial.

Artigo 6º - A sistemática estabelecida no presente Provimento não poderá ser utilizada se já pleiteado em juízo o reconhecimento da paternidade, razão pela qual constará, ao

final do termo referido, declaração da pessoa interessada, sob as penas da lei, de que isto não ocorreu.

Artigo 7º - O reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva não obstaculiza a discussão judicial sobre a verdade biológica. Artigo 8º - Deverão ser observadas às normas legais referentes à gratuidade de atos. Artigo 9º - Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação. Publique-se. Cumpra-se.

Recife, 02 de dezembro de 2013. DES. JONES FIGUEIRÊDO ALVES Corregedor Geral da Justiça em exercício

ANEXO II: PROVIMENTO CG Nº 36/2014

(Processo 2014/10058)

Estabelece a prioridade da ação de adoção e destituição do poder familiar, regulamenta o apadrinhamento afetivo, apadrinhamento financeiro, reconhecimento da paternidade

socioafetiva, cursos de pretendentes à adoção e a participação dos grupos de apoio à adoção, a fim de evitar tráfico de crianças para fins de adoção.

O DESEMBARGADOR HAMILTON ELLIOT AKEL, CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer a devida prioridade nas ações de adoção e destituição do poder familiar a fim de evitar que crianças e adolescentes, cuja reintegração familiar ou colocação na família extensa se demonstre absolutamente inviável, permaneçam institucionalizadas;

CONSIDERANDO a necessidade de padronizar os programas de apadrinhamento afetivo e financeiro, evitando a burla ao cadastro de pretendentes à adoção e consequente tráfico de crianças para fins de adoção, assim como, no âmbito da Infância e Juventude, o reconhecimento da filiação socioafetiva;

CONSIDERANDO a importância dos cursos de preparação para os pretendentes à adoção, assim como os grupos de apoio à adoção;

CONSIDERANDO as sugestões da Coordenadoria da Infância e da Juventude;

CONSIDERANDO o exposto, sugerido e decidido nos autos do processo n.º 2014/0002014/00010058;

RESOLVE:

Artigo 1º - Os processos de adoção e de destituição do poder familiar deverão tramitar com a devida prioridade absoluta por meio de identificação adequada, conforme o previsto no art. 2º, parágrafo segundo, do Provimento 36 da Corregedoria Nacional de Justiça.

§1º Terão prioridade de tramitação, entre as medidas protetivas previstas no “caput” deste artigo, os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica, conforme o previsto no art. 47, § 9º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

§2º. Não deverá ser determinado, quando o adotando estiver em instituição de acolhimento, por constituir ônus em detrimento à situação dos acolhidos, que os pretendentes à adoção constituam advogado particular para postular a destituição do poder familiar.

§3º. O processo de adoção deverá ser autônomo em relação às demais ações e medidas na forma prevista no art. 4º do Provimento 32 CNJ

§4º Estando a criança ou o adolescente acolhido há mais de 6 (seis) meses, deverá ser observado o previsto no art. 5º e parágrafo único do Provimento 32.

Artigo 2º - Apadrinhamento afetivo é um programa para crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente, com poucas possibilidades de serem adotados, que tem por objetivo criar e estimular a manutenção de vínculos afetivos, ampliando, assim, as oportunidades de convivência familiar e comunitária.

§ 1º: O apadrinhamento afetivo pressupõe contato direto entre o “padrinho” e o “apadrinhado”, inclusive com autorização para atividades fora do serviço de acolhimento.

§ 2º: Tratando-se de crianças e adolescentes com pouca ou nenhuma perspectiva de adoção, eventual interesse adotivo por parte do “padrinho” não deverá ser considerado burla ao cadastro de pretendentes à adoção, que consultado anteriormente resultou em resposta negativa.

Artigo 3º - Apadrinhamento financeiro consiste em contribuição econômica para atender as necessidades de uma criança ou adolescente acolhidos institucionalmente, sem criar necessariamente com ela vínculos afetivos.

Parágrafo único: O apadrinhamento financeiro não pressupõe contato direto entre “padrinho” e “apadrinhado”, podendo, a critério do “padrinho” ser convertido em apadrinhamento afetivo, com ou sem prejuízo do apadrinhamento financeiro.

Artigo 4º - O pedido de reconhecimento de paternidade socioafetiva, no âmbito da Infância e da Juventude, deverá observar:

I – em relação a adolescentes e crianças maiores de dois anos de idade, o rito previsto na Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992;

II – em relação a crianças menores de dois anos de idade, o procedimento previsto para adoção normatizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, observando se o referido pedido não constitui fraude ao cadastro de pretendentes à adoção e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Artigo 5º - Serão os cursos para pretendentes à adoção realizados pelo Juízo da Infância e da Juventude e por suas Seções Técnicas de Serviço Social e Psicologia, com a possibilidade de parceria com a rede de atendimento responsável pela implementação do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, grupos de apoio à adoção, profissionais especializados e universidades, sendo vedado delegar esta atribuição a outros órgãos ou serviços.

§ 1º. Serão realizados encontros de caráter de orientação e primeira sensibilização, com juntada de certificado de participação no procedimento de habilitação ao cadastro de

pretendentes à adoção, antes da sentença prevista no art. 197-C do Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 2º Poderão ser organizados cursos facultativos para aprofundamento de temas específicos sobre a adoção com apoio ou parceria dos serviços e instituições mencionadas no parágrafo primeiro desse artigo, observando que essa preparação facultativa será voltada, em especial, para os casos de mais difícil colocação em família substituta e como forma de incentivo e apoio aos pretendentes já devidamente habilitados.

Artigo 6º - Todos os magistrados deverão colaborar para realização dos cursos de postulantes ao cadastro de pretendentes à adoção, sendo deveres do magistrado que os conduzir:

I. Zelar para que os encontros preparatórios na etapa obrigatória prevista no art. 197-C do Estatuto da Criança e do Adolescente tenham uma carga horária mínima de 4 (quatro) e máxima de 8 (oito) horas, com o mínimo de 1 (um) e máximo de 3 (três) encontros e formados no mínimo de 6 (seis) pessoas e no máximo de 40 (quarenta) pessoas.

II. Garantir uma periodicidade dos cursos não superior a 06 (seis) meses. Caso não se formem grupos nesse período, o juízo da Infância e da Juventude poderá proporcioná-lo em conjunto com outras Varas da Infância e da Juventude, de preferência na mesma Circunscrição, criando fluxo de comunicação a fim de possibilitar, se necessário, rodízio na organização, material de apoio, e demais preparativos para os cursos.

III. Requisitar à administração do Fórum e dos demais profissionais que atuam no juízo da Infância e da Juventude a devida colaboração para a realização do curso.

IV. Abordar, nessa etapa do curso previsto no art. 197-C, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, os aspectos jurídicos, psicológicos e sociais, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

Artigo 7º - As visitas às instituições de acolhimento previstas no art. 197-C, § 2º, do ECA somente poderão ser realizadas quando o Juízo da Infância e da Juventude, consultando previamente o Setor Técnico de Psicologia e Serviço Social, deferir o pedido de visitas e deverão obedecer aos seguintes critérios:

I. O serviço de acolhimento institucional escolhido para a visita deverá estar em conformidade com as normas técnicas de serviço social e, no momento da visita, contar com acolhidos de diferentes faixas etárias, de preferência maiores do que 2 (dois) anos de idade;

II. As visitas devem ser breves e acompanhadas por um profissional do serviço de acolhimento devidamente orientado pela equipe técnica do Juízo da Infância e da

Juventude, de modo que a visita não interfira indevidamente nos trabalhos do serviço de acolhimento;

III. As visitas somente poderão ser feitas após os postulantes à habilitação para adoção frequentarem os cursos previstos no artigo 5º e seu parágrafo primeiro deste provimento, garantindo-se que tenham recebido todos os esclarecimentos iniciais do ponto de vista jurídico, psicológico e social antes dessas visitas;

IV. As visitas deverão ser precedidas necessariamente de alerta aos postulantes à habilitação para adoção que o objetivo dessas visitas é tão somente possibilitar visibilidade para o cotidiano e realidade de uma instituição de acolhimento, sem qualquer perspectiva de criação de vínculos, ou escolha de crianças para uma futura adoção;

V. A organização dessas visitas deve ser realizada de forma a não expor a situação familiar e história das crianças e adolescentes;

VI. A organização, realização e efeitos desses contatos devem ser sistematicamente acompanhados pela equipe técnica da Vara da Infância e da Juventude em conjunto com profissionais do serviço de acolhimento escolhido, mantendo-se fluxo de comunicação e contato entre essas equipes;

VII. As visitas não podem ser realizadas por um único pretendente ou casal, devendo acontecer sempre em pequenos grupos, conforme a disponibilidade de horários e espaço do serviço de acolhimento;

Artigo 8º - Os grupos de apoio à adoção são pessoas jurídicas sem fins lucrativos que visam a garantia do direito à convivência familiar e, quando não for possível o retorno à família biológica ou a colocação em família extensa, fomentar a adoção, apoiando as famílias adotivas e orientando os pretendentes à adoção.

Parágrafo único: Os grupos de apoio à adoção deverão firmar parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo, por si ou por associações representativas dos grupos de apoio à adoção, para poderem atuar em atividades promovidas pelas Varas da Infância e da Juventude.

Artigo 9º - Este provimento entra em vigor na data de sua publicação, mantendo-se as todas as demais disposições atuais.

São Paulo, 11 de dezembro de 2014. (a) HAMILTON ELLIOT AKEL Corregedor Geral
d

ANEXO III

PROVIMENTO N. 63, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017.

Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando de suas atribuições, legais e regimentais e

CONSIDERANDO o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos (art. 103-B, § 4º, I, II e III, da Constituição Federal de 1988);

CONSIDERANDO a competência do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços notariais e de registro (arts. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de regulamentar a padronização das certidões de nascimento, casamento, óbito e certidão de inteiro teor (art. 19, caput, da Lei de Registros Públicos);

CONSIDERANDO a existência de convênio firmado entre a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN-Brasil) e a Receita Federal do Brasil (RFB) que viabiliza a integração da Central Nacional de Informações do Registro Civil (CRC) com o banco de dados da RFB;

CONSIDERANDO a gratuidade da incorporação do número do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) aos documentos de identidade civil da União, dos Estados e do Distrito Federal e, mediante essa integração de dados, a possibilidade de verificação do cumprimento dos requisitos de elegibilidade para concessão e manutenção dos benefícios sociais pelo órgão concedente (art. 9º da Lei n. 13.444, de 11 de maio de 2017);

CONSIDERANDO a possibilidade de a naturalidade do cidadão corresponder à do município em que ocorreu o nascimento ou à do município de residência da mãe do registrando, desde que localizado em território nacional, cabendo a opção ao declarante no ato de registro de nascimento (art. 1º da Lei n. 13.484, de 26 de setembro de 2017);

CONSIDERANDO a possibilidade, no caso de adoção iniciada antes do registro de nascimento, de o declarante optar pela naturalidade do município de residência do adotante na data do registro;

CONSIDERANDO a necessidade de constar no assento de casamento a naturalidade dos cônjuges (art. 1º da Lei n. 13.484/2017);

CONSIDERANDO a importância da integração de dados para aumentar a confiabilidade da documentação e diminuir as possibilidades de fraudes no país, além

de contemplar as fontes primárias de todo e qualquer cidadão concernentes ao nascimento, casamento e óbito, que compõem a base de dados da CRC;

CONSIDERANDO o eventual interesse de pessoa física de solicitar, quando da expedição de nascimento atualizada, a averbação de outros documentos, de forma a facilitar seu acesso a programas sociais e reunir informações em documento único;

CONSIDERANDO o sistema de registro eletrônico, que facilita a interoperabilidade de dados (arts. 37 e seguintes da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009);

CONSIDERANDO o direito do adotado de acesso irrestrito a todos os procedimentos e incidentes da adoção (art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente);

CONSIDERANDO a existência de regulamentação pelas corregedorias-gerais de justiça dos Estados do reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais;

CONSIDERANDO a conveniência de edição de normas básicas e uniformes para a realização do registro ou averbação, visando conferir segurança jurídica à paternidade ou à maternidade socioafetiva estabelecida, inclusive no que diz respeito a aspectos sucessórios e patrimoniais;

CONSIDERANDO a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil;

CONSIDERANDO a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação (arts. 1.539 e 1.596 do Código Civil);

CONSIDERANDO a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva;

CONSIDERANDO a necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (art. 10, II, do Código Civil);

CONSIDERANDO o fato de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC);

CONSIDERANDO o previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e no art. 1.609 do Código Civil;

CONSIDERANDO as disposições do Provimento CN-CNJ n. 13, de 3 de setembro de 2010, bem como da Resolução CNJ n. 175, de 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, com eficácia erga omnes e efeito vinculante para toda a administração pública e demais órgãos do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF);

CONSIDERANDO a garantia do direito ao casamento civil às pessoas do mesmo sexo (Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 1.183.378/RS);

CONSIDERANDO as normas éticas para uso de técnicas de reprodução assistida, tornando-as dispositivo deontológico a ser seguido por todos os médicos brasileiros (Resolução CFM n. 2.121, DOU de 24 de setembro de 2015);

CONSIDERANDO a necessidade de uniformização, em todo o território nacional, do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais homoafetivos e heteroafetivos;

CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços notariais e de registro (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça);

CONSIDERANDO as sugestões encaminhadas à Corregedoria Nacional de Justiça, bem como as decisões proferidas nos autos dos Pedidos de Providência n. 0006194-84.2016.2.00.0000, 0002653-77.2015.2.00.0000, 00003764-28.2017.2.00.0000 e 0005066-92.2017.2.00.0000, em trâmite no Conselho Nacional de Justiça,

RESOLVE:

Seção I

Das regras gerais

Art. 1º Os modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais em todo o país, ficam instituídos na forma dos Anexos I, II e III deste provimento.

Art. 2º As certidões de casamento, nascimento e óbito, sem exceção, passarão a consignar a matrícula que identifica o código nacional da serventia, o código do acervo, o tipo do serviço prestado, o tipo de livro, o número do livro, o número da folha, o número do termo e o dígito verificador, observados os códigos previstos no Anexo IV.

§ 1º A certidão de inteiro teor requerida pelo adotado deverá dispor sobre todo o conteúdo registral, mas dela não deverá constar a origem biológica, salvo por determinação judicial (art. 19, § 3º, c/c o art. 95, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos).

§ 2º A certidão de inteiro teor, de natimorto e as relativas aos atos registrados ou transcritos no Livro E deverão ser emitidas de acordo com o modelo do Anexo V.

Art. 3º O oficial de registro civil das pessoas naturais incluirá no assento de nascimento, em campo próprio, a naturalidade do recém-nascido ou a do adotado na hipótese de adoção iniciada antes do registro de nascimento.

§ 1º O registrando poderá ser cidadão do município em que ocorreu o nascimento ou do município de residência da mãe na data do nascimento, desde que localizado em território nacional, cabendo ao declarante optar no ato de registro de nascimento.

§ 2º Os modelos de certidão de nascimento continuarão a consignar, em campo próprio, o local de nascimento do registrando, que corresponderá ao local do parto.

Art. 4º As certidões de nascimento deverão conter, no campo filiação, as informações referentes à naturalidade, domicílio ou residência atual dos pais do registrando.

Art. 5º O número da declaração do nascido vivo, quando houver, será obrigatoriamente lançado em campo próprio da certidão de nascimento.

Art. 6º O CPF será obrigatoriamente incluído nas certidões de nascimento, casamento e óbito.

§ 1º Se o sistema para a emissão do CPF estiver indisponível, o registro não será obstado, devendo o oficial averbar, sem ônus, o número do CPF quando do reestabelecimento do sistema.

§ 2º Nos assentos de nascimento, casamento e óbito lavrados em data anterior à vigência deste provimento, poderá ser averbado o número de CPF, de forma gratuita, bem como anotados o número do DNI ou RG, título de eleitor e outros dados cadastrais públicos relativos à pessoa natural, mediante conferência.

§ 3º A partir da vigência deste provimento, a emissão de segunda via de certidão de nascimento, casamento e óbito dependerá, quando possível, da prévia averbação cadastral do número de CPF no respectivo assento, de forma gratuita.

§ 4º A inclusão de dados cadastrais nos assentos e certidões por meio de averbação ou anotação não dispensará a parte interessada de apresentar o documento original quando exigido pelo órgão solicitante ou quando necessário à identificação do portador.

§ 5º As certidões não necessitarão de quadros predefinidos, sendo suficiente que os dados sejam preenchidos conforme a disposição prevista nos Anexos I, II, III e IV, e os

sistemas para emissão das certidões de que tratam referidos anexos deverão possuir quadros capazes de adaptar-se ao texto a ser inserido.

Art. 7º Será incluída no assento de casamento a naturalidade dos cônjuges (art. 70 da Lei de Registros Públicos).

Art. 8º O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.

Art. 9º Os novos modelos deverão ser implementados até o dia 1º de janeiro de 2018 e não devem conter quadros preestabelecidos para o preenchimento dos nomes dos genitores e progenitores, bem como para anotações de cadastro que não estejam averbadas ou anotadas nos respectivos registros.

Parágrafo único. As certidões expedidas em modelo diverso até a data de implementação mencionada no caput deste artigo não precisarão ser substituídas e permanecerão válidas por prazo indeterminado.

Seção II

Da Paternidade Socioafetiva

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 1º O registrador deverá proceder à minuciosa verificação da identidade do requerente, mediante coleta, em termo próprio, por escrito particular, conforme modelo constante do Anexo VI, de sua qualificação e assinatura, além de proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais.

§ 2º O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado.

3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

§ 6º Na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será apresentado ao juiz competente nos termos da legislação local.

§ 7º Serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil).

§ 8º O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

Art. 12. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.

Art. 13. A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento.

Parágrafo único. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.

Art. 15. O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.

Seção III

Da Reprodução Assistida

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.

§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

§ 4º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

Art. 18. Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento.

§ 1º A recusa prevista no caput deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis.

§ 2º Todos os documentos referidos no art. 17 deste provimento deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

Art. 19. Os registradores, para os fins do presente provimento, deverão observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

Seção IV

Das Disposições Finais

Art. 20. Revogam-se os Provimentos CN-CNJ n. 2 e 3, de 27 de abril de 2009, e 52, de 14 de março de 2016.

Art. 21. Este provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

ANEXO IV

Pedido de Providências 0001711-40.2018.2.00.0000

Autos: **PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0001711-40.2018.2.00.0000**
Requerente: **COLÉGIO DE COORDENADORES DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL**
Requerido: **CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA (Relator):

Cuida-se de pedido de providências formulado pelo COLÉGIO DE COORDENADORES DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL em desfavor da CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA.

O requerente comunica preocupação da magistratura infanto-juvenil com os efeitos do Provimento CN-CNJ n. 63/2017, em especial com o afastamento da atuação jurisdicional na constituição da parentalidade socioafetiva, bem como eventual facilidade da efetivação de entregas irregulares para adoção.

Requer a revogação ou alteração do Provimento CN-CNJ n. 63/2017, a fim de afastar a autorização de reconhecimentos voluntários e a averbação da paternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil.

Alega-se, no referido expediente, que o Provimento n. 63/2017 do CNJ ultrapassou a competência legislativa do CNJ, uma vez que os arts. 10 a 15 retiram da alçada do Poder Judiciário a análise da possibilidade dos registros de paternidade e maternidade socioafetiva.

Reconhecida a socioafetividade como fonte de origem de filiação e a igualdade de direitos entre os filhos, a questão que remanesce diz respeito à forma do reconhecimento da filiação socioafetiva.

Ao receber o expediente, o Corregedor Nacional anterior, entendendo que o referido provimento não inovou no ordenamento jurídico, apenas formalizou situação cotidiana que, além de tumultuar o Poder Judiciário, contrariava as diretrizes da dignidade da pessoa humana na facilitação do reconhecimento socioafetivo de paternidade e maternidade, determinou que se oficiasse às Corregedorias-Gerais de

Justiça dos Estados e do Distrito Federal, ao IBDFAM, à ARPEN-BR e à ANOREG-BR, para que, no prazo de 15 dias, manifestem-se sobre o alegado na inicial.

Na sequência, em razão da natureza da solicitação, entendeu-se como imperativa a oitiva de todas as Corregedorias-Gerais de Justiça e dos representantes nacionais dos notários e registradores, determinando-se a intimação daquelas que ainda não tinha respondido (Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro, Amazonas, Amapá, Tocantins e Mato Grosso).

Para melhor visualização, anexo quadro comparativo entre as manifestações exaradas pelas Corregedorias estaduais e instituições de registradores acerca da necessidade de regulamentação da matéria, por ocasião da criação do Provimento n. 63/2017, nos autos do Pedido de Providências n. 0002653-77.2015.2.0000; e a necessidade de revisão, revogação ou manutenção do referido provimento, objeto do presente Pedido de Providências – n. 0001711.40.2018.2.00.0000:

Posteriormente, tendo em vista que o Conselho Nacional de Justiça criou o Fórum Nacional da Infância e da Juventude – FONAMINJ, cujo Presidente é o Conselheiro Luciano Frota, determinou-se a suspensão dos presentes autos pelo prazo de 60 (sessenta) dias, a fim de que o referido órgão emita parecer sobre a questão ventilada nos presentes autos.

O referido Fórum Nacional da Infância e da Juventude – FONINJ deliberou pela realização de um evento com representantes de diversos segmentos sociais para que fossem colhidas manifestações e, ao final, o FONINJ, na condição de órgão de assessoria do Conselho Nacional de Justiça, se manifestasse sobre os termos que reputa adequados em relação ao referido provimento.

Nessa toada, foi promovido, em 22/5/2019, na sede do CNJ, diálogo expositivo com representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do Ministério Público, dos notários e registradores de pessoas naturais e, também, com membros do Fórum da Justiça Protetiva e das Varas da Infância e Adolescência sobre o destacado Provimento n. 63, no que diz respeito à parentalidade socioafetiva disciplinada na Seção II, artigos 10 a 15.

Foram, então, colhidas as manifestações dos seguintes representantes:
I) Dra. Silvana do Monte Moreira – Presidente da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/RJ; II) Dra. Noeli Salette Tavares Reback – Vice-Presidente do Fórum Nacional da Justiça Protetiva (FONAJUP); III) Dr. Ricardo Lucas Calderón

– 2º Vice-Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da IBDFAM Nacional; IV) Dr. Arion Toledo Cavaleiro Júnior – Presidente da ARPEN; V) Dr. Marcelo Salaroli – Diretor da ARPEN; VI) Dra. Raquel Santos Pereira Chrispino – Juíza Membro da Coordenadoria Judiciária de Articulação das Varas da Infância e Juventude e Idoso (CEVIJ/TJRJ); VII) Dr. Cristiano Chaves de Farias – Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

Finalizado o evento, os integrantes do FONINJ obtiveram argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva perante oficial de registro civil, na forma estabelecida no destacado Provimento, conforme informado pelo seu Presidente Conselheiro, Luciano Frota, em expediente anexado aos autos (Id. 3682324).

Informaram inicialmente o espantoso número de registros efetuados: 44.800, dos quais 5,8% de crianças até um ano; 12,2% de crianças até 5 anos; 33,1% de crianças até 12 anos, somando, portanto, 51,1% de crianças registradas. Seguem-se 35,3% de adolescentes e meros 13,6% de adultos.

Na sequência, apresentaram os argumentos colhidos, dos quais, favoravelmente ao referido provimento, foi dito que: i) a adoção e o reconhecimento da parentalidade socioafetiva são institutos diversos, tanto assim que, no próprio âmbito do Poder Judiciário, as competências para julgamento são, respectivamente, da Vara da Infância e Juventude e da Vara de Família; ii) cerca de 35 milhões de brasileiros moram em localidades sem acesso próximo ao Poder Judiciário, enquanto os Cartórios extrajudiciais possuem capilaridade muito maior, estando presentes nesses locais; iii) devem ser privilegiados os direitos fundamentais à filiação e à convivência familiar e comunitária, impondo-se a desburocratização para seu pleno exercício; iv) há um movimento mundial pela desjudicialização, buscando-se alternativas para que várias questões sejam resolvidas sem a necessidade da intervenção judicial, seja pela maior rapidez de atendimento à demanda, seja pelo número excessivo de processos tramitando nos Tribunais.

A contrario sensu, os motivos apresentados contra o referido provimento pelos *experts* ouvidos foram os seguintes: i) na verdade, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva nada mais é que adoção, haja vista que a alteração do “*nomen juris*”, por si só, não altera a natureza jurídica do instituto; ii) tratando-se de adoção, existe óbice intransponível para que a matéria seja tratada por Provimento do CNJ em desconformidade com o mandamento legal, que exige sentença judicial (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 47, *caput*, e art. 50, §13); iii) o procedimento previsto no Provimento n. 63, que é realizado sem nenhum estudo social ou psicológico e sem o mínimo conhecimento da família, apresenta vários riscos, entre eles: a) burla à ordem do Cadastro Nacional de Adoção; b) possibilidade

de fraude previdenciária; c) impacto no reconhecimento da nacionalidade; d) possibilidade de fraude em execução penal; e) riscos quanto a tráfico de pessoas, sobretudo exploração sexual; f) possibilidade de fraude quanto a direitos sucessórios; h) risco de o afeto não consolidado gerar eventual interesse de se desconstituir a situação posta no registro.

Na sequência, reuniram-se os membros do FONINJ e, por maioria, deliberaram opinar pela revogação do Provimento 63/2017, em relação à paternidade socioafetiva de crianças e adolescentes até os 18 anos, campo de sua competência para assessoria deste Conselho Nacional de Justiça.

Registraram ainda que, se entendimento outro prevalecer, a preocupação do FONINJ com a falta de cuidados do registro socioafetivo, por entenderem que lhes parece absolutamente temerário o caráter expedito dos registros, a falta de diretrizes e de critérios, a falta de mecanismos de supervisão, seja do Ministério Público, seja da Justiça, e a falta de preparo dos cartorários para a escuta de crianças e adolescentes.

Afirma, ainda, que, se a escuta de crianças e adolescentes pela Justiça é um assunto que demandou edição de lei específica para aprimoramento de seu cuidado – Lei n. 13.431/17 –, reclamando intervenção de profissionais especializados e observância de protocolos, ainda mais será a permissão para o registro de paternidade perante cartório.

Nessa linha, entende o FONINJ que delegar tal tarefa a cartorários que não têm nenhuma afinidade ou experiência no trato profissional com crianças e adolescentes, parece, com efeito, ilusório esperar que sejam capazes de aferir a sua efetiva vontade, num cenário de riscos de toda ordem. Prosseguem afirmando que esta ação configuraria uma desconsideração do dever constitucional de proteção integral, efetiva, dos seus direitos.

Assim, opinam no sentido de que a manter a paternidade socioafetiva, melhor seria que fosse permitido o registro somente para adoção de maiores de 18 anos de idade, já plenamente capazes para todos os atos da vida civil, e totalmente vedado para crianças e adolescentes.

Se assim não fosse, dever-se-ia tomar por base a idade de 16 anos, por se tratar de marco temporal legal para o início da capacidade relativa, devendo ser apresentado laudo psicológico atestando a relação de parentalidade socioafetiva afirmada, bem como ser exigida manifestação prévia do Ministério Público para realização do registro.

É, no essencial, o relatório.



Conselho Nacional de Justiça

Autos: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0001711-40.2018.2.00.0000

Requerente: COLÉGIO DE COORDENADORES DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL

Requerido: CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA (Relator):

Primeiramente, importa registrar que o Provimento n. 63, de 14.11.2017, editado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, modificou diversas questões relacionadas ao registro de pessoas humanas, dentre as quais a possibilidade de reconhecimento extrajudicial das filiações socioafetivas e do registro dos(as) filhos(as) havidos por métodos de reprodução assistida, que é o ponto controvertido em análise.

Dos elementos acima expostos, verifica-se que a matéria é altamente controvertida, não havendo consenso sequer entre os Tribunais, instituições ou peritos consultados sobre a matéria.

Dentre as muitas manifestações que vieram aos autos, destacam-se as seguintes anotações:

O TJMA que apenas possibilitou “ o reconhecimento da paternidade socioafetiva de pessoas maiores de dezoito anos que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida” (Id 2023214), o TJSE que reconhece a possibilidade do reconhecimento de filho por escrito particular, inclusive codicilo, entende pela

impossibilidade de reconhecimento da paternidade caso seja posterior ao falecimento do reconhecido e a “desnecessidade de concordância da genitora, bem como do reconhecido, se menor, caso seja o reconhecimento por escritura pública, com base no que se infere da Lei nº 8.560/90, como também do Código Civil”.

O TJSP por sua vez, opina que, em relação a crianças menores de dois anos de idade, o reconhecimento da paternidade socioafetiva deve seguir o procedimento previsto para a adoção normatizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Id 2058373).

O TJDF, que não possui regulamentação sobre a matéria, manifestou-se no sentido de não haver impedimento para a expedição de ato normativo do CNJ dispondo sobre o reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva diretamente nos Ofícios de Registro Civil.

A ANOREG/BR manifestou-se defendendo a regulamentação do reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva diretamente perante os oficiais de registro civil, assim como a uniformização e padronização das orientações já editadas pelos Tribunais dos Estados do Amazonas, Ceará, Maranhão, Pernambuco e Santa Catarina (Id 2080005 e 2080024). Atestam que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão (tema 622): “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Dentre os peritos ouvidos pelo FONINJ, verificou-se a existência de sólidos argumentos tanto a favor quanto contra o Provimento, sendo certo que, após debates internos, os representantes do Fórum entenderam por bem alinhar-se aos posicionamentos contrários, ao argumento de que resguardam o melhor interesse da criança e adolescente, na linha de comando constitucional que prevê a tutela integral e efetiva de seus direitos.

Vale dizer que é exatamente esse olhar sobre a prevalência do melhor interesse da criança que norteou a lógica da Corregedoria Geral sobre a necessidade dos ajustes para a melhoria neste provimento que se fará, com base nos argumentos a seguir. No entanto, reforço, o caminho encontrado não teve a amplitude que pretendeu o referido Fórum.

Isso porque, em seu parecer, por seu Presidente, afirmou que a falta de diretrizes e de critérios, a falta de mecanismos de supervisão, seja do Ministério Público ou da Justiça, e a falta de preparo dos cartorários para a escuta de crianças e adolescentes, colocaria em risco a tutela efetiva de seus direitos, uma vez que entende o FONINJ que relegar tal tarefa a cartorários que não têm qualquer afinidade ou experiência no trato profissional com crianças e adolescentes, implicaria em uma

ilusão de que sejam capazes de aferir a sua efetiva vontade, num cenário de riscos de toda ordem., visão esta que não é totalmente endossada por esta Corregedoria Geral.

Cumprido destacar que não se discute aqui sobre os efeitos da paternidade ou maternidade em relação aos filhos, pois todos têm iguais direitos como previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

O provimento em questão é mais um exemplo do movimento de extrajudicialização do Direito Civil, pelo qual diversas questões que anteriormente restavam restritas à apreciação do Poder Judiciário passam a poder ser solucionadas por vias extrajudiciais e é sob este enfoque que será analisado.

Além da redução do número de demandas judiciais relativas ao registro civil, as novas permissões trazidas por esse Provimento são dignas de favorecer um enorme contingente de pessoas em todo o território nacional, muitas das quais restavam sem formalização adequada da sua filiação justamente em face dos óbices que até então se apresentavam. As medidas implementadas visam facilitar o acesso a um direito que deve ser assegurado sem maiores obstáculos a todos: o registro do estado de filiação.

Merece destaque a extensa capilaridade que será alcançada com essas disposições, face a enorme abrangência territorial do registro civil, que é muito maior que a alcançada pela jurisdição. A atual realidade brasileira apresenta uma infinidade de combinações e de recombinações familiares, cujas especificidades muitas vezes acabam por resultar em um déficit registral, em especial quanto à filiação. Estes aspectos evidenciam a necessidade de um regramento como o constante no referido provimento para melhorar o tratamento jurídico relativo as formalidades registras da filiação.

Os procedimentos estabelecidos são representativos de um outro momento para as serventias de registro de pessoas que, inequivocamente, passam a assumir um maior protagonismo.

Entretanto, um aspecto preliminar que merece maior atenção é se o referido Conselho teria ou não competência para tal regulamentação. A resposta desta questão fica mais clara com uma breve digressão sobre as regras de criação e organização do órgão.

O Conselho Nacional de Justiça é uma instituição pública que visa, sobretudo, aperfeiçoar o trabalho do sistema jurídico brasileiro. Sua criação se deu através da edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Ao Conselho, cabe exercer

Poder Regulamentar por intermédio do controle da atuação administrativa, a fiscalização e a normatização da atuação do Poder Judiciário, atribuições previstas constitucionalmente no art. 103-B, § 4º, I e art. 236, § 1º da Carta Magna:

“Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;”

(...)

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;”

Ao CNJ compete também regular e fiscalizar a atividade dos serviços notariais e de registro, como expressamente consta no seu Regimento Interno:

“Art. 8º Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

(...)

X - expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça;”

A possibilidade de regular as atribuições relativas aos serviços notariais e de registro por meio da edição de provimentos também está prevista no Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça, art. 14, I:

“Art. 14. Os atos expedidos pelo Corregedor, de natureza normativa, no âmbito de sua competência, observarão a seguinte nomenclatura: I - provimento – ato de caráter normativo interno e externo com a finalidade de esclarecer e orientar a execução dos serviços judiciais e extrajudiciais em geral”.

Como visto, há um conjunto normativo harmônico que indica claramente a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça editar normativas para regular as atividades notariais e registrais. Para além das regras, já há uma prática consolidada neste sentido, tendo inúmeros regramentos organizado e regulamentando a atividade das serventias extrajudiciais desde a criação do órgão.

Na esteira disso, passou-se inclusive a utilizar-se destes expedientes para concretizar e respeitar a jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais Superiores, principalmente as deliberações proferidas em repercussão geral e com efeito vinculante. Ou seja, ante uma deliberação final e definitiva de alguns temas junto ao Poder Judiciário, em atenção ao movimento de extrajudicialização que estamos a vivenciar, o CNJ passou também a orientar as serventias extrajudiciais no sentido de que respeitassem essas deliberações finais das nossas Cortes Superiores. Com isso, a população teria um acesso facilitado a o que já lhes teria sido garantido pelo Poder Judiciário, em decisões gerais e vinculantes, evitando-se novas ações judiciais para alcançar o que já havia sido deliberado em caráter geral em outros feitos.

Foi o que se deu com a Resolução 75 do CNJ, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil e de conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo, que adveio após o julgamento da ADI 4277 e da APDF 132 pelo STF (que admitiu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar). A

Resolução 75 somente regulou nas serventias extrajudiciais aquilo que o STF e o STJ já haviam decidido, de forma definitiva, com repercussão geral e efeito vinculante.

Situação semelhante já ocorreu também com alguns temas relacionados à filiação (da qual também cuida o provimento 63), como se infere do Provimento 16/2012/CNJ, o qual fixou enunciados normativos para facilitar o reconhecimento de paternidade de filhos que não possuem o nome do pai na certidão de nascimento, dos filhos maiores de 18 anos que também não possuem o nome do genitor no registro de nascimento e dos pais (genitores) que desejam reconhecer sua paternidade.

Outro bom exemplo é o provimento 28/2013/CNJ, que normatiza procedimentos para a realização do registro tardio de nascimento em todo o Brasil, com amplas regras de orientação e regulação da atividade do registrador civil nestas situações de registro tardio. O detalhamento e grande abrangência das regras deste provimento 28 é um grande exemplo da abrangência regulamentar do Conselho, sendo que não foram questionadas e, desde então, vem sendo eficazmente aplicadas.

Em ambos os casos, antes dos provimentos demandava-se autorização judicial para a realização dos referidos procedimentos, o que, para os casos consensuais, acabava apenas por afastar da formalização grande parte da população brasileira – seja pelos custos, pelo desconhecimento ou pela burocracia envolvida em qualquer demanda judicial.

Em outras palavras, com tais regramentos do CNJ os casos consensuais e incontestes de temas que já foram garantidos pelo Poder Judiciário passaram a poder ser formalizados diretamente nas serventias extrajudiciais, o que é inequivocamente um grande avanço e está adequado ao nosso contexto jurídico-normativo.

No caso do Provimento n. 63 temos esse mesmo contexto: as regras nele dispostas visam consagrar perante as serventias extrajudiciais a jurisprudência já consolidada sobre o tema no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, algumas inclusive proferidas em repercussão geral e com efeito vinculante. Especificamente, garantiu-se a população brasileira o registro extrajudicial da filiação socioafetiva, que é tranquilamente acolhida pelos nossos tribunais superiores.

A facilitação prevista no provimento permite atender a uma demanda cuja resposta já está há muito já consolidada na jurisprudência brasileira, especialmente no sentido de reconhecer as transformações sofridas pelos conceitos de parentesco e filiação, concretizando efetivamente princípios que hoje regem o Direito das Famílias, como o da afetividade. Parte dessas deliberações visam detalhar e suprir um vácuo

regulamentar existente, aproveitando-se da maior capilaridade e facilidade de acesso da população aos Cartórios de Registro Civil para viabilizar o registro da já consagrada filiação socioafetiva.

Cabe ressaltar que a decisão proferida pelo STF no julgamento do REXT 898.060 deliberou sobre o tema da Repercussão Geral 622, fixando a tese acerca do reconhecimento da filiação socioafetiva em paridade com a filiação biológica. Esta deliberação possui efeito vinculante e deve ser respeitada, inclusive pelas serventias extrajudiciais. Nessa esteira, o CNJ, dentro de suas atribuições e da praxis já consolidada de seu poder regulamentar, conferiu efetiva aplicabilidade a este entendimento por intermédio da edição do Provimento n. 63.

Há quem alegue que o CNJ não teria competência para editar tal provimento, pois isso seria matéria legislativa. A alegação utilizada, nesse sentido, é a de que apenas a União teria a competência para editar normas de Direito Civil. Como já dito, contudo, o Provimento 63 é um efeito, sobretudo, do julgamento pelo STF do REX 898.060, entre outros julgados. Ou seja, a permissão material para o registro que está sendo permitido não adveio de criação do Conselho, mas sim das decisões judiciais do STF e do STJ sobre o tema. O CNJ apenas regulou o que o Poder Judiciário deliberou de modo final.

Como se percebe, as críticas não merecem guarida, tendo em vista que a competência regulamentar para temas do estilo já foi referendada pelos Tribunais Superiores, em mais de uma oportunidade. Para tornar isso mais evidente, confirmam-se os seguintes acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que confirmam o que se está a alegar:

“O art. 103-B da Constituição da República, introduzido pela EC 45/2004, dispõe que o CNJ é órgão com atribuições exclusivamente administrativas e correicionais, ainda que, estruturalmente, integre o Poder Judiciário. No exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a competência do CNJ para a expedição de atos regulamentares, de comando abstrato, que é do que se trata quando apreciamos o Provimento 63.

No mesmo sentido, tratando especificamente do tema da filiação e do Provimento n. 63, foi proferida recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que estas como estas disposições consagram na atividade registral a jurisprudência já consolidada de nossos tribunais superiores.

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. DUPLA PATERNIDADE OU ADOÇÃO UNILATERAL. DESLIGAMENTO DOS VÍNCULOS COM DOADOR DO MATERIAL FECUNDANTE. CONCEITO LEGAL DE PARENTESCO E FILIAÇÃO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE ADMITINDO A MULTIPARENTALIDADE. EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DECLARADO PELO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF ATENDIDO PELO CNJ. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE REGISTRO SIMULTÂNEO DO PAI BIOLÓGICO E DO PAI SOCIOAFETIVO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico.

2. "A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante." (Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil).

3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar.

4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança.

5. *A reprodução assistida e a **paternidade socioafetiva** constituem nova base fática para incidência do preceito "ou outra origem" do art. 1.593 do Código Civil.*

6. *Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança.*

7. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da **paternidade socioafetiva**, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica.*

8. ***O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento n. 63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte, estabeleceu previsões normativas que tornariam desnecessário o presente litígio.***

9. *Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado.*

10. *RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO". (Grifo nosso)*

Note-se que, neste julgado, o Superior Tribunal de Justiça cita especificadamente o Provimento 63, reiterando sua adequação e pertinência à legislação e às decisões do STF e do próprio STJ, o que demonstra a aceitação destes tribunais ao regramento que se está a apreciar.

Como visto, essas decisões dos tribunais superiores demonstram, sem sombra de dúvidas, que o Provimento 63 está plenamente adequado à competência do Conselho Nacional de Justiça. Entender sem sentido contrário disso significa colocar em xeque diversos outros provimentos e resoluções do CNJ, o que traria enorme insegurança jurídica e seria um indesejado retrocesso.

Antes, porém, de encerrar, cabe analisar mais detidamente as considerações do Parecer juntado aos autos pelo Fórum Nacional da Infância e da Juventude (FONINJ). O Parecer do FONINJ opina – alternativamente – pela revogação total ou pela modificação do Provimento nº 63/2017, da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça. Assim, antes de expor os oito argumentos do FONINJ, vale reiterar que o Provimento em questão é baseado em entendimento judicial, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário, cujo acórdão foi julgado com Repercussão Geral.

O Parecer – em sua introdução – expõe haver pontos de vista favoráveis e contrários ao Provimento nº 63/2017. Entre os pontos de vista favoráveis ao Provimento, o Parecer reitera a existência de um entendimento jurídico que diferencia conceitualmente o reconhecimento – por meio de registro público – da parentalidade socioafetiva do instituto jurídico da adoção, nos termos do Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ele também explica que os cartórios extrajudiciais estão bem dispersos pelo país e, assim, formam uma rede mais ampla do que as serventias judiciárias.

Assim, permitir o registro público da parentalidade socioafetiva significaria reconhecer direitos aos mais necessitados, privilegiando o acesso à justiça. No mesmo sentido, o Parecer reconhece que há valores sociais em jogo, tais como os direitos à filiação e à convivência familiar. Ainda, ele frisar que é importante tornar mais acessíveis tais direitos. Por fim, o Parecer reverbera o fato positivo de que a desjudicialização é um processo em marcha. O direito de família caminhará nesse sentido, no Brasil e no mundo.

Por outro lado, o Parecer expõe e defende que haveria óbices, consubstanciados nos pontos de vista negativos ao Provimento nº 63/2017. O primeiro é um entendimento de que somente poderia existir a adoção como meio jurídico de reconhecer a parentalidade socioafetiva. Assim, o reconhecimento extrajudicial da mesma não seria juridicamente válido, porquanto ainda haveria a exigência inafastável de uma sentença judicial. Ainda, o Parecer defende que o Provimento nº 63/2017 ofereceria sete riscos à sociedade brasileira.

O primeiro seria o risco de burla à ordem do Cadastro Nacional de Adoção, que será renomeado – em breve – como o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. O segundo seria o risco de fraude previdenciária. O terceiro seria o impacto no reconhecimento de nacionalidade. O quarto seria o risco de fraude em execução penal. O quinto seria o risco de haver tráfico de pessoas e exploração sexual. O sexto o risco de fraude em direitos sucessórios. O sétimo, por fim, seria o risco de violação ao interesse socioafetivo da criança.

Passo a apreciar o tema. Primeiramente, cabe indicar que a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da relação parental socioafetiva é consensual, nos termos do próprio Parecer e da Corregedoria Nacional de Justiça. O próprio Parecer, aliás, anui com a possibilidade de que o Provimento nº 63/2017 seja aplicada para relações jurídicas que envolvam maiores de 18 (dezoito) anos:

“Por estes motivos, o FONINJ opina pela revogação do Provimento 63/2017, em relação à paternidade socioafetiva de crianças e adolescentes até os 18 anos, campo de sua competência para assessoria deste Conselho Nacional de Justiça”.

Ao anuir com essa tese, o Parecer do FONINJ acena que, em situações nas quais existam plena capacidade e livre autonomia da vontade, pode ser considerado viável o reconhecimento da parentalidade socioafetiva por meio de um registro público, na via extrajudicial, ou seja, dispensando a necessidade de um ato judicial.

Esse ponto é crucial para evidenciar que estamos a tratar de duas situações jurídicas diversas. A primeira é a adoção, tal como regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil. A segunda é o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. Assim, se essas situações jurídicas são diversas, não há falar em potencial burla ao Sistema nacional de adoção e acolhimento (SNA).

Os temores relacionados às possíveis fraudes (previdenciária, execução penal e direitos sucessórios) não podem ser considerados como absolutos. Em hipótese, pode-se afirmar que nada garante à sociedade que determinada adoção, judicialmente fixada por sentença, não venha a produzir efeitos nocivos e fraudulentos. E tal hipótese abstrata – fraude decorrente de adoção – não é útil para nulificar o instituto jurídico do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil. Por simetria razoável, da mesma forma, o reconhecimento da parentalidade pela via extrajudicial não pode ser obstado *in totum* em razão de potenciais fraudes.

Ainda sobre os óbices trazidos pelo Parecer. É certo que o tráfico de pessoas é um mal que assola o mundo contemporâneo. É certo, também, que o tráfico de pessoas existe e é objeto de combate por diversas políticas públicas. Ainda, é certo que ele é especialmente cruel contra as mulheres, sejam elas menores, ou não. Todavia, não é procedente o argumento relacionado ao uso do potencial registro público do reconhecimento de parentalidade socioafetiva como fator incremental desse problema social.

O mesmo ocorre com os alegados problemas de aquisição de nacionalidade. O registro público, extrajudicial, do reconhecimento de parentalidade socioafetiva não é um fator que – por si mesmo – induzirá fraudes. A aquisição da nacionalidade brasileira exige a realização de diversos atos administrativos, os quais – por si mesmos – visam coibir eventuais fraudes nesse quadrante hipotético.

Por fim, cabe indicar que o Parecer traz um argumento poderoso. Não é possível aferir – com razoável certeza – a expressão da vontade dos infantes, ou seja, menores de idade até 12 (doze) anos. Assim, seria razoável excluir tais menores do escopo do Provimento nº 63/2017, reservando a eles a possibilidade de reconhecimento de parentalidade socioafetiva somente para os adolescentes, entendidos como aqueles com 12 (doze) anos completos ou mais. Porém, nesse caso, sobrevém uma questão jurídica relevante.

A lógica jurídica do reconhecimento da parentalidade socioafetiva por meio de registro público está relacionada – como ocorre com o acórdão do RE nº 898.060/SC – com a capacidade das partes e com a autonomia da vontade. Aliás, o próprio Código Civil prevê essa hipótese: “Art. 10. Far-se-á averbação em registro público: (...) II - dos atos judiciais ou **extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação**”. Assim, Código Civil já prevê o reconhecimento da filiação por meios extrajudiciais.

A questão dos menores, então, passa a ser encaminhada para o debate jurídico acerca da capacidade. Os maiores de dezoito anos e menores emancipados estão livres para praticar os atos de reconhecimento de parentalidade socioafetiva, nos termos do art. 1º, art. 5º e incisos do parágrafo único do Código Civil. Já os menores de dezoito anos e não emancipados são sujeitos ao poder ou à tutela, nos termos do Código Civil. A prática do ato bilateral de reconhecimento de parentalidade socioafetiva irá requerer que o(s) seu(s) pais ou tutor assim proceda(m), nos termos do art. 1.634, VII e art. 1.740, III, respectivamente, ambos do Código Civil.

Com a leitura dessas considerações, chega-se à conclusão de que é possível o ato de reconhecimento de parentalidade socioafetiva por ato próprios, daqueles que possuem plena capacidade. Também, o mesmo é possível para menores, por meio de seu(s) pai(s) ou de tutor.

No caso dos tutelados, o próprio Código Civil indica que a opinião dos menores será levada em consideração se ele possuir idade de doze anos completos ou mais. É importante reiterar que a própria condição de menor sob tutela cessará com o reconhecimento de filiação parental socioafetiva, nos termos do inciso II do art. 1.763 do Código Civil: “*art. 1.763. Cessa a condição de tutelado: (...) II - ao cair o menor sob o poder familiar, no caso de **reconhecimento** ou adoção*”.

Em síntese:

1 – É plenamente aplicável o reconhecimento extrajudicial da parentalidade de caráter socioafetivo para aqueles que possuem dezoito anos ou mais.

2 – É possível a aplicação desse instituto jurídico aos menores, desde que sejam emancipados, nos termos do parágrafo único do art. 5º, combinado com o art. 1º do Código Civil.

3 – É possível a aplicação desse instituto, aos menores, com doze anos ou mais, desde que seja realizada por intermédio de seu(s) pai(s), nos termos do art. 1.634, VII do Código Civil, ou seja, por representação.

4 – É possível a aplicação desse instituto aos menores, sob tutela, com doze anos ou mais, nos termos do inciso III do art. 1.740 do Código Civil.

5 – É, por fim, recomendável vedar o uso do instituto jurídico do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva aos menores de doze anos, uma vez que eles se encontram em uma situação na qual se torna mais difícil aferir “a opinião do menor”.

6 – É recomendável que o Ministério Público seja sempre ouvido nos casos de reconhecimento extrajudicial de parentalidade socioafetiva, quando houve a presença de menores.

Nesse cenário, mostra-se altamente recomendável a alteração de Provimento 63 de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça, por meio de normativa que deverá ser submetido a referendo do Plenário do Conselho Nacional de Justiça, sem prejuízo de sua eficácia imediata na forma do parágrafo único do art. 14 do Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça, nos seguintes termos:

(vide termos do anexo IV)

ANEXO IV

PROVIMENTO Nº 83, DE 14 DE AGOSTO DE 2019.

Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de

O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando de suas atribuições, legais e regimentais e

CONSIDERANDO o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos (art. 103-B, § 4º, I, II e III, da Constituição Federal de 1988);

CONSIDERANDO a competência do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços notariais e de registro (arts. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil;

CONSIDERANDO a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação (art. 1.596 do Código Civil);

CONSIDERANDO a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva;

CONSIDERANDO a necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (art. 10, II, do Código Civil);

CONSIDERANDO o fato de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC);

CONSIDERANDO o previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços notariais e de registro (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça);

CONSIDERANDO a plena aplicação do reconhecimento extrajudicial da parentalidade de caráter socioafetivo para aqueles que possuem dezoito anos ou mais;

CONSIDERANDO a possibilidade de aplicação desse instituto jurídico aos menores, desde que sejam emancipados, nos termos do parágrafo único do art. 5º, combinado com o art. 1º do Código Civil;

CONSIDERANDO a possibilidade de aplicação desse instituto, aos menores, com doze anos ou mais, desde que seja realizada por intermédio de seu(s) pai(s), nos termos do art. 1.634, VII do Código Civil, ou seja, por representação;

CONSIDERANDO ser recomendável que o Ministério Público seja sempre ouvido nos casos de reconhecimento extrajudicial de parentalidades socioafetiva de menores de 18 anos;

CONSIDERANDO o que consta nos autos dos Pedidos de Providência n. 0006194-84.2016.2.00.0000 e n. 0001711.40.2018.2.00.0000.

RESOLVE:

Art. 1º O Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

I – o art. 10 passa a ter a seguinte redação:

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

II – o Provimento n. 63, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

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

- 1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.
- 2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade – casamento ou união estável – com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.
- 3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.
- 4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.

III – o § 4º do art. 11 passa a ter a seguinte redação:

- 4º Se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento.

IV – o art. 11 passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como § 9º, na forma seguinte:

“art. 11

.....

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

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

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

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

V – o art. 14 passa a vigorar acrescido de dois parágrafos, numerados como § 1º e § 2º, na forma seguinte:

“art. 14

.....

- 1ª Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno.
- 2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial.

Art. 2º. Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

Ministro HUMBERTO MARTINS
Corregedor Nacional de Justiça

