



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO
CURSO DE DIREITO**

NASLA GOMES TAVARES

REPERCUSSÕES DA SOCIOAFETIVIDADE NO INSTITUTO DA FILIAÇÃO

FORTALEZA

2018

NASLA GOMES TAVARES

REPERCUSSÕES DA SOCIOAFETIVIDADE NO INSTITUTO DA FILIAÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito de Família. Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

T231r Tavares, Nasla Gomes.
Repercussões da socioafetividade no instituto da família / Nasla Gomes Tavares. – 2018.
62 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. filiação socioafetiva. 2. afeto. 3. valor. I. Título.

CDD 340

NASLA GOMES TAVARES

REPERCUSSÕES DA SOCIOAFETIVIDADE NO INSTITUTO DA FILIAÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito de Família. Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Victor Hugo Siqueira de Assis
Mestrando em Direito Constitucional
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, à minha irmã e aos meus
amigos.

AGRADECIMENTOS

À minha família, que é a minha maior incentivadora.

Aos meus pais, Luiz e Rosângela, por terem me proporcionado as condições de chegar até aqui e, acima de tudo, pelo apoio e amor incondicional que me prestaram ao longo de toda a minha vida.

Aos amigos que fiz ao longo da graduação, especialmente à Carla Cavalcanti e ao Lucas Salles.

Aos colegas da Simulação das Organizações das Nações Unidas (SONU), este projeto que sempre me encantou tanto, e que me proporcionou uma experiência incrível como integrante da diretoria.

Às amizades que fiz no estágio da DPGE: Bruna Lima, Elma Ingrid e Gabriele Portela, que tanto me ensinaram.

Ao melhor chefe que eu poderia ter, Dr. Diego Vinhas, que me mostrou o exemplo de profissional e pessoa que almejo ser.

Aos amigos que sempre estiveram comigo, me apoiando e aconselhando, desde o ensino fundamental: Gabriel Pinheiro, Beatriz Lopes, Matheus Brasileiro e Ana Maria Carneiro.

Às amigas que fiz no meu intercâmbio, em 2013, e até hoje são imensamente presentes na minha vida, torcendo por mim a cada passo dado. Caroline Giriboni, Ana Luiza Scalamandrê, Ana Luiza Afonso e Anna Kendra Fujuwara, eu amo cada uma de vocês.

Meu imenso obrigada a todos por dividirem as alegrias e dificuldades que tive ao longo destes últimos anos. Não teria conseguido sobreviver sem a ajuda de vocês.

À professora Joyceanne Bezerra, que sempre foi uma grande inspiração na minha vida acadêmica, pela oportunidade de ter sido a sua monitora na disciplina de Direito de Família no ano de 2017. Certamente, foi uma das melhores experiências que a Faculdade de Direito me proporcionou.

Por fim, ao professor William Marques, por ter aceitado a orientação deste trabalho e por ser um docente inspirador. Minha imensa gratidão pela disponibilidade, dicas e pela atenção dispensada em todos os momentos desta pesquisa (inclusive respondendo e-mails no meio da madrugada). Sua contribuição foi imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho.

“So, I guess we are who we are for a lot of reasons. And maybe we'll never know most of them. But even if we don't have the power to choose where we come from, we can still choose where we go from there. We can still do things. And we can try to feel okay about them.”

- Stephen Chbosky, The Perks of Being a Wallflower

RESUMO

Investiga-se a possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva, tomando por base o conceito de família eudemonista, ou seja, um núcleo familiar em que há uma valorização dos próprios indivíduos, e não da família como um grupo, não sendo mais esta caracterizada pelo determinismo genético ou pelo seu foco na perpetuação da linhagem biológica. Procura-se entender os critérios responsáveis pela constituição do que se entende por núcleo familiar atualmente, a partir de um estudo sobre as mudanças sociais e uma análise da evolução histórica das várias relações familiares hoje reconhecidas no nosso ordenamento. Investigam-se as novas configurações que a família vem adquirindo, além das consequências destes novos entendimentos, que são dados, principalmente, pela doutrina e jurisprudência pátrias. Ainda, analisa-se o Provimento nº 63/2017 do CNJ, que, apesar de ser recente, já é alvo de inúmeras críticas. Faz-se um estudo dos dispositivos que tratam de Direito de Família, de forma geral, abordando seus princípios basilares e entendimentos jurisprudenciais mais recentes, havendo a alusão a alguns julgados brasileiros, a fim de observar como os operadores do Direito brasileiro têm se posicionado a respeito do assunto.

Palavras-chave: Filiação socioafetiva. Afeto. Valor.

ABSTRACT

The aim of this study is to investigate the recognition of socio-affective affiliation, based on the concept of eudemon family. This concept refers to a family nucleus in which there is a valorization of the individuals themselves, rather than a family as a group, and it is no longer being characterized by genetic determinism or focuses on the perpetuation of the biological lineage. The study seeks to understand the criteria used to define a family nucleus, by investigating social changes and performing an analysis of the historical evolution of the several types of family relationships which are now recognized in our legal order. Moreover, it investigates new configurations that a family has been acquired, as well as its consequences, which are given, mainly, by the country's doctrine and jurisprudence. Furthermore, it was made an analysis of the CNJ's Provision nº 63/2017, since that, despite being recent, it is already the subject of numerous criticisms. Finally, a study is performed on the provisions involved in Family Law in general, broaching fundamental principles and the most recent jurisprudential understandings, alluding to some Brazilian judges' decisions, in order to observe how the operators of Brazilian Law have been positioned themselves on the subject.

Keywords: Socio-affective Affiliation. Affection. Value.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AS FAMÍLIAS: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E CARACTERÍSTICAS GERAIS	12
2.1 Direito das Famílias.....	12
2.2 A evolução do conceito de “família”	13
2.3 A influência da realidade no Direito de Família.....	16
2.4 Os princípios constitucionais da Família	19
2.5 As diferentes formações/entidades familiares	24
3. FILIAÇÃO E PARENTESCO: ESPÉCIES, SOCIOAFETIVIDADE E REPERCUSSÕES.....	29
3.1. Espécies de parentesco.....	29
3.2. Socioafetividade	35
3.3 Repercussões.....	41
4. ANÁLISE DO PROVIMENTO Nº 63/2017 DO CNJ	44
4.1 Inovações geradas para o judiciário brasileiro	47
4.2 Análise crítica do Provimento nº 63/2017 do CNJ	49
4.3 (In)constitucionalidade do Provimento nº 63/2017	53
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

A socioafetividade na família apresenta inúmeras controvérsias entre lei, doutrina e jurisprudência brasileiras. Busca-se, deste modo, investigar o instituto da família, que é diretamente influenciado pelas mudanças sociais, além de considerar algumas das principais questões hoje discutidas no cenário jurídico pátrio, como, por exemplo, a importância, relevância e consequências do reconhecimento da socioafetividade, e, principalmente, o modo de como deve haver este reconhecimento.

A importância deste tipo de filiação é enorme, já que hoje as relações consanguíneas não são as únicas determinantes em questão de parentesco. O reconhecimento desta filiação possui várias consequências no mundo jurídico, como, por exemplo, na sucessão do indivíduo, já que não pode haver diferenciação entre os filhos, sejam eles biológicos ou afetivos.

No azo, deve-se analisar os novos entendimentos atribuídos às diversas formações familiares. Averigua-se as novas configurações que a família vem adquirindo, além das consequências destes novos entendimentos, que são dados, principalmente, pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Desta forma, é extremamente pertinente estudar a evolução do Direito de Família, e o que influenciou nas mudanças ocorridas ao longo dos séculos.

Ademais, em 2017, o Conselho Nacional de Justiça aprovou o Provimento nº 63, que autoriza o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva, de pessoa de qualquer idade, perante os cartórios de registro civil. Deste modo, é importante haver uma análise desta norma, que, apesar de ser recente, já é alvo de inúmeras críticas.

A base metodológica desta pesquisa está no uso dos estudos bibliográfico, documental e jurisprudencial, com a finalidade de compreender a forma como o Judiciário brasileiro está se posicionando sobre a socioafetividade, com foco na sua formação, seu reconhecimento e suas consequências.

Para a análise do tema, são estudadas as principais normas que versam sobre o assunto, como, por exemplo, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil

de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, além das principais jurisprudências, livros e artigos que tratem desta questão.

Logo, o objetivo geral do presente trabalho foi analisar o reconhecimento de maternidade/paternidade socioafetiva, a partir de seu aspecto histórico e da evolução do próprio Direito de Família.

Para isto, no primeiro capítulo aborda-se o conceito de família e uma análise do seu aspecto ao longo das diversas civilizações até a contemporaneidade, com foco na evolução existente na legislação brasileira.

No segundo capítulo discorreu-se sobre os tipos de filiação, seu conceito, as diferenças entre filiação biológica, filiação registral e filiação socioafetiva, assim como uma análise de suas características e aspectos jurisprudências.

No terceiro capítulo apresenta-se o Provimento nº 63/2017 do CNJ, que autoriza o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva, diretamente perante os oficiais dos Cartórios de Registro Civil, havendo uma análise da viabilidade e legalidade desta norma.

Deste modo, este trabalho monográfico busca definir o conceito de família, analisando desde as sociedades mais antigas até a sociedade brasileira atual, a partir de uma análise da evolução histórica das várias relações familiares hoje reconhecidas no nosso ordenamento.

2 AS FAMÍLIAS: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E CARACTERÍSTICAS GERAIS

O Direito de Família se trata de um ramo do Direito Civil extremamente dinâmico, que procura sempre acompanhar as constantes mudanças sociais. Cabe a esse direito regular as normas da convivência familiar, tais como a organização e a estrutura da entidade familiar. Ele, além de essencialmente existencial, constitui-se sobretudo por normas de ordem pública, mas traz, de forma secundária, normas de ordem privada de cunho patrimonial.

2.1 Direito das Famílias

Primeiramente, cumpre ressaltar que hoje a denominação mais adequada para a disciplina que cuida desta matéria é “Direito das Famílias”, e não “Direito de Família”. Essa mudança ocorreu porque o afeto passou a ser o elemento caracterizador desta instituição, de modo que são reconhecidas inúmeras formações familiares, sendo o casal livre para decidir seu planejamento familiar, regime de bens e descendência.

Atualmente, segundo Fabíola Santos Albuquerque¹, “o novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias”.

Ademais, pode-se afirmar ainda que:

Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.²

¹ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/117.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

² GUAZZELI, Mónica Guazzelli, O princípio da igualdade aplicado à família. In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 133.

2.2 A evolução do conceito de “família”

Cumprе ressaltar, primeiramente, que “família” não possui um conceito único, já que é uma instituição cultural e flexível. O modelo familiar se modifica de forma histórica e geográfica, sendo, portanto, uma criação humana mutável, dotada de historicidade.

Ao longo dos anos, diversas definições acerca do que compreenderia essa “família” foram formadas, de modo que cada sociedade, dependendo do momento histórico vivenciado, tem sua própria concepção deste instituto.

Nas civilizações gregas, por exemplo, a família era monogâmica, e havia a forte presença do poder patriarcal. As mulheres ocupavam uma posição social inferior em relação aos indivíduos do sexo masculino, uma vez que não eram consideradas cidadãs, e, desse modo, tinham sua participação social bastante restrita, pois não possuíam direitos jurídicos e não recebiam educação formal. Essa posição de desigualdade acabou, inclusive, sendo um dos principais fatores responsáveis por, em geral, relegar mulheres às atividades direcionadas às tarefas do lar e à procriação.

Já na sociedade romana, conforme Walter Vieira do Nascimento³, a família era baseada na autoridade de um chefe, o soberano. O *pater* era quem detinha plenos poderes sobre todos os membros familiares. Assim, a presença do soberano, bem como a organização da família com base nessa autoridade, fez a sociedade romana sistematizar normas com características patriarcais.

Portanto, na antiga Roma, o chefe da família era também um chefe político, responsável por comandar toda a família, incluindo sua mulher, descendentes não emancipados e as esposas destes. Ele exercia vários direitos sobre seus filhos, por exemplo, inclusive poderia vendê-los, impor-lhes castigos e até matá-los.

Conforme Arnaldo Wald⁴:

A família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do direito romano,

³ NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do Direito**. 15ª edição. Ed. Forense, 2008. p. 53-54.

⁴ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57.

surgiam patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.

Assim, o Direito Romano não concedia capacidade jurídica à mulher. Essa inferioridade social, jurídica e política colocava a mulher no mesmo patamar que as crianças e os escravos. Desse modo, a mulher estava sempre subordinada à figura do *pater*, nunca adquirindo autonomia, já que passava apenas da autoridade do pai para a do marido.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira⁵, a mulher tinha duas opções: ou continuava se sujeitando aos poderes da autoridade paterna, ou constituía matrimônio e devia, a partir de então, obediência ao marido. Além disso, mesmo com a morte do chefe familiar, a mulher não passava a ser a matriarca, pois tal poder passaria para o primogênito e/ou outros homens pertencentes ao grupo familiar. Logo, é possível perceber que, na sociedade romana, se alicerçou a base do patriarcalismo.

Na Idade Média, também conhecida como “Idade das Trevas”, historicamente, prevalecia um sistema feudal, e o poder político estava centralizado pela Igreja Católica. Não à toa, o Direito era ditado pela religião, de modo que a concepção de família era baseada na união de sexos opostos, mediante ato formal, sendo este indissolúvel.

Marcada pelo teocentrismo, essa sociedade via o surgimento da família a partir do sagrado matrimônio, com a finalidade de gerar filhos. Percebe-se que estes são valores cristãos que até hoje influenciam fortemente a sociedade ocidental.

É necessário, ainda, ressaltar que, à época, as mulheres eram colocadas em plano secundário, estando estas sempre sob a autoridade de um homem, inicialmente o seu pai, e, em seguida, o marido, em semelhança com a sociedade romana. Era vedado, às mulheres, mesmo o acesso à educação. Dada a rigidez das normas sociais, aquelas poucas que conseguiam se educar não ultrapassavam a fase da alfabetização.

Além disso, as filhas ainda eram excluídas da sucessão familiar. Ao contraírem matrimônio, recebiam um dote, constituído de bens que seriam, após o

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de Família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 319.

casamento, administrados pelo marido. Desse modo, a linhagem beneficiava apenas componentes do sexo masculino, já que a herança só era devida ao primogênito, como forma de evitar a divisão dos bens da família.

Assim, numa sociedade muito influenciada pelos dogmas do catolicismo, o papel da mulher nesse período estava associado, muitas vezes, aos casamentos arranjados entre as famílias, ao pagamento de dotes nos matrimônios e à total exclusão na sucessão familiar. Da mesma forma, o casamento era, primordialmente, um pacto entre duas famílias, cujo objetivo maior era a procriação. A mulher era ao mesmo tempo doada e recebida, como um ser passivo, objetificado.

Mais recentemente, a Constituição Federal Brasileira anterior, de 1967, possuía uma acepção muito diversa da atual, já que, por exemplo, trazia no seu art. 175 que família era apenas aquela constituída pelo casamento, além de vedar a dissolução deste, apresentando, deste modo, um cunho fortemente religioso.

Interessante notar, neste ponto, que, apesar do longo período que separa a CF/67 da Idade Média, pode-se observar um paralelo de realidades na noção de família, que, mesmo depois de séculos, continua sendo fortemente influenciada por dogmas religiosos.

Ocorre que, aos poucos, foram acontecendo inúmeras mudanças na noção e no tratamento dado a esse instituto pelo direito brasileiro. Essa transformação da noção de família aconteceu, primeiramente, de forma gradual na própria sociedade e, em seguida, foi acompanhada pela legislação e jurisprudência, possibilitando o surgimento de um novo modelo familiar, o qual foi abordado e amparado pela Constituição Federal de 1988.

No intervalo entre as Constituições de 67 e 88, inúmeras leis esparsas surgiram para tentar suprir essa incompatibilidade entre a lei e a realidade fática, a exemplo da Lei nº. 883/49 (reconhecimento dos filhos ilegítimos), a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) e a Lei nº. 6.515/77 (Lei do Divórcio).

A Lei nº. 883, de 1949, foi idealizada trazendo a possibilidade do reconhecimento dos filhos ilegítimos, já que foi permitido tanto a qualquer dos cônjuges o reconhecimento de filho havido fora do casamento, desde que dissolvida

a sociedade conjugal, quanto ao filho a possibilidade de ação para buscar tal reconhecimento e/ou o seu direito de alimentos decorrente da filiação.

Em 1962, foi criada a lei nº 4.121, também conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, que contribuiu imensamente para a emancipação feminina. Entre as inovações dessa lei está a eliminação da incapacidade relativa da mulher casada, que, portanto, passou a poder realizar todos os atos da vida civil sem a necessidade de ser assistida pelo marido.

Já quanto à Lei do Divórcio, Lei nº. 6.515/77, passou-se a permitir que o vínculo matrimonial fosse desfeito e que os ex-cônjuges contraíssem novas núpcias.

2.3 A influência da realidade no Direito de Família

Os fatores que impulsionaram essas mudanças na sociedade foram inúmeros, podendo-se destacar o próprio desenvolvimento do capitalismo, a emancipação feminina, o enfraquecimento da influência da Igreja Católica nas relações sociais, a inclusão de movimentos que reivindicam a pauta da diversidade sexual e o aumento no grau de escolaridade de crianças e jovens, sobretudo entre as mulheres.

No Brasil, a história dos movimentos que reivindicam os direitos dos casais homoafetivos começa em meados da década de 1970, em meio à ditadura militar, motivados, principalmente, pelas perseguições e torturas provocadas pelo governo. Assim, começou a luta contra a discriminação sofrida por estes grupos, além do respeito às diferentes orientações sexuais.

Ademais, importante lembrar que, nos séculos XIX e XX, houve a Revolução Industrial e a consolidação do sistema capitalista, que acabaram por acarretar inúmeras mudanças na sociedade como um todo. Por causa da industrialização, por exemplo, ocorreu a consequente necessidade de um grande contingente de mão de obra, de forma que as mulheres começaram a ingressar no mercado de trabalho.

Com base nesse primórdio da emancipação feminina, as mulheres começaram a se desvincular das funções caseiras, às quais estavam historicamente

ligadas, e a ingressar no mercado de trabalho, ocupado, até então, quase que exclusivamente por homens. Desse modo, a necessidade de produção em grande escala acabou tornando necessária a utilização da mão de obra feminina nas fábricas, o que possibilitou a entrada de uma grande quantidade de mulheres no mercado de trabalho.

Assim, se nos séculos anteriores apenas mulheres das classes sociais inferiores trabalhavam fora, o capitalismo e a Revolução Industrial acarretaram a necessidade da participação feminina no mercado de trabalho, mesmo que, na época, em ocupações consideradas inferiores. Diante disso, as mulheres começaram a ser responsáveis por uma participação na renda familiar, possibilitando que, aos poucos, a relação de poder dentro da família, até então eminentemente patriarcal, se modificasse, já que a total dependência econômica existente da mulher em relação ao seu cônjuge começou a esvaecer, possibilitando-lhe uma maior independência.

Nesse mesmo cenário, iniciou-se o surgimento da figura do planejamento familiar e do controle de natalidade. A possibilidade de manutenção de relacionamentos sem a decorrente reprodução, que até então era regra, permitiu uma maior liberdade aos parceiros, pois tornou possível a manutenção de uma vida social sem a necessidade de realização de um casamento. Já para as pessoas casadas, surgiu a possibilidade de intencionalmente não gerarem prole.

Pode-se perceber inúmeras consequências diretas desses acontecimentos na atual Lei Maior, como o princípio da igualdade de gêneros (art. 5º, I), já que hoje não deve haver diferença de papéis entre o cônjuge varão e o cônjuge virago.

A Constituição Federal de 1988 aduz ainda no seu art. 226, parágrafo sétimo, que:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.⁶

⁶ BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

Outro fator importante que pode ser apontado como impulsionador dessas mudanças foi o afrouxamento de laços entre o Estado e a Igreja. Segundo Joyceane Bezerra de Menezes⁷:

Sendo o Brasil um estado laico, que consagra o pluralismo, o respeito à diversidade e a autonomia da pessoa, não é coerente que a ordem infraconstitucional estabeleça modelos ideais de família, excluindo outros já existentes no cenário social. Uma vez reconhecida a autonomia da pessoa na formação da sua família e a natureza sócio-cultural desta, o ordenamento jurídico terá de reconhecer-lhes os efeitos apesar dos matizes com as quais se apresentar. Importa destacar o vínculo afetivo e o reconhecimento de pertença dos membros ao grupo por eles designado como família.

Nessa órbita, fica claro que, aos poucos, as transformações sociais possibilitaram que a família, antes matrimonializada, hierarquizada, biológica, heteroparental, aos poucos, passasse a ser igualitária, baseada na afetividade, democrática e favorável à individualidade dos seus membros.

No aspecto atual deste instituto, segundo o autor Rolf Madaleno⁸, a família é a base da sociedade e por isso tem especial proteção do Estado. Ademais, a convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado.

Ainda, o mesmo autor⁹ afirma que o grande impacto da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. Apesar disso, a CF tratou apenas de normatizar a realidade sociológica das uniões informais largamente instituídas no mundo dos fatos, que já tinha, com o passar do tempo, sido protegida pela própria jurisprudência brasileira.

Logo, a Constituição Federal de 1988 dedicou tratamento mais extensivo a esse instituto, tendo expandido os efeitos jurídicos da família legítima para além da família matrimonial, inovando, ao incluir de maneira explícita, em seu próprio texto, mais precisamente no parágrafo terceiro do art. 226, o reconhecimento de outras

⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na constituição federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 13, n. 1, jan-jun 2008.

⁸ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 5.

⁹ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 46.

formas de família. Ou seja, a CF/88 quebrou a acepção de que única família reconhecida era a decorrente do casamento (realizada de acordo com os ditames legais e formada por marido, esposa e filhos), permitindo a retirada da ilegitimidade de algumas formações familiares. Hoje, a Lei Maior protege, expressamente, a família decorrente de união estável, antes conhecida pejorativamente como concubinato, e a monoparental, que é aquela formada por um dos pais e seus descendentes.

No azo, deve-se reconhecer, portanto, que houve uma constitucionalização do Direito de Família, já que a Constituição de 88 trouxe novos princípios responsáveis pela reestruturação desse ramo do Direito Civil como um todo, de modo que é extremamente importante haver uma breve análise desses princípios vigentes. Ademais, é perceptível que o foco do direito de família deixou de ser o patrimônio e passou a ser os indivíduos, as pessoas que compõem a instituição, e esta última deixou de ser apenas uma perpetuação da linhagem genética e passou a ser um meio para o desenvolvimento dos indivíduos.

2.4 Os princípios constitucionais da Família

A Carta Política pátria em vigor estabeleceu vários princípios gerais de amparo à Família, tais como a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade familiar (art. 3º, I), igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º), igualdade entre os cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º), igualdade na chefia familiar (art. 226, §§ 5º e 7º) e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, *caput*), além de outros princípios abordados de maneira implícita na CF, mas que foram positivados, por exemplo, no Código Civil e em jurisprudências.

No art. 1º, III, da Carta Constitucional, tem-se que:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.¹⁰

¹⁰ BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

Como se pode perceber por esse artigo, a dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado Democrático de Direito. É também conhecido como superprincípio, princípio máximo, macroprincípio ou princípio dos princípios. Em uma outra abordagem, tem-se que a dignidade da pessoa humana é o próprio fundamento da ordem jurídica brasileira, de modo que “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal”¹¹

Assim, Para Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino, “a dignidade da pessoa humana é núcleo axiológico do Constitucionalismo contemporâneo, constitui o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda ordem normativa constitucional (...)”¹².

Esse princípio está intimamente ligado com o objetivo fundamental da República brasileira, exposto no seguinte artigo:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Então, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é pressuposto e base de sustentação do Estado Democrático de Direito e, inclusive, que é o ponto de partida do Direito de Família brasileiro.

A solidariedade é posta como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no referido art. 3º, I, da CF de 1988. Ela repercute diretamente nas relações familiares, devendo ser entendida em sentido amplo e tendo caráter afetivo, psicológico, social, moral e patrimonial. Implica em respeito e consideração mútuos entre os membros da entidade familiar.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 80.

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 12-13.

Importante ressaltar que esse princípio é o que embasa, por exemplo, o dever de prestar alimentos no caso da sua necessidade, como previsto no art. 1.694 do Código Civil¹³, mesmo nos casos de união estável constituída antes da entrada em vigor da Lei nº 8.971/1994 (responsável por conceder aos companheiros o direito a alimentos), por determinação do Superior Tribunal de Justiça.

Já quanto ao princípio da igualdade da filiação, encontra-se positivado e consagrado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e no art. 1.596 do Código Civil, a mesma redação, segundo a qual “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Esse princípio está intimamente ligado ao art. 5º, *caput*, da CF, que aborda a isonomia constitucional, sendo a irradiação deste de forma direta no Direito de Família. Diante disso, todos os filhos são iguais, seja no campo patrimonial, seja no pessoal. Ademais, está proibido o uso de qualquer expressão discriminatória, tais como filho adulterino, bastardo ou espúrio.

Outro exemplo da implicação direta da isonomia constitucional no Direito de Família está presente no princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, ou seja, é reconhecida a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade derivada do casamento ou da união estável, conforme previsto no art. 5º, I¹⁴, e no art. 226, § 5º¹⁵, da CF/1988, assim como no art. 1.511 do CC/2002¹⁶.

Como consequência dessa igualdade, pode-se apontar a possibilidade do marido ou companheiro e da mulher ou companheira poderem pleitear alimentos, a depender do binômio necessidade-possibilidade, além da possibilidade de um poder utilizar o sobrenome do outro livremente, segundo o art. 1.565, § 1º, do CC, a depender apenas da convenção das partes. E, principalmente, surge a igualdade na

¹³ “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”

¹⁴ “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”

¹⁵ “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

¹⁶ “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

chefia familiar, com a substituição do pátrio poder (inspirado em valores patriarcais) pelo poder familiar, de modo que a chefia deve ser exercida pelo casal de forma colaborativa, sem hierarquia.

Portanto, cabe ao casal a responsabilidade de criar, educar e guardar os filhos. Importante esclarecer que, no caso de alguma divergência entre o casal quanto às decisões relativas aos menores, devem estes recorrer à Justiça, para que esta decida qual das alternativas representa o melhor interesse do menor.

O princípio da não-intervenção, ou da liberdade, é a irradiação do princípio da autonomia privada no âmbito do Direito de Família. É previsto no art. 1.513 do CC, segundo o qual “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Ele se faz presente também, por exemplo, na livre decisão do planejamento familiar (CC, art. 1.565, § 2º), na livre decisão pelo regime matrimonial (CC, art. 1.639) e na possibilidade da alteração deste regime no curso do casamento (CC, art. 1.639, § 2º).

Em relação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ele está disposto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal que prevê:

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.¹⁷

Disposição semelhante pode ser encontrada no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – lei 8.069/90), que é a principal fonte de regulamentação dessa proteção. Essa lei discorre, ainda, no seu art. 3º, que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.¹⁸

¹⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

¹⁸ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

Importante ressaltar que esse princípio foi também reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção do interesse das crianças, e está presente, de forma implícita, no Código Civil brasileiro.

Por último, cabe abordar o princípio da afetividade, que, apesar de não constar de forma explícita na CF, decorre naturalmente dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade entre os filhos.

O afeto é o elemento caracterizador dos laços familiares e das relações interpessoais. Nesse sentido, aponta a ministra Nancy Andrighi:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. (STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010)

Esse afeto, porém, não é necessariamente sinônimo de amor. Está mais diretamente ligado ao zelo, à ligação existente nas relações familiares.

Uma das mais importantes obras sobre esse princípio e suas consequências é do autor João Baptista Villella, escrito em 1979, de nome “Desbiologização da Paternidade”, a qual afirmava que o vínculo familiar estaria mais ligado ao afeto do que meramente ao vínculo biológico, surgindo, assim, a filiação socioafetiva, sendo esta baseada na posse de estado de filho. Nas palavras do autor¹⁹:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão

¹⁹ VILLELLA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, maio 1979. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Desbiologizacao.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade.

Por fim, importante destacar que qualquer princípio não pode existir de modo isolado, devendo ser considerado e ponderado em conjunto com outros, sopesando e analisando o caso concreto em que devem ser aplicados.

Desse modo, a Carta Magna de 1988 expôs que a forma de visão do que se entende por família havia mudado, de forma que atualmente a doutrina e jurisprudências pátrias abriram espaço para diversos outros tipos de família, como a família pluriparentais, homoafetivas e paralelas, por exemplo. A família moderna está, portanto, baseada nos princípios da solidariedade, afetividade e dignidade da pessoa humana.

Nesse viés, importante esclarecer com maior riqueza de detalhes alguns dos tipos de entidades familiares mais comuns.

2.5 As diferentes formações/entidades familiares

A família matrimonial é aquela decorrente do casamento. Durante várias décadas, foi o único modelo aceito pela sociedade. Derivado da ideologia cristã, o matrimônio era monogâmico, indissolúvel e destinado à procriação. Somente a partir deste existiria descendência legítima. Qualquer outro tipo de relacionamento – até de descendência – sofria enorme discriminação. Neste contexto, os filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos e tinham direitos diferentes daqueles legítimos.

Com o passar do tempo e a mudança dos costumes, hoje o referido modelo possui uma nova roupagem, mas continua sendo a forma mais prestigiada pela sociedade e até a mais bem regulamentada pelo Direito, já que dispõe de todo um complexo de dispositivos no Código Civil destinados à sua constituição e à sua eventual dissolução.

A família informal é decorrente da união estável, não exigindo nenhuma formalidade para ser constituída, sendo fruto da realidade fática. O Código Civil Brasileiro traz, no art. 1.723, que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Antes que a CF/88 entrasse em vigor, era denominada de concubinato qualquer união, não eventual, mesmo que monogâmica, quando esta se dava sem a formalidade do casamento. Dividia-se esse relacionamento em concubinato puro e impuro. Eram classificadas como concubinato puro as relações não eventuais entre homem e mulher não impedidos de se casarem. Assim, viviam esse tipo de união, principalmente, pessoas separadas judicialmente, já que, até então, não existia possibilidade do divórcio no Direito. Já o concubinato impuro se dava quando um, ou ambos, está comprometido ou impedido legalmente de se casar.

Na contemporaneidade, não se utiliza mais a figura do concubinato puro ou impuro. Concubinato é apenas reconhecido como a relação entre pessoas que possuem algum impedimento para o casamento, antigo concubinato impuro, enquanto o concubinato puro hoje é reconhecido como união estável.

A união estável é amparada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil como entidade familiar. Além disso, é caracterizada com base em elementos como a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família, não havendo, entretanto, requisitos fixos, já que é decorrente da própria realidade.

Importante ressaltar que recentemente foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que estabelece a diferenciação de união estável e casamento para fins de sucessão, pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar os Recursos Extraordinários de números 878.694/MG (Tema 809) e 646.721/RS (Tema 498).

Deste modo, houve uma equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, já que, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família

formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição”²⁰.

Ainda é necessário esclarecer que hoje o concubinato representa uma figura completamente diferente, sendo mais comumente referido como “família paralela”. É abordada no art. 1.727 do Código Civil, segundo o qual constituem concubinato as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar.

Quanto à família homoafetiva, trata-se da união entre pessoas do mesmo sexo. Um grande marco para este modelo de família foi o julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, em 05 de maio de 2011, tendo o STF entendido pela aplicação, por analogia, de todas as regras da união estável heteroafetiva para a união estável homoafetiva, garantindo a devida efetivação dos direitos fundamentais para esse grupo que se encontrava em situação de vulnerabilidade, privados de uma série de direitos patrimoniais e existenciais.

No que se refere à família monoparental, ela é constituída pelo vínculo existente entre um dos progenitores com sua prole, seja esta biológica, seja esta adotiva. É protegida de forma expressa pela CF, apesar de não haver regulamentação específica dessa entidade na legislação infraconstitucional.

Em relação à família anaparental, caracteriza-se pela ausência da relação entre ascendentes e descendentes. É a união de parentes, consanguíneos ou não, presentes o elemento afetivo e a inexistência de conotação sexual.

Por fim, a família poliafetiva é aquela que possui um único núcleo familiar contendo mais de duas pessoas, podendo estas serem homossexuais ou heterossexuais, ou mesmo se relacionarem todos entre si ou apenas dividir um dos parceiros. Importante esclarecer que não se trata de algo eventual ou esporádico, sendo todos os parceiros fixos, havendo um envolvimento afetivo entre os participantes.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878694/MG**. Recorrente: Maria de Fatima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outro(a/s). Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 maio 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313622639&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2018.

No azo, cumpre relembrar que foram apresentados apenas alguns exemplos dos inúmeros tipos de entidades familiares encontradas na realidade da sociedade. Assim, justamente levando em conta a realidade social das entidades familiares de hoje, a maior parte da doutrina considera que o conceito de família não deve ser enquadrado numa moldura rígida. Como decorrência, o rol constante no art. 226 do Texto Maior seria apenas exemplificativo, devendo-se estender a proteção dada de forma explícita à família matrimonial, à monoparental e à união estável para todas as outras entidades familiares que existem na realidade fática.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, possui decisões que ampliam a definição de Família nos casos em que deliberou sobre impenhorabilidade dos bens de família. Entrariam nessa definição de bens de família, conforme Súmula 364 do STJ, moradias nas quais reside pessoa solteira, separada ou viúva. Eles tornam-se, portanto, impenhoráveis.

Na mesma linha, pode-se citar, ainda, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que dispõe, no seu art. 5.º, II, que se deve entender como família a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Igualmente, a Lei da Adoção (Lei nº 12.010/2009), expressa, no parágrafo único de seu art. 25, que:

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Essa lei, portanto, consagra o conceito de família extensa ou ampliada.

Ainda neste contexto, conforme Cristiano Chaves de Farias²¹:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional.

Nota-se, assim, que hoje há uma valorização dos próprios indivíduos, e não da família como um grupo, não sendo mais esta caracterizada pelo determinismo genético ou pelo seu foco na perpetuação da linhagem biológica. Prevalece a busca

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à família: Um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM, p.15, 2004. V.23

e o direito pela conquista da felicidade com base na afetividade. Nesse contexto, popularizou-se o uso do termo "família eudemonista" para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação dos seus membros.

Logo, a Família adquiriu uma função instrumental para melhor persecução dos interesses existenciais dos seus membros, sendo esta, portanto, apenas o meio, e não o próprio fim da proteção dada a entidades familiares pela legislação pátria. Ou seja, a Família perde seu aspecto finalístico, posto que se dedica mais à formação e ao bem-estar das pessoas que a integram.

3 FILIAÇÃO E PARENTESCO: ESPÉCIES, SOCIOAFETIVIDADE E REPERCUSSÕES

Conforme Maria Helena Diniz²², parentesco é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras, ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo.

Em outras palavras, parentesco pode existir tanto em linha reta (pais, filhos, avós e netos) quanto em linha colateral (irmãos, tios, sobrinhos) ou, ainda, pode se dar por meio do casamento ou união estável, já que o marido e a esposa (ou os conviventes, na união estável) passam a ser parentes da família de origem de seu cônjuge ou companheiro.

3.1 Espécies de parentesco

Ainda conforme a autora, o parentesco pode ser classificado em três espécies: natural, afim e civil.

O natural ou consanguíneo é o vínculo entre pessoas descendentes de um mesmo tronco ancestral, portanto ligadas, umas às outras, pelo mesmo sangue. Ex.: pai e filho, dois irmãos, dois primos, etc. [...]

O afim estabelece que por determinação legal (CC, art. 1.595), o liame jurídico estabelecido entre um consorte, companheiro e os parentes consanguíneos, ou civis, do outro nos limites estabelecidos na lei, desde que decorra de matrimônio válido e união estável (CF/88, art. 226, § 3º). [...]

O civil (CC, art. 1.593, *in fine*) é o que se refere à adoção, estabelecendo um vínculo entre adotante e adotado, que se estende aos parentes de um e de outro. [...] O parentesco civil abrange o socioafetivo [...] que está baseado numa relação de afeto, gerada pela convivência.²³

Isso posto, filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 467.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 467.

Conforme Flávio Tartuce²⁴:

A filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Em suma, trata-se da relação jurídica existente entre os pais e os filhos.

Essa relação é abordada no art. 227, § 7º, da CF, além do art. 1.596 do CC de 2002, os quais trazem o princípio da igualdade entre os filhos, já abordado neste trabalho.

Assim, hoje não pode existir diferenciação entre os filhos, sejam eles havidos dentro ou fora do casamento, adotados ou mesmo decorrentes da socioafetividade.

Necessário lembrar que, no Código Civil de 1916, ainda existia uma diferenciação jurídica entre os filhos, conforme leciona Madaleno²⁵:

[...] a distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e legitimados do Código Civil de 1916, em um conceito onde os filhos legítimos originavam das justas núpcias, e os filhos ilegítimos poderiam vir a ser legitimados se seus pais casassem; enquanto todos os demais filhos cuja origem não vinha do casamento eram considerados ilegítimos e se subdividiam em naturais, caso os pais não fossem casados, e espúrios quando existisse algum impedimento ao matrimônio dos genitores. Os filhos espúrios ainda eram subdivididos em adulterinos e incestuosos. Adulterinos eram os filhos de pais casados, ainda que só um deles ou mesmo ambos, e incestuosos eram os filhos advindos de uma relação proibida pelo parentesco muito próximo dos pais.

Contudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, desaparece do cenário brasileiro as distinções entre famílias legítimas e ilegítimas, bem como qualquer outra classificação pejorativa ou favorável ao tratamento diferenciado entre os membros da família, já que todos os filhos têm igualdade de direitos e deveres, devendo ser tratados da mesma forma.

Ademais, segundo ao art. 1.593 do Código Civil, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”²⁶.

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**, vol.05. 9. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 792.

²⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 486.

²⁶ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

Desse modo, o código reconhece o parentesco natural, identificado pela consanguinidade, e aqueles de qualquer outra origem, como afinidade, adoção, socioafetividade ou mesmo pelas técnicas de reprodução assistida.

Nesse contexto, faz-se mister pontuar uma breve distinção entre a filiação biológica, registral e socioafetiva.

A filiação biológica tem como base a relação genética entre os indivíduos, decorrente do vínculo consanguíneo. Esse tipo de vínculo pode ser facilmente comprovado por meio do exame de DNA. Ocorre, porém, que a jurisprudência atual consolidou a ideia de que apenas a verdade biológica, muitas vezes, não é suficiente para estabelecer o vínculo paterno-filial.

Assim, a realidade biológica deve ser analisada em conjunto com a afetiva, pois a filiação é muito mais abrangente do que apenas fatores genéticos, devendo trazer também valores sociológicos, afetivos e psicológicos. Desse modo, o resultado do teste de DNA não deve ser analisado de maneira isolada, já que é apenas mais um meio de prova, devendo ser analisado dentro de todo um conjunto probatório.

Em relação à paternidade registral (ou civil) é aquela que deriva do assentamento no registro civil. Esse tipo de filiação pode ser reconhecida de várias formas, quais sejam: voluntária, involuntária ou presumida.

A filiação presumida está exposta no art. 1.597 do Código Civil:

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;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.²⁷

²⁷ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

Há, nesse caso, a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, ou seja, cabe ao marido a paternidade do filho gerado por sua esposa.

Porém, é interessante apontar que, diante dos avanços da ciência genética, e, principalmente, após a descoberta do exame de DNA, que consegue investigar o elo paterno ou materno com precisão de até 99,9%, pouca importância passou a ter a presunção de paternidade, já que esta pode ser facilmente confirmada ou excluída. Desse modo, Rolf Madaleno²⁸ leciona que:

A presunção relativa da paternidade na filiação advinda do casamento era fundada na impossibilidade de ser diretamente provado o elo paterno, e numa época onde a maternidade era sempre certa e o pai da criança era o marido da mãe, estatuinto a lei, como até hoje ainda faz, uma série de situações de incidência da presunção de filiação conjugal, salvo prova em contrário, cuja legitimidade de impugnação da paternidade por presunção é conferida somente ao marido (CC, art. 1.601), ninguém podendo vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo se provado erro ou falsidade do registro (CC, art. 1.604).

Ademais, inclusive conforme apontado pela ideia ora analisada de Rolf Madaleno, é importante acrescentar que tal presunção não é absoluta, já que o suposto pai pode ajuizar uma ação negatória de paternidade, na qual poderá contestar a filiação, apresentando as provas que achar pertinente. Trata-se de uma ação de estado, conforme o art. 1.601 do CC, que traz a seguinte redação:

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.²⁹

Assim, cumpre ressaltar que a investigação de paternidade ou maternidade, que é a ação de estado utilizada para o reconhecimento do estado de filiação, constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do investigante, não sendo possível, portanto, a realização de acordo ou renúncia que versem sobre este tema.

No mesmo sentido, o art. 27 do ECA traz que: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser

²⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 519.

²⁹ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Ademais, segundo a jurisprudência pátria:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. ELEMENTOS ROBUSTOS QUE MACULAM A CONFIABILIDADE DO EXAME REALIZADO. REPETIÇÃO. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Em ação de investigação de paternidade, impõe-se um papel ativo ao julgador, que não deve medir esforços para determinar a produção de provas na busca da verdade real, porquanto a pretensão fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). 2. Se o resultado negativo do exame de DNA contradiz as demais provas produzidas nos autos, deve-se converter o feito em diligência, a fim de que novo teste de material genético seja produzido, em laboratório diverso, com o intuito de minimizar a possibilidade de erro. Nesse sentido: REsp 397.013/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ de 09/12/2003, p. 279. 3. Tal situação ficou evidenciada no caso dos autos, visto que o acórdão estadual contém elementos robustos que colocam em dúvida a confiabilidade do exame realizado: flagrante erro do laudo quanto ao material genético coletado (mencionou sangue, ao invés de saliva); fortes indícios de acordo entre as partes para que a genitora "desistisse" de reconhecer a paternidade; evidências, por meio da prova documental, de indícios de paternidade (prova do relacionamento e semelhanças físicas entre o autor e o investigado); existência de ação de indenização, em trâmite, contra o mesmo laboratório, fundada em "erro" no laudo, reconhecido em grau de apelação pelo TJMT. 4. Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de efeitos infringentes, para, sanando a contradição apontada, negar provimento ao agravo interno do demandado. Mantida, consequentemente, a decisão que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público para anular o acórdão recorrido, determinando a conversão do julgamento em diligência, a fim de que seja realizado novo exame de material genético em laboratório diverso. (STJ – EDcl no AgInt no REsp 1629844/MT, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (desembargador convocado do TFR da 5ª região), julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018)

Além disso, é necessário ressaltar ainda que a legitimidade ativa é direito personalíssimo do marido, de modo que tal ação não pode ser iniciada pelos herdeiros (sejam estes ascendentes, sejam estes descendentes), caso o autor legítimo nunca tenha proposto a citada ação em vida.

Nas palavras de Rolf Madaleno³⁰:

Os filhos do impugnante e bem assim seus demais descendentes não têm legitimidade para contestarem a paternidade, se em vida o marido legitimado não contestou a ação, isso porque os descendentes só têm o direito de

³⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 540.

prossequirem na ação (CC, art. 1.601, parágrafo único), e se o processo iniciado pelo marido for extinto por sua inércia em vida, seus herdeiros não poderão reativar a ação.

No que se refere à filiação voluntária, ela é regulada pelo art. 1.609 do CC/2002, que apresenta a seguinte redação:

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.³¹

Cumprе acrescentar, ainda, que, caso o filho seja maior civilmente, o reconhecimento dependerá do consentimento deste. Caso seja menor, é defeso a este impugnar o reconhecimento nos quatro anos que sucedem a sua maioridade ou emancipação.

A paternidade ou maternidade extramatrimonial também pode ser reconhecida de forma involuntária, pela via judicial, sendo tal ação meramente declaratória, e não constitutiva, já que apenas reconhece a filiação biológica, pois esta já se encontra existente desde a concepção.

Outro ponto que também merece destaque é o papel da socioafetividade nas relações familiares, pois outra forma de filiação é a socioafetiva. Atualmente, as relações consanguíneas não são as únicas determinantes em questão de parentesco. A estrutura familiar passa a ter como embasamento as relações afetivas entre seus membros, deixando de ser analisada meramente pelo vínculo genético para ser vista, também, de acordo com o grau de afeto existente entre os indivíduos que a compõem.

³¹ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

3.2 Socioafetividade

Esse tipo de filiação está baseada na vontade, no desejo de ter o outro como se filho fosse. É um sentimento recíproco que exterioriza o carinho, o afeto e o zelo, exteriorizando um tratamento paterno-filial que é visível para todos. Assim, a doutrina atenta a três características que devem estar presentes nesse caso: a *nominatios*, a *tratactus* e a *reputatio*, também conhecidos como o nome, o trato e a fama. Tratam-se de características as quais sugerem a posse de estado de filho.

Ademais, é necessário esclarecer que a posse de estado de filho corresponde a apenas mais um dos vários elementos possíveis de serem utilizados como prova de filiação afetiva.

A *nominatios* (nome) se refere ao apelido da família, ou seja, a utilização, pelo filho, do sobrenome do pretense pai. Contudo, alguns doutrinadores aduzem que esta não seria uma característica indispensável, já que, muitas vezes, o filho não utiliza o nome de seu pai, mas restam caracterizados os outros dois elementos (trato e fama), e, portanto, apenas a ausência do nome não é capaz de gerar a descaracterização da posse de estado de filho.

A *tratactus* (trato) é o tratamento conferido ao filho, caracterizando-se pelo cuidado, zelo, carinho, amor, assistência financeira e outros, elementos indispensáveis para a existência da relação socioafetiva.

Por sua vez, a *reputatio* (fama) é a exteriorização de tais elementos intrínsecos à caracterização da socioafetividade. Ou seja, o meio social em que convivem reconhecem aquelas pessoas como pai e filho por causa da evidência externa do afeto característico dessa relação.

Não há, ainda, legislação que regule nem o reconhecimento judicial da filiação socioafetiva, ou sequer os efeitos que decorrem desta, sendo esse tema delimitado pela doutrina e jurisprudência.

Segundo Madaleno:

A noção de posse do estado de filho vem recebendo abrigo nas reformas do direito comparado, o qual não estabelece os vínculos parentais com o nascimento, mas sim na vontade de ser genitor, e esse desejo é sedimentado no terreno da afetividade, e põe em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica no estabelecimento da filiação.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), por exemplo, adere ao conceito de parentesco socioafetivo ao definir família como relação íntima de afeto. No seu artigo 5º, aduz:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.³²

Desse modo, observa-se que a filiação socioafetiva pode, muitas vezes, sobressair-se à biológica, visto que há maior atenção à vivência familiar, com base no princípio da proteção integral e no reconhecimento da posse de estado de filho, dois elos caracterizadores para o reconhecimento do afeto, elemento ensejador de vínculo de parentalidade.

De modo idealizado, a filiação genética deve coexistir com a verdade afetiva, mas, na inexistência da primeira, prevalece a segunda, pois os elementos caracterizadores de uma relação entre pai e filho são o afeto, carinho e zelo. A família socioafetiva tem como base o sentimento e se fortalece na convivência diária. Segundo Flávio Tartuce³³:

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana.

Assim, pode-se perceber que família hoje é uma construção social e psíquica, e não meramente consanguínea.

É possível identificar no Código Civil alguns artigos que fazem menção indireta à filiação socioafetiva, tais como o inciso V do art. 1.597, o art. 1.603 e o art. 1.605.

No art. 1.597, tem-se que:

³² BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

³³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**, vol.05. 9. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 510.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.³⁴

Segundo esse inciso, conclui-se que, caso o cônjuge consinta com o processo de fertilização da esposa, este será o pai do infante, mesmo utilizando material genético de outrem.

Ademais, o art. 1.603 dispõe que “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.”. Portanto, é dada absoluta prevalência ao termo de nascimento como prova de filiação, fato confirmado pelo art. 1.604³⁵, e, seguindo tal esteio, a jurisprudência vem se negando a desconstruir as adoções à brasileira, utilizando como base o argumento da socioafetividade.

Neste ponto, necessário esclarecer que adoção à brasileira é uma adoção irregular, e inclusive, também um ilícito penal, previsto no art. 242³⁶ do Código Penal Brasileiro. Este tipo de adoção ocorre quando alguém registra um filho como se fosse seu, quando, na verdade, sabe que ele é de outra pessoa.

Deste modo, é uma adoção simulada, que não passa pelo controle do Poder Judiciário, já que, em regra, todas as adoções devem cumprir os pré-requisitos exigidos em lei (tais como, consentimento dos pais biológicos, quando não destituídos do poder familiar; consentimento do adotando, caso este seja maior de 12 anos, dentre outros) passando por um longo processo de análise.

Ocorre que, a jurisprudência pátria, ao utilizar o conceito de filiação socioafetiva, vem reconhecendo tais vínculos derivados de adoções à brasileira, de modo que um ato que seria nulo ou anulável passa a ser convalidado pelo vínculo do afeto.

Assim, segundo a jurisprudência:

³⁴ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

³⁵ “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”

³⁶ “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.”

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR EM RAZÃO DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA". SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DESCONSTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PROCEDIMENTO PARA COLOCAÇÃO DA MENOR EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. ALEGADA OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM VIRTUDE DO INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DO ESTUDO SOCIAL E AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PROTETIVOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS. "ADOÇÃO À BRASILEIRA" NÃO ERA HIPÓTESE PREVISTA PARA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR AO TEMPO DA AÇÃO E DA SENTENÇA. IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL EM HIPÓTESE DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ANULAR A SENTENÇA. 1. Aplicabilidade das disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade do recurso especial ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. A controvérsia consiste em saber se a decretação da perda do poder familiar da mãe biológica em razão suposta entrega da filha para adoção irregular, chamada "adoção à brasileira", prescindia da realização do estudo social e avaliação psicológica das partes litigantes. 3. Por envolver interesse de criança, a questão deve ser solucionada com observância dos princípios da proteção integral e do melhor interesse dela e do adolescente, previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Para constatação da "adoção à brasileira", em princípio, o estudo psicossocial da criança, do pai registral e da mãe biológica não se mostra imprescindível. Contudo, como o reconhecimento de sua ocorrência ("adoção à brasileira") foi fator preponderante para a destituição do poder familiar, à época em que a entrega de forma irregular do filho para fins de adoção não era hipótese legal de destituição do poder familiar, a realização da perícia se mostra imprescindível para aferição da presença de causa para a excepcional medida de destituição e para constatação de existência de uma situação de risco para a infante, caracterizando cerceamento de defesa o seu indeferimento na origem. 6. Recursos especiais parcialmente providos. (STJ – REsp: 1674207 PR 2017/0120487-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/04/2018, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/04/2018)

Ainda, pode-se citar o art. 1.605, cuja redação está abaixo transcrita:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

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

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.³⁷

Desta forma, observa-se que há uma valorização da posse de estado de filiação e do próprio laço afetivo que se forma entre pais e filho.

Segundo João Baptista Villela³⁸, no texto “Desbiologização da Paternidade”:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a idéia de liberdade.

Ainda, no mesmo texto, o autor leciona que:

O conceito mesmo de nascimento já não se contém nos estritos limites da fisiologia e reclama um enfoque mais abrangente, por modo a alcançar, para além da emigração do ventre materno, todo o complexo e continuado fenômeno de formação e amadurecimento da personalidade. Em outros termos: há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional. É neste, sobretudo, que a paternidade se define e se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa proposta, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade. É ainda de HEGNAUER a observação de que gerar e dar à luz são apenas o componente físico do que ela chama *Menschwerdung*, isto é, o processo de se tornar pessoa humana, palavra que na língua alemã significa também a encarnação do verbo.³⁹

Sobre a valorização do vínculo afetivo como fundamento do parentesco civil, expõe Paulo Lôbo⁴⁰ que:

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais.

³⁷ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

³⁸ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, maio 1979. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Desbiologizacao.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

³⁹ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, maio 1979. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Desbiologizacao.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 27 maio 2018.

Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. [...] Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

No mesmo sentido disserta Rolf Madaleno⁴¹, no seu “Curso de Direito de Família”:

Não obstante a codificação em vigor não reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência dos pretórios brasileiros vem paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada posse do estado de filho, representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, em suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial.

A linha jurisprudencial que será abordada segue a mesma linha de raciocínio. Trata-se de precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que disserta:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família – Enteadado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações 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. (Apelação Cível 0006422-26.2011.8.26.0286, Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Comarca de Itu, TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, julg. em 14/08/2012, publ. em 14/08/2012).

Veja-se um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a mesma temática:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à (sic) solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família

⁴¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família. Curso de Direito de Família**. 5a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 487.

como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (Apelação cível 0108417-9, de Curitiba, 2ª Vara de Família. DJ, 04/02;2002. Relator: Accácio Cambi. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.)

Houve uma evolução histórica do conceito de família, uma vez que, com o decorrer dos anos, foi deixado de lado conceitos e noções próprios do patriarcalismo, possibilitando o reconhecimento de outras formas de relação que também passaram a ser reconhecidas como meio familiar.

3.3 Repercussões

Ademais, o reconhecimento da filiação socioafetiva gera inúmeras consequências, a exemplo da sucessão dos sujeitos.

Ainda, Rolf Madaleno⁴² ensina que:

Existem, portanto, duas espécies distintas de demandas de investigação de paternidade ou de maternidade; onde uma objetiva a instituição do vínculo jurídico da paternidade ou da maternidade com a filiação, cujo provimento jurídico acarreta todos os efeitos legais, com provimento dos direitos sucessórios, alimentos, se for o caso, e outras implicações pertinentes à personalidade, como direito ao uso do nome da família de origem e o estabelecimento de novos vínculos parentais, ou seja, é o direito à vida familiar; e existe o direito ao reconhecimento da ascendência genética de matiz constitucional. Esse é o direito à vida íntima, que não se confunde com o direito à vida familiar, porque esse filho socioafetivo já tem uma família, nome, vínculos, alimentos e herança dos seus pais que sabe serem socioafetivos. Entretanto, pode querer conhecer seus ascendentes genéticos, apenas reconhecer sua ascendência familiar.

A III Jornada de Direito Civil aduz no Enunciado nº 256 que “a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”⁴³.

Já na IV Jornada de Direito Civil, tem-se no Enunciado nº 519 que “o reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve

⁴² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013, 2013. p. 497.

⁴³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 256, da III Jornada de Direito Civil**. Coordenador-Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>>. Acesso em: 28 maio 2018.

ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais."

Quanto aos efeitos que gera a sentença que reconhece a filiação socioafetiva, leciona Rolf Madaleno⁴⁴ que a declaração judicial do estado de filiação gera efeitos tanto na esfera social quanto registral, havendo o acréscimo dos nomes do ascendente judicialmente investigado e dos pais deste, ou seja os avós do investigante.

Ademais, necessário destacar que esse reconhecimento também gera efeitos materiais, tais como o direito aos alimentos e efeitos de ordem sucessória.

O reconhecimento voluntário da paternidade independe de qualquer prova. É um ato espontâneo, público e incondicional. Gera, como consequência, o estado de filiação, de forma que é um ato irretratável e indisponível, com arrependimento inadmissível, de modo que só pode ser impugnado nas hipóteses de erro ou falsidade do registro.

Além disso, cabe lembrar que, apesar de a filiação constituir direito fundamental e personalíssimo, ainda não há na legislação brasileira normas que regulamentem a possibilidade de reconhecimento de filhos socioafetivos.

Esta falta de regulamentação permitiu que, os estados da Federação criassem normas permitindo, no âmbito de cada estado, que esse reconhecimento aconteça diretamente no Cartório de Registro de Pessoas Naturais, desde que de maneira voluntária.

Assim, apenas as Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados do Amazonas, Ceará, Maranhão e Pernambuco possuem provimentos que possibilitavam o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva na esfera administrativa.

Ocorre que, recentemente, foi aprovado o Provimento nº 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulamenta em seus arts. 10 a 15 o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva perante os

⁴⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família. Curso de Direito de Família**. 5a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 615.

Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, dispensando, portanto, a necessidade de análise realizada pelo judiciário caso a caso.

4 ANÁLISE DO PROVIMENTO Nº 63/2017 DO CNJ

Em 14 de novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o Provimento nº 63, no qual consta, além de regras para emissão, pelos cartórios de registro civil, da certidão de nascimento, casamento e óbito, a uniformização da emissão de certidões de nascimento de crianças havidas por técnicas de reprodução assistida e também a possibilidade de reconhecimento voluntário da maternidade e paternidade socioafetiva.

De acordo com o art. 10 deste provimento, “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.”

Assim, o provimento do CNJ autoriza o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva, de pessoa de qualquer idade, perante os Cartórios de Registro Civil.

Necessário ressaltar que este provimento traz certos pré-requisitos para que seja possível o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, como, por exemplo, a necessidade de que os pais registrares da criança estejam de acordo com o reconhecimento. Ainda, se a criança for maior de 12 anos de idade, a anuência desta também será exigida. Esta concordância, tanto dos pais, quanto da criança (caso seja maior de 12 anos), deverá ser manifestada pessoalmente perante o Oficial de Registro Civil.

Ademais, o pai ou a mãe socioafetivos devem ser maior de dezoito anos de idade, além de serem pelo menos dezesseis anos mais velhos que o filho a ser reconhecido, em consonância com a exigência para adoção imposta pelo art. 42, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ainda, a pessoa que pretende ser reconhecida como pai não pode ser ascendente (como, por exemplo, os avós) ou irmão da criança, também em semelhança com as regras da adoção (art. 42, §1º, do ECA).

Além disso, importante esclarecer que há uma diferença significativa entre o reconhecimento em cartório da filiação socioafetiva e a chamada “adoção à brasileira”

De maneira sucinta, a chamada “adoção à brasileira” é uma adoção ilegal, que ocorre quando alguém declara falsamente, para fins de registro civil, que é pai ou mãe biológico do menor. Enquanto isso, a partir do Provimento nº 63/2017 o pai ou a mãe socioafetivo irá comparecer ao cartório alegando que possui vínculo afetivo, formado ao longo do tempo, com o menor, podendo este, inclusive, já possuir em sua certidão de nascimento o nome de ambos os pais biológicos, de modo que um não se confunde com o outro.

A relação socioafetiva difere também da adoção legal, já que a adoção tem seu marco de início a partir da sentença judicial, sendo esta de cunho constitutivo. Já a filiação socioafetiva não possui um termo exato de início, já que sua existência ocorre gradualmente a partir da convivência entre pai e filho, sendo a sentença (que era o único modo de declarar a existência deste tipo de filiação antes da aprovação do provimento em questão) meramente declaratória.

Ademais, a adoção rompe o vínculo do menor com a família biológica, o que não ocorre no reconhecimento da paternidade socioafetiva, caso em que os dois vínculos (biológico e afetivo) são mantidos. Estas filiações possuem em comum, entretanto, o fato de serem irrevogáveis, conforme o art. 48 do ECA (no caso da adoção) e o art. 10, §1º, do Provimento nº 63 do CNJ (referente ao reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva).

Ainda, importante observar que nas últimas décadas está ocorrendo um processo de desjudicialização no Brasil. Destaca-se que “desjudicialização” é o termo que indica o deslocamento de atividades atribuídas ao poder Judiciário para o âmbito extrajudicial, como, por exemplo, ao abrir a possibilidade de resolução do conflito por meio de mediação ou conciliação.

Esta onda de desjudicialização ocorreu principalmente motivada pela morosidade e lentidão na tramitação de processos perante o Judiciário, já que este poder não consegue mais responder às demandas da população com efetividade e celeridade. Assim, busca-se uma solução que possa trazer atender de forma eficiente aos processos que não envolvem litígio, de modo que surgiram várias leis que, aos poucos, passaram a permitir a extrajudicialização em certos casos.

Neste aspecto, uma das leis mais memoráveis foi a de número 9.307, aprovada em 23 de setembro de 1996, a Lei da Arbitragem. Esta lei possibilitou que

se fosse delegado aos árbitros, escolhidos pelas partes, a capacidade de solucionar, extrajudicialmente e com efeitos de sentença com transito em julgado, os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Deste modo, existindo no contrato entre as partes a convenção de arbitragem, as partes renunciavam à jurisdição estatal.

A Lei de Recuperação e Falências dos Empresários e Sociedade Empresárias (Lei nº 11.101), que permite a da recuperação extrajudicial, foi criada em 2005. Esta norma preza o princípio da preservação da empresa, facilitando a recuperação da empresa em crise e trazendo para o direito comercial um mecanismo mais flexível, que viabiliza a recuperação da empresa a partir de uma negociação direta com os credores, afastando a interferência do Judiciário deste acordo.

Ademais, tem-se a Lei nº 11.441/2007 que possibilita a realização de inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais extrajudicialmente, com a condição de que não existam interesses e direitos de incapazes no conflito em questão. Deste modo, por exemplo, um casal que tenha filhos menores civilmente, apenas pode realizar o divórcio em cartório se as questões relativas aos filhos menores (tais como guarda, visitas e alimentos) já tiverem sido previamente resolvidas na esfera judicial, de modo a resguardar os direitos e interesses destes, já que são considerados direitos indisponíveis.

Até a edição do Provimento nº 63/2017 do CNJ, o reconhecimento paternidade ou maternidade socioafetiva passava necessariamente por um processo de análise judicial onde, após averiguar as provas apresentadas pelas partes, o juiz decidiria se estava ou não comprovada a existência da filiação socioafetiva no caso em estudo. Assim, todos os requerimentos passavam pelo controle do judiciário, inclusive com a intervenção obrigatória do Ministério Público, medidas que asseguravam que o melhor interesse da criança ou do adolescente fosse sempre o interesse mais buscado.

Apenas em alguns Estados, cujas Corregedorias Gerais de Justiça possuem normas específicas a respeito, é que possibilitavam o reconhecimento do vínculo socioafetivo perante os oficiais de registro civil, conforme as regras específicas estabelecidas em cada estado.

Ademais, o art. 10, em seu parágrafo primeiro, informa que “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”.

Assim, a partir deste Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, qualquer pessoa que informe ter laços de afinidade e afetividade com determinada criança poderá simplesmente comparecer ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e, no mesmo instante, assumir a posição de pai ou mãe socioafetivo.

4.1 Inovações geradas para o judiciário brasileiro

Analisado em abstrato, este provimento traz importantes inovações ao cenário judicial brasileiro, já que, por exemplo, concretiza o entendimento de que não há hierarquia entre a paternidade biológica e a socioafetiva.

Neste sentido, há, inclusive, um julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto (Recurso Extraordinário nº 898.060). O tema de Repercussão Geral 622, de relatoria do Ministro Luiz Fux, envolve análise de uma eventual prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.

Na análise do mérito da questão, o STF optou por não afirmar nenhuma prevalência entre as modalidades de vínculo parental, entendendo, também, a possibilidade de coexistência de ambas as paternidades. Deste modo, firmou o seguinte entendimento: “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”.

O Provimento nº 63/2017 traz ainda, de forma expressa, a possibilidade da multiparentalidade, já que permite o reconhecimento em cartório da paternidade socioafetiva, mesmo quando já consta no registro do filho socioafetivo os nomes do pai e da mãe biológicos deste.

Assim, neste aspecto esta norma está em consonância com a jurisprudência mais recente do STF, órgão que no julgamento do já comentado RE 898.060, estabelece a tese 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”.

Ademais, há também o Enunciado número 09 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, asseverando que “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos”.

Logo, percebe-se que a tese estabelecida na Repercussão Geral 622 passa a incluir, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitantemente com uma paternidade biológica, de forma que é possível manter ambas em determinado caso concreto, admitindo, com isso, a possibilidade da existência jurídica de dois pais e duas mães.

No azo, cumpre esclarecer que a multiparentalidade nada mais é do que 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”.⁴⁵

O reconhecimento da pluriparentalidade gera inúmeros efeitos jurídicos, principalmente na área do direito de família e sucessões, já que são questões ligadas ao nome, alimentos, poder familiar, guarda e herança, dentre outros, já que, a partir do reconhecimento desta multiparentalidade, há o estabelecimento de outro vínculo e suas consequências, tais como, além do acréscimo do nome do pai ou mãe socioafetivo, a certidão de nascimento também irá informar o nome dos novos avós.

Assim, é possível apontar como um dos fundamentos da pluriparentalidade a igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas, consagrada no plano constitucional e infraconstitucional através do princípio de igualdade entre os filhos e do princípio da afetividade, já abordados neste trabalho.

Ademais, é notório que o Provimento de número 63 pretende tentar transformar o processo de reconhecimento da filiação socioafetiva em um procedimento simplificado e menos oneroso para as partes, além de possivelmente desafogar um pouco os juizados da infância e juventude. Assim, também pode ser visto como uma tentativa de implementar um meio alternativo de solução de conflitos,

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 671.

o que, cumpre ressaltar, é inclusive bastante incentivado pelo Código de Processo Civil de 2015.

4.2 Análise crítica do Provimento nº 63/2017 do CNJ

A formação de um vínculo socioafetivo é algo que ocorre aos poucos, ao longo do tempo. Com a nova regulamentação, porém, podem ocorrer casos de reconhecimento de uma suposta filiação baseada num afeto ainda recente, de maneira impulsiva, que não irá passar pelo crivo do poder judiciário. Inclusive, sequer há a necessidade de serem apresentadas quaisquer provas em cartório. Ocorre que esta suposta filiação socioafetiva pode ser baseada em laços ainda frágeis, o que pode levar a um arrependimento posterior de alguma ou ambas as partes, de forma que a questão provavelmente irá ser suscitada em ação judicial numa tentativa de desfazer este vínculo.

Assim, observa-se que é realmente importante a existência de uma apreciação judicial, de modo a garantir que não é um vínculo alegado de forma imprudente, assegurando, deste modo, o princípio do melhor interesse do menor, já abordado no primeiro capítulo do presente trabalho.

Segundo Zygmunt Bauman⁴⁶:

Ter filhos significa avaliar o bem-estar de outro ser, mais fraco e dependente, em relação ao nosso próprio conforto. A autonomia de nossas preferências tende a ser comprometida, e continuamente: ano após ano, dia após dia. A pessoa pode tornar-se — horror dos horrores — "dependente" Ter filhos pode significar a necessidade de diminuir as ambições pessoais, "sacrificar uma carreira", como pessoas submetidas à avaliação de seu desempenho profissional olham de soslaio em busca de algum sinal de lealdade dividida. Mais dolorosamente, ter filhos significa aceitar essa dependência divisora da lealdade por um tempo indefinido, aceitando o compromisso amplo e irrevogável, sem uma cláusula adicional "até segunda ordem" — o tipo de obrigação que se choca com a essência da política de vida do líquido mundo moderno e que a maioria das pessoas evita, quase sempre com fervor, em outras manifestações de sua existência. Tomar consciência de tal compromisso pode ser uma experiência traumática.

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido - Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 44.

Ainda, nesta mesma obra, Bauman⁴⁷ afirma que hoje as mercadorias consideradas defeituosas, ou até mesmo as que cumprem as que dela se espera, mas com o tempo se tornam obsoletas, mesmo em condições de funcionamento satisfatórias, acabam sendo trocadas por outras novas e aperfeiçoadas sem nenhum tipo de remorso do cliente. Ocorre que este mesmo padrão, muitas vezes, acaba sendo aplicado nas relações interpessoais, de modo que mesmo as pessoas são consideradas meramente descartáveis.

Deste modo, ao assumir uma paternidade baseada num afeto recente, caso a realidade não se adeque exatamente ao imaginado pelo pretenso pai, este pode vir a rejeitar facilmente o filho, o que deixa a criança numa situação de extrema vulnerabilidade. É o caso, por exemplo, de padrastos que, ao cessar o relacionamento amoroso com a genitora do menor, acabam desfazendo também o relacionamento com a criança.

Além disso, o Judiciário também deve analisar se o indivíduo que alega ser pai ou mãe afetivo possui as devidas condições para tal, como, por exemplo, averiguar se este faz uso abusivo de álcool ou drogas, se envolve em atividades criminosas, prática de violência doméstica, possui algum desequilíbrio mental desacompanhado de tratamento ou mesmo se há algum indício de que tal pessoa possa ser um pedófilo.

Ainda, por mais que se garanta ao oficial do Registro Civil, no art. 12 do Provimento nº 63/2017⁴⁸, a possibilidade de remeter o pedido à apreciação do Judiciário, é questionável a capacidade do Oficial do Registro Civil de avaliar esta relação, já que não há como garantir que todos os oficiais de todos os Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais do país estejam aptos a reconhecer e aferir uma filiação caracterizada pelo afeto.

Ademais, observa-se que o Estado, ao perceber que o Judiciário se encontra sobrecarregado e incapaz de atender as demandas de forma satisfatória, começou a retirar o direito privado da responsabilidade da Administração Pública.

⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido - Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 22.

⁴⁸ “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.”

Ocorre que o Provimento nº 63 retira da Administração Pública a responsabilidade de um direito indisponível, e não mais um direito privado, comprometendo, portanto, a própria segurança jurídica.

Ressalta-se que a segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado de Direito que objetiva assegurar a estabilidade das relações jurídicas, de forma a se concretizar a justiça. Ademais, busca, dentre outros fins, assegurar aos cidadãos seus direitos naturais, tais como o direito à vida e liberdade.

Assim, o Estado está, com esta extrajudicialização de um direito indisponível, sacrificando a sua própria segurança jurídica, princípio fundamental do Estado de Direito garantido de forma implícita pela Constituição Federal, em prol da celeridade e da economia processuais, objetivos estes que podem ser alcançados de outros modos, dentro do próprio judiciário, a partir do melhor aparelhamento e racionalização deste.

Uma outra possível consequência da aprovação deste provimento é que ele poderá ser deturpado e utilizado burlar leis, como, por exemplo, as regras da previdência social e direitos sucessórios, já que, com o reconhecimento da paternidade socioafetiva, o descendente é herdeiro, na forma dos artigos 1.596⁴⁹ e 1.829, I⁵⁰, do Código Civil.

O reconhecimento da filiação socioafetiva pode servir para burlar as normas referentes a sucessão, já que a lei garante aos herdeiros necessário (quais sejam, os descendentes e, na falta destes, os ascendentes) a quota de metade do patrimônio do de cujos, nos termos dos artigos 1.845 (“são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”) e 1.846 (“pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”) do Código Civil de 2002.

⁴⁹ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁵⁰ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Deste modo, o reconhecimento da paternidade socioafetiva pode ser motivada, por exemplo, pelo objetivo de diminuir a quota da herança deixada a um filho com quem o pai possui algum tipo de desafeto, ou mesmo impedir a sucessão dos genitores deste.

Ainda, esta filiação também possui reflexos na previdência social, já que o filho, na forma de dependente, terá direito ao benefício (menor de 21 anos, desde que não emancipado e o incapaz).

Desta forma, há a possibilidade de um indivíduo sem herdeiros assumir a paternidade socioafetiva de outrem apenas tendo como objetivo praticar uma fraude contra o Estado, já que, caso não houvesse o reconhecimento desta filiação socioafetiva, esta prestação pecuniária por parte do Estado iria deixar de existir após a morte do pretense pai socioafetivo.

Uma outra possibilidade de fraude contra o Estado é a utilização do reconhecimento da socioafetividade para o pagamento de uma quantia menor de impostos, já que, ao incluir o pretense filho na declaração anual de Imposto de Renda, haverá, por consequência, uma maior quantia restituída ao indivíduo.

Este reconhecimento da existência de uma filiação socioafetiva se propaga por todas as outras situações contempladas pelo Direito, e não apenas questões patrimoniais. Esta equiparação prestigia o princípio da igualdade entre os filhos, previsto, além de na própria CF, no seu art. 227, §6º, também no art. 1.596 do CC e art. 20 do ECA, questão já explanada no primeiro capítulo deste trabalho.

Portanto, o que pode-se perceber é que há uma clara tendência dos estudiosos do Direito que produzem as normas que regem a sociedade a desprezar a realidade fática, favorecendo a exegese abstrata dos textos jurídicos.

Logo, estas são normas consideradas num plano abstrato, mas em total desarmonia com o contexto político e socioeconômico do país, sendo mais um exemplo de um direito idealizado, enfatizando a situação de dualismo corriqueira no sistema jurídico brasileiro, onde há o direito ideal, e, em paralelo, um sistema prático que diverge completamente daquele.

Assim, mais uma vez houve a edição de uma norma sem existir concomitantemente uma pesquisa empírica ou sequer a consideração da realidade

particular brasileira, e, portanto, sem ponderações mínimas a respeito da exequibilidade, eficácia e efeitos deste regulamento.

4.3 (In)constitucionalidade do Provimento nº 63/2017

Necessário abordar, ainda, uma possível inconstitucionalidade deste Provimento, já que Direito Civil é matéria privativa da União, sendo inconstitucional, portanto, qualquer norma do Conselho Nacional de Justiça (ou qualquer outro entre além da própria União) que legisle sobre este assunto.

A Constituição Federal de 1988 aduz em seu art. 22 que “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

Ademais, o CNJ é um órgão administrativo, criado para funcionar como um controle externo do Judiciário. Possui poder regulamentar e disciplinar apenas dentro do âmbito de atuação. Não pode, portanto, assumir o papel de legislador, de modo que não é possível que este órgão edite um provimento regulando matéria que deveria obrigatoriamente ser objeto de lei federal, já que estaria extrapolando suas funções.

Neste sentido, tem-se o art. 103-B, §4º da CF, segundo o qual:

§ 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;

Ainda, segundo o Regulamento Interno do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 14, informa que provimento é:

(...) ato de caráter normativo interno e externo com a finalidade de esclarecer e orientar a execução dos serviços judiciais e extrajudiciais em geral. Quando se destinar a alterar outro Provimento, deverá ser redigido de tal forma a indicar expressamente a norma alterada, a fim de preservar a sistematização e a numeração existente

Neste sentido, pode-se afirmar que o CNJ tenta sedimentar, por meio de um mero provimento, uma questão que deveria passar pelo devido processo legislativo cabível, já que é uma questão relacionada com garantias constitucionais.

Ademais, segundo o art. 2^o⁵¹ da CF/88, deve haver uma obediência ao princípio da separação e harmonia dos poderes, de modo que um órgão administrativo não pode legislar, usurpando a competência do poder legislativo.

Assim, mesmo ignorando mérito do provimento, numa análise puramente formal, este deve ser declarado inconstitucional, já que esta regra não poderia ser estabelecida pelo CNJ sem previsão, já que este órgão não possui poder legiferante.

Ademais, importante lembrar que esta norma versa sobre um direito considerado indisponível, sendo, portanto, inadmissível de transação, já que o reconhecimento de paternidade ou maternidade faz parte dos direitos de personalidade do indivíduo.

Importante ressaltar que direito indisponível é aquele o qual o indivíduo não pode abrir mão, como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade e à dignidade.

Os direitos fundamentais estão dispostos, de forma exemplificativa, no art. 5º da Constituição Federal de 1988, relacionando-se, portanto, à ideia de indisponibilidade jurídica.

Ainda, o CPC de 2015, traz seu art. 334, §4º, que existem direitos que sequer serão possíveis de autocomposição entre partes na audiência de conciliação, e, apesar do Código de Processo Civil não esclarecer quais seriam estes direitos, a jurisprudência e a doutrina averbam que aplica-se esta norma quando se tratar de direito indisponível.

Além disso, tem-se o art. 178, II, do CPC, segundo o qual, o Ministério Público deve obrigatoriamente funcionar como fiscal da ordem jurídica em ações que envolvam interesse de incapaz, de forma que se possa ter certeza da preservação do melhor interesse do menor (princípio explícito no art. 227 da CF).

⁵¹ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Ademais, o Código Civil traz, no seu art. 852, que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Nesta mesma linha, tem-se uma decisão do Tribunal de Justiça catarinense, segundo o qual, “em conformidade com o disposto no art. 1º da Lei nº 9.307/96, a arbitragem pode ser utilizada exclusivamente para resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, de forma que resta afastada, regra geral, sua aplicação sem relação às lides envolvendo Direito de Família”⁵².

Deste modo, percebe-se que a intenção do ordenamento jurídico brasileiro é levar as demandas de direito indisponível para a apreciação do Judiciário, de forma a garantir a segurança jurídica.

Logo, considerando todos estes pontos, percebe-se que há uma clara tentativa do Estado se desincumbir dos seus encargos, delegando tarefas de responsabilidade do Judiciário para os cartórios, sacrificando, deste modo, a segurança jurídica.

Assim, deve haver uma atuação estatal efetiva quando o direito em discussão disser respeito ao aspecto existencial do indivíduo, devido à indisponibilidade característica deste tipo de direito.

Assim, a desjudicialização pode ser uma medida viável à morosidade do Poder Judiciário em alguns casos, mas jamais quando for matéria de interesses e direitos indisponíveis. Nestes casos, deve o Estado aparelhar-se corretamente para conseguir responder satisfatoriamente às demandas da sociedade.

Ademais, a mera desjudicialização não se mostra como mecanismo eficaz de garantia dos direitos fundamentais das partes interessadas, ao revés, pode servir de mecanismo de prática de fraudes civil, tributárias e previdenciárias, que venham a ser perpetradas em detrimento do Estado e de particulares.

⁵² TJ-SC, Apelação cível 2015.068323-3, Balneário Camboriú, Quinta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 22/3/2016, DJSC 8/4/2016, p. 233.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família é um ramo do Direito Civil extremamente dinâmico, que procura sempre acompanhar as constantes mudanças sociais. Hoje, a família tem o afeto como seu elemento caracterizador, de modo que são reconhecidas inúmeras formações familiares.

Importante observar que o modelo familiar se modifica de forma histórica e geográfica, sendo, portanto, uma criação humana mutável, dotada de historicidade.

A Constituição Federal Brasileira anterior, de 1967 possuía uma acepção muito diversa da atual, já que, por exemplo, trazia no seu art. 175 que família era apenas aquela constituída pelo casamento, além de vedar a dissolução deste, apresentando, deste modo, um cunho fortemente religioso.

Já a CF de 1988 esta acepção de que única família reconhecida era a decorrente do casamento, permitindo a retirada da ilegitimidade de algumas formações familiares. Hoje, a Lei Maior protege, expressamente, a família decorrente de união estável, antes conhecida pejorativamente como concubinato, e a monoparental, que é aquela formada por um dos pais e seus descendentes.

Os fatores que impulsionaram essas mudanças na sociedade foram inúmeros, podendo-se destacar o desenvolvimento do capitalismo, a emancipação feminina, o enfraquecimento da influência da Igreja Católica nas relações sociais, a inclusão de movimentos que reivindicam a pauta da diversidade sexual e o aumento no grau de escolaridade de crianças e jovens, sobretudo entre as mulheres.

Há, na realidade contemporânea, uma valorização dos próprios indivíduos, e não da família como um grupo. Prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade com base na afetividade.

Assim, um ponto que merece destaque nos arranjos familiares atuais é o papel da socioafetividade. Atualmente, as relações consanguíneas não são as únicas determinantes em questão de parentesco.

O reconhecimento desta filiação socioafetiva gera inúmeras consequências, a exemplo efeitos de ordem sucessória e direito a alimentos.

Em novembro de 2017, foi aprovado o Provimento nº 63, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulamenta em seus arts. 10 a 15 o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, dispensando, portanto, a necessidade de análise realizada pelo judiciário caso a caso.

Neste ponto, importante esclarecer que há uma diferença significativa entre o reconhecimento em cartório da filiação socioafetiva e a chamada “adoção à brasileira”

De maneira sucinta, a chamada “adoção à brasileira” é uma adoção ilegal, que ocorre quando alguém declara falsamente, para fins de registro civil, que é pai ou mãe biológico do menor. Enquanto isso, a partir do Provimento nº 63/2017 o pai ou a mãe socioafetivo irá comparecer ao cartório alegando que possui vínculo afetivo, formado ao longo do tempo, com o menor, podendo este, inclusive, já possuir em sua certidão de nascimento o nome de ambos os pais biológicos, de modo que um não se confunde com o outro.

Ainda, importante observar que nas últimas décadas está ocorrendo um processo de desjudicialização no Brasil, motivada pela morosidade e lentidão na tramitação de processos perante o Judiciário.

Um exemplo claro desta tentativa de desjudicialização é o Provimento nº 63/2017 do CNJ, já que antes dele o reconhecimento paternidade ou maternidade socioafetiva passava necessariamente por um processo de análise judicial onde, após averiguar as provas apresentadas pelas partes, o juiz decidiria se estava ou não comprovada a existência da filiação socioafetiva no caso em estudo.

Esta norma traz ainda, de forma expressa, a possibilidade da multiparentalidade, já que permite o reconhecimento em cartório da paternidade socioafetiva, mesmo quando já consta no registro do filho socioafetivo os nomes do pai e da mãe biológicos deste.

Ocorre que a existência de uma apreciação judicial é necessária, pois garante que não é um vínculo alegado de forma imprudente, assegurando, deste modo, o princípio do melhor interesse do menor.

Ademais, retira da Administração Pública a responsabilidade de um direito indisponível, comprometendo, portanto, a própria segurança jurídica.

Uma outra possível consequência da aprovação deste provimento é que ele poderá ser deturpado e utilizado burlar leis, como, por exemplo, as regras da previdência social e direitos sucessórios.

Importante destacar, ainda, uma possível inconstitucionalidade deste Provimento, já que Direito Civil é matéria privativa da União, sendo inconstitucional, portanto, qualquer norma do Conselho Nacional de Justiça (ou qualquer outro entre além da própria União) que legisle sobre este assunto.

Ademais, importante observar que esta norma versa sobre um direito considerado indisponível, sendo, portanto, inadmissível de transação.

Além disso, a mera desjudicialização não se mostra como mecanismo eficaz de garantia dos Direitos Fundamentais das partes interessadas, ao revés, pode servir de mecanismo de prática de fraudes civil, tributárias e previdenciárias, que venham a ser perpetradas em detrimento do Estado e de particulares, buscando-se o cuidado necessário à garantia da socioafetividade nas situações que realmente merecem proteção.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/117.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido - Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BARROS, Sérgio Resende. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, 2002. 14 v.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ: [s.n.], 1975.

BRASIL. **Código civil**. Organização de Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 1993.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva efeitos jurídicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Atlas 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIAS, Maria Berenice, **Manual do Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de família**. 26 ed. Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Constitucional à família: Um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, p.15, 2004. V.23

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito família: as famílias em perspectivas constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - vol. VI - Direito de Família**. Saraiva, 2008.

GUZZELLI, Mônica Guazzelli. **O princípio da igualdade aplicado à família**. In: DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 400

LÔBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do Direito**. 15. ed. Forense, 2008.

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

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 5 v.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares**. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

QUEIROZ, Luis Carlos Vieira. **O afeto como valor jurídico nas relações familiares**. 2014. 53 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

RIBEIRO, Marina Ponte. **Novos arranjos familiares e adoção socioafetiva: um estudo sobre a possibilidade do direito de adoção unilateral por pares vinculados mediante relação não conjugal**. 2017. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**, vol.05. 9. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, maio 1979.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.