XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

LUCIANA COSTA POLI

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito de família e sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luciana Costa Poli, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-307-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o grupo de trabalho Direito de Família e Sucessões II quanto ao XXV Encontro Nacional do CONPEDI promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelo Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba realizado em Curitiba - PR entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016 no campus da UNICURITIBA.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao direito das famílias e sucessões que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões II, coordenado pelas ora Organizadores da obra. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes com especial repercussão social nas relações privadas familiares e no direito sucessório.

O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito civil. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

Reflete a obra o fortalecimento e amadurecimento do Grupo de Trabalho Direito de Família e Sucesões II e contribui para o aprimoramento da nossa comunidade científica, permitindo o acesso dos leitores a discussões relevantes e atuais que permeiam o nosso cotidiano. Demonstra a necessidade de discussão e reconstrução dos parâmetros normativos, deontológicos e axiológicos do ordenamento jurídico brasileiro para a efetivação dos objetivos insculpidos na Constituição Federal de 1988. As discussões emergem a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família e Sucessões apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhes são característicos. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a

formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do direito de família visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito de família assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada

Na oportunidade, as Organizadoras prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboraçao dos textos que propiciaram a elaboraçao dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa e crítica do Direito de Família e Sucessões que se apresenta nessa obra de forma dinâmica e comprometida com a formaçao de um pensamento crítico a possibilitar a construção de um direito civil cada vez mais voltado à concretização de valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Dezembro de 2016.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Profa. Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - Universidade Nove de Julho

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COMO REALIDADE NÃO REGISTRAL.

A PATERNITY SOCIOAFETIVA AS REALITY NOT REGISTRAL

Thais Xavier Ferreira Da Costa
Cassia Alves Moreira Denck

Resumo

O presente artigo aborda os elementos estruturais da paternidade socioafetiva estabelecidos a partir do regime principiológico do Código Civil de 2002 e das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo pelos vetores da dignidade da pessoa humana, função social da família e afeto, que viabilizam a construção de realidades sociais à revelia da necessidade do registro público, bem como a produção dos efeitos jurídicos da filiação.

Palavras-chave: Paternidade, Afeto, Registro público

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the elements of socio-affective paternity established from values of the Civil Code of 2002 and the provisions of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, especially by the vectors of human dignity, social role of family and affection, that enable the construction of social realities to the public record necessity of default, and the production of legal effects of membership.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Paternity, Affection, Public record

INTRODUÇÃO.

Sem o risco de incidir em exagero, o Direito das Famílias é um dos seguimentos do direito positivo brasileiro que mais evoluiu após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, máxime pelos influxos do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana nos institutos jurídicos do direito de família, especialmente: paternidade responsável e igualdade jurídica entre filhos.

Destaca-se na seara dessas mudanças de paradigmas o papel fundamental do Superior Tribunal de Justiça, que nas últimas décadas enfrentou a realidade da paternidade socioafetiva, praticada na extratificação social brasileira, emprestando-lhe estatura jurídica sólida de relação existencial com reflexos patrimoniais decorrentes da filiação. Recentemente, também, o Supremo Tribunal Federal, acabou por decidir um recente caso sobre filiação, cujo tema principal foi decidir qual das duas filiações, teria preponderância de uma sobre a outra.

Apesar da notória inserção deste instituto no conjunto de figuras jurídicas de nosso direito, a sua operabilidade no plano prático encontra resistência no forte apego que nutrimos pelo o sistema legalista, em especial, pelo sistema registral, segundo o qual a filiação existente é filiação registrada, até mesmo aquela alcançada pelo processo de adoção.

Com o devido contorno da importância dos registros públicos para conferência pública da existência de determinados atos (negócios jurídicos por exemplo) e fatos (nascimentos, casamentos, falecimentos, etc) capazes de estabelecer relações jurídicas – aqui entendida como vínculo jurídico presente entre pessoas ou pessoa e coisa, capaz de alterar posição jurídica dos seus sujeitos, em razão da incidência de uma norma jurídica – surgidas, impostas ou convencionadas na vida social, observa-se que a exigência de verificação da paternidade nos livros registrais conflita com a realidade socioafetiva reconhecida pela jurisprudência, e sinaliza para continuidade de sobrecarga do Poder Judiciário, que inexoravelmente deverá ser chamado a resolver (declarar) essa crise de incerteza jurídica.

Para melhor compreender esse panorama, convém que se analise os aspectos essenciais da paternidade socioafetiva, pela ótica da doutrina e da jurisprudência, bem como, as virtudes e inconveniências do sistema registral no seu processo de aceitação social.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O REGIME PRINCIPIOLÓGICO DO CÓDIGO CIVIL.

É fato que o Direito, enquanto sistema de normas, encontra-se sujeito à constante construção, sobretudo através de fenômenos de criação e transformação manifestados pelo Poder Constituinte Originário, Poder Legislativo e ou mesmo Poder Regulamentar no Estado de Direito.

As mudanças na seara privada – entendida como o ambiente onde se desenvolvem as relações submetidas ao regime jurídico de direito privado, e não somente entre particulares – processam-se em velocidade como não antes se viu, notadamente em razão da ampliação dos meios de informação, comunicação, transporte, etc, em verdadeiro fenômeno de inflação legislativa.

Tome-se como exemplo desta constatação a curta vigência de parte das alterações produzidas pela Lei n.13.146, de 06 de Julho de 2016 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) no Código Civil de 2002, decorrente do atropelo legislativo causado pelo Novo Código de Processo Civil, demonstrando que as leis se sobrepõem em manifesta desordem, desvirtuando a coesão do sistema normativo com elevado custo para segurança jurídica.

Atentando-se para essa velocidade de transformações, os idealizadores do Código Civil de 2002 estruturaram nossa principal lei civil com novel regime principiológico voltado para ética, socialidade e operabilidade, com o uso da técnica das "cláusulas gerais", que permitem a aplicação do Direito em conformidade com realidade desenhada pelo tempo.

Como observa o Prof. Flávio Tartuce:

> Na exposição de motivos da atual codificação privada, Miguel Reale demonstra quais foram as diretrizes básicas seguidas pela comissão revisora do Código Civil de 2002, a saber: (...)
> b) Alteração principiológica do Direito Privado, em relação aos ditames básicos que constavam na codificação anterior, buscando a nova codificação valorizar a eticidade, a socialidade e a operabilidade, que serão abordadas oportunamente.
> (...)
> g) Valorizar um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. Essa pode ser tida como a principal diferença de filosofia entre o Código Civil de 2002 e seu antecessor (TARTUCE, 2016, p. 47-48).

Ao se referir ao princípio da socialidade, o citado professor civilista sintetiza a mudança de paradigma da codificação anterior na seguinte frase: *"Assim, a palavra "eu" é substituída por 'nós"*". Tal Expressão sinaliza a harmonia que deve imperar nas relações humanas, sobretudo pela solidariedade e fraternidade que regem nossa vida em sociedade – corolário dos objetivos da República Federativa do Brasil instituídos no art. 3.º de nossa Lei Fundamental.

Como próprio de sua natureza normativa, o referido princípio incide nos institutos do direito civil, ora com mais, ora com menos densidade, principalmente quando aliado à ideia de dignificação da pessoa humana.

Isso porque, concomitante à inspiração filosófica acima descrita, o direito civil, como todos os demais ramos do Direito, sofreu forte influência do progressivo reconhecimento da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), passando a ser lido pelo filtro constitucional, em especial, pelas lentes dos princípios – elemento integrador da norma jurídica e traço característico dos direitos e garantias fundamentais (Robert Alexy).

Com efeito, é correto dizer que o Código Civil está assentado em linha filosófica de autorreferência e sujeito à conformação de seus institutos aos ditames da Constituição Federal.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA E O PRINCÍPIO DO AFETO COMO SEU CENTRO GRAVITACIONAL.

A compreensão dos vetores da seara privada, é pois, de suma importância para a leitura do Direito das Famílias – expressão modernamente utilizada pela doutrina de ponta para designar as variadas concepções desta instituição, que foi elevada pelo constituinte originário do Brasil à condição de base da sociedade (art. 226 da CF).

Vale dizer, aplicam-se à família os princípios que regem o chamado Direito Civil Constitucional.

Pois bem, dentre as variadas definições, a família pode ser entendida como um *locus* onde seus integrantes se relacionam pela promoção do bem comum, com fundamento no afeto – elemento gramatical que designa a forma mais altruísta e sublime possível das relações humanas: o amor, ou seja, o bem querer do próximo, independente de qualquer retribuição.

> 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 e da solidariedade. (TARTUCE, 2016, p. 1.193).

Merecem registro as brilhantes palavras da 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 i ntuito de procriação da entidade familiar. Hoj e, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sej am 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. (...) (STJ, REsp 1 .026.98 1 /RJ, 3 .ª Turma, Rei. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.20 1 0, DJe 23 .02.2010).

Portanto, inegável que a leitura dos institutos do Direito das Famílias, no tempo presente, perpassa pela análise da dignidade da pessoa humana, função social e afeto, ligados precipuamente às questões existenciais do indivíduo nas famílias e não meramente patrimoniais.

Forte nessas considerações, surge o ponto central da presente abordagem, a conciliação desses valores com a figura jurídica da paternidade e as dificuldades do sua aceitação ampla quando divorciada do registro público – de acordo com Código Civil de 2002: *"Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro*".

Passemos então à análise do fenômeno da paternidade para melhor compreensão das implicações da sua existência à revelia do registro.

3. O PARENTESCO CIVIL.

Conquanto presente no conhecimento comum, para o Direito, a paternidade é expressão decorrente parentesco – vínculo imediato encontrado na relação ancestralidade e descendência –, em primeiro momento, no plano biológico.

Entretanto, confunde-se com a própria história do homem, a inserção de pessoa no seio familiar sem vínculo biológico nenhum dos pais, motivada pelo amor, *v.g.,* a

figura bíblica de Moisés (Êxodo 2:1-10) ou o próprio Jesus, que segundo as escrituras não descendeu de José, mas foi criado por este como se seu filho fosse (Mateus 1:18).

A essa inegável realidade o legislador de 2002 emprestou o *nomen juris* de parentesco civil*: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem".*

De acordo com o perspicaz doutrinador Tartuce:

> Parentesco civil - , que não seja a consanguinidade ou a afinidade, conforme consta do art. 1 .593 do CC. Tradicionalmente, tem origem na adoção. Todavia, a doutrina e a jurisprudência admitem duas outras formas de parentesco civi l. A primeira é decorrente da ténica de reprodução heteróloga, aquela efetivada com material genético de terceiro. A segunda tem fundamento na parentalidade socioafetiva, na posse de estado d e filhos e no vínculo social de afeto. Nesse sentido, o Enunciado n. 103 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil: "o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. (TARTUCE, 2016, p. 1.397).

Sucede que a condição do filho inserido na família sem lanços biológicos passou a nutrir cisões e polêmicas na seara do direito civil, sobretudo pelo fortalecimento do instituto da propriedade privada e seus desdobramentos no plano das sucessões – para tanto, basta rememorar que até o advento da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, havia a distinção de tratamento entre filhos havidos fora e dentro do casamento para fins sucessórios (apesar do critério de diferenciação se pautar no casamento, a ausência de vínculo biológico com um dos cônjuges era fator de configuração desse discrímen).

Superada esse recente e infeliz passado, os filhos passaram a ter tratamento isonômico no novel regime jurídico-político instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil - nela (art. 226, § 6.º) e no Código Civil de 2002 está o seguinte preceito: "*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".*

Apressado em estabilizar e pacificar a inserção de pessoa no âmbito familiar, o legislador traçou um processo legal, um meio formal, por meio do qual se cria um estado de filiação voluntária, fundada no amor, no melhor interesse do adotado.

Concluído tal ato, leva-se a sentença judicial ao registro público, para que seja dada publicidade à relação de parentesco formada. Confira-se no Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão". Até aqui, como se percebe, a filiação é fenômeno jurídico umbilicalmente ligada ao registro civil, tal como se fez com a propriedade de bem imóvel, que entre nós, somente se transmite pelo respectivo registro do título translativo no Registro de Imóveis.

4. A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COMO REALIDADE SOCIAL, PORÉM, NÃO REGISTRAL.

De outro lado, a espécie de parentesco civil fundada no afeto decorre de um fenômeno social, e como tal, não se submete a perícias ou resultados clínicos.

Derivando de uma realidade social, os estudiosos da ciência jurídica debruçaram em investigar critérios seguros para a certificação de sua existência, uma vez que, inegavelmente, se reconhecido o vínculo de filiação, dele decorrerão os ônus, obrigações e deveres previstos pelo direito entre pai e filho, como por exemplo: a complementação da capacidade dos filhos pela representação ou assistência; o consentimento para casar no caso de filhos maiores de 16 anos e menores de 18 anos; autorizar viagem ao exterior; promoção da guarda, sustento e educação; além dos sabidos reflexos sucessórios, já que os filhos, na ordem civil brasileira, são herdeiros legítimos por excelência, dentre outros.

A solução encontrada remonta ao direito romano, através da análise do *estado social do indivíduo*(*status*). Segundo Rubens Limongi França:

> O estado é um dos atributos da personalidade. Desses atributos é o de conceituação mais vaga, pois, segundo os autores, consiste no modo particular de existir das pessoas. Sua noção, porém, torna-se mais precisa se lembrarmos que no direito moderno corresponde à noção de status do Direito Romano. (FRANÇA, 1996, p.51)

Para o que interessa à presente abordagem, o estado familiar designa a situação do indivíduo no âmbito da família, a partir do qual, grosso modo diz-se que a pessoa é

casada, viúva, convivente (espécie reconhecida pela doutrina e pelo Novo Código de Processo Civil). No que interessa à presente abordagem, tem-se o *estado de filhos.*

Os critérios para visualização da *posse do estado de casados* emprestada pelo direito romano aplicam-se para a análise *posse do estado de filhos,* pois refletem manifestações sociais caracterizadas pelo tratamento afetuoso, o reconhecimento público da relação contínua e duradoura e o nome familiar sob qual a pessoa é identificada – *tractatus, reputatio e nomen.*

Segundo Tartuce:

> Da prova de estado de casados igualmente decorre a posse de estado de filhos, principalmente se não houver qualquer documento que possa atestar o vínculo anterior. Os critérios para tal configuração são três. O primeiro deles é o tratamento (*tractatus*), relativo ao fato de que, entre si e perante a sociedade, as partes se relacionam como se fossem unidas pelo vínculo de filiação, ou seja, como pais e filhos. A fama ou *reputatio*, segundo critério, constitui uma repercussão desse tratamento, constituindo o reconhecimento geral da situação que se concretiza socialmente. A entidade familiar é analisada de acordo com o meio social, como projeção natural da expressão "base da sociedade", conforme consta do art. 226, caput, da Constituição Federal de 1 988 . Por fim, com tom complementar e acessório, há o nome (nomen), presente quando a situação fática revela que o declarado filho utiliza o sobrenome do seu suposto pai. Alerte-se que é levado em conta não somente o nome registral civil, mas também o nome social, especialmente nos casos em que o filho é conhecido pelo pai perante a comunidade onde vive, ou vice-versa. De toda sorte, frise-se que esse último elemento não é primordial para que a posse de estado de filhos e a consequente parentalidade socioafetiva estejam reconhecidas. (TARTUCE, 2016, p. 1.195).

A jurisprudência também indica a posse dos filhos como norte do reconhecimento desta espécie de parentalidade:

> Ademais, a posse de estado de filho, segundo doutrina especializada, "liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade. Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco". E salienta que "a notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, [...] deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade". Por fim, registre-se que a paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana, por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. REsp 1.500.999-RJ,

> Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/4/2016, DJe 19/4/2016.

Quanto ao critério temporal para formação deste vínculo, sem dúvida o ideal é que cada caso concreto seja analisado individualmente, pois por fatores diversos o estreitamento pode variar. Por exemplo: presume-se mais rapidamente formado o estado de filiação socioafetiva quando, por circunstâncias da vida, o indivíduo passa a criar como filho, criança ou adolescente, sem tê-lo no contexto de relação amorosa com a mãe deste.

Mesmo assim, é grande o esforço da doutrina em precisar um marco temporal seguro. Confira-se:

> No que concerne ao tempo para a caracterização da parentalidade socioafetiva, leciona Leila Torraca de Brito, em sua tese de pós-doutorado defendida na Universidade Federal do Paraná, a existência de uma lei francesa (Ordonnance 2 005- 759) consagrando prazo de cinco anos de posse de estado de filhos, contados do nascimento ou do reconhecimento do filho, para que se impugne a parentalidade. Não havendo a posse de estado de filhos, o prazo para a impugnação é de dez anos. A experiência francesa serve como simples parâmetro para a realidade brasileira, cabendo apenas a ressalva de que a caracterização do vínculo de afetividade não leva em conta apenas fatores quantitativos, mas também qualitativos.

Como alternativa, pode-se sugerir o prazo de dois anos, prestigiado em nossa legislação civil para constatação da chamada separação de fato.

Em suma, pelos aludidos critérios consolidou-se a máxima popular de que a “pai é aquele cria”, aquele que dá carinho no dia a dia da nossa existência, portanto, aquele que dá afeto e efetivamente contribui para a formação do caráter da pessoa, para que ele um dia se transforme em mais um bom cidadão.

No entanto, a certificação da condição de parentesco acima descrita é fator que atormenta os aplicadores e estudiosos do Direito, principalmente pelos reflexos patrimoniais decorrentes desta espécie de filiação.

Conforme demonstra o mundo das coisas, as relações de paternidade afetiva são construídas ao longo do tempo, e quase na totalidade dos casos, paralelamente a relacionamento amoroso havido entre o pai afetivo e mãe biológica da criança ou adolescente.

Prova deste recorrente fenômeno foi a conhecida Lei n.11.924, de 17 de abril de 2009, proposta pelo então Deputado Federal Clodovil Hernandes, que alterou o art. 57 da Lei de Registros Públicos permitindo que o enteado ou enteada, por "motivo ponderável", requeira ao juiz competente, a averbação do nome de família do padrastro ou madrasta no registro de nascimento.

Junto do decurso do tempo, protrai-se a ausência de formalização desta relação para fins de direito, tal como ocorre nas uniões estáveis onde o desfazimento é recorrentemente precedido da necessidade de reconhecimento do vínculo para produção dos regulares efeitos patrimoniais – alimentos, sucessão, etc.

Precisamente aqui está o nó-górdio que fundamenta a doutrina paternidade socioafetiva – uma realidade social inserida no âmbito de um sistema legalista, que se socorre dos registros públicos para divulgar, com presunção de veracidade, os atos e fatos jurídicos relativos a pessoas coisas e coisas, como o*estado* da pessoa.

Na lição da doutrina registral de Guilherme Loureiro, tem-se:

> Entretanto, o mais relevante é que os estados representam graduações na capacidade das pessoas naturais e, por isso, devem ser conhecidos por todos os demais membros da comunidade – por meio da publicidade registral – face às evidentes e importantes consequências jurídicas que daí pode advir nos negócios e nas relações humanas. (LOUREIRO, 2014, p. 64)

O já referido apego a essa forma de verificação de fatos e relações foi contemplado no Novo Código de Processo Civil, no seu art. 384, pelo instituto da ata notarial, segundo qual: "A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial"; a qual passou ser requisito da novel modalidade de usucapião extrajudicial, prevista no art. 216-A da Lei de Registros Públicos.

Em suma, por regra, há prestígio jurídico ao registro, no entanto, não havendo paternidade pelas formas registrais o legislador de 2002 dispôs que: "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".

Nota-se o franco reconhecimento da filiação como fato social em substância e não somente em forma.

No entanto, na sequência do texto legal, não se pode negar que tal fenômeno social e jurídico depende de declaração judicial, que inexoravelmente culminará com um registro: "Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo".

É pois, pela ausência de validação social, que a paternidade socioafetiva reclama a chancela judicial para validação de efeitos, principalmente, como dito, no plano patrimonial.

5. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS DIANTE DO EMBATE ENTRE A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA.

No que diz respeito à doutrina, restou evidente que se iniciou de forma tênue uma defesa da possibilidade de subsistir uma filiação socioafetiva, mas que com o decorrer do tempo, ela foi se fortificando de tal forma que hoje temos doutrinadores de escol, formando corrente em defesa dessa modalidade de filiação perante a ordem juridica brasileira, e dentre eles pode –se citar, o Ministro do STF , professor Luiz Edson Fachin.

Por outro lado, nos tribunais superiores, também essa modalidade filiação já tem opinião firmada em seu favor. Por essa senda, o Superior Tribunal de Justiça formou jurisprudência sobre a paternidade socioafetiva, inserindo-a no rol de institutos jurídicos reconhecidos no direito brasileiro, cujos principais julgados seguem analisados.

No julgamento do REsp 878.94 1 /DF, a Min. Nancy Andrighi estabeleceu franca manutenção da paternidade voluntariamente reconhecida fundada na relação de afeto, em que se pretendia desconstituição por ausência do vínculo biológico. Segundo a eminente julgadora:

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

> civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e fi lhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

Na mesma linha de intelecção, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva proferiu voto em recurso de sua relatoria, reconhecendo a possibilidade da parentalidade decorrente de ação pós-morte, com base no art. 42, § 6.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, diante da presença da posse do estado de filhos. Conforme noticiado no informativo publicado pela referida Corte:

> O STJ já emprestou exegese ao citado dispositivo para permitir como meio de comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público daquela condição. Portanto, em situações excepcionais em que fica amplamente demonstrada a inequívoca vontade de adotar, diante da sólida relação de afetividade, é possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto (REsp 1.326.728-RS, Terceira Turma, DJe 27/2/2014). Tal entendimento consagra a ideia de que o parentesco civil não advém exclusivamente da origem consanguínea, podendo florescer da socioafetividade, o que não é vedado pela legislação pátria, e, portanto, plenamente possível no ordenamento (REsp 1.217.415-RS, Terceira Turma, DJe 28/6/2012; e REsp 457.635-PB, Quarta Turma, DJ 17/3/2003).

Por outro lado, deve-se anotar julgado em que a mesma corte sinalizou pela impossibilidade de manutenção do vínculo formado com vício de consentimento: (STJ, REsp 1.3 3 0.404/RS, Rei. Min. Marco Aurélio Bellizze, j . 05.02.2015 , DJe 1 9.02.2015). o que todavia, não reflete mudança de orientação quanto à formação da parentalidade socioafetiva, porque as razões de decidir do voto condutor mais estão ligadas à teoria das nulidades dos atos jurídicos, que propriamente ao valor do vínculo formado pela manifestação de vontade viciada. No caso dos autos, apesar da convivência pelo prazo de 05 anos entre o autor da ação e menor, constatou-se que a declaração de paternidade firmada perante o registro civil derivou de engano intencionalmente provocado pela mãe da criança. Enfim, prestigiou-se a clássica doutrina das nulidades, no sentido de que atos nulos não geram efeitos.

Em outra quadra, decidiu a Corte da Cidadania que a paternidade registral, fundada em ato vontade hígido do indivíduo, não pode ser desconstituída por herdeira sob o fundamento da ausência de vínculo biológico. Aqui o registro público serviu curiosamente como fundamento da proteção à paternidade socioafetiva. No julgamento do *REsp 878.941-DF o Ministro João Otávio de Noronha assim fundamentou a decisão:*

> Quanto a isso, dispõe o art. 1.604 do CC/2002 que ninguém pode vindicar estado contrário ao que consta do registro de nascimento, salvo provando o erro ou a falsidade do registro. Assim, essas exceções só se dão quando perfeitamente demonstrado que houve vício de consentimento (erro, coação, dolo, fraude ou simulação) quando da declaração do assento de nascimento, particularmente a indução ao engano. Contudo, não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico decorre do reconhecimento espontâneo de paternidade mediante escritura pública (adoção "à brasileira"), pois, inteirado o pretenso pai de que o filho não é seu, mas movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza, sua vontade, aferida em condições normais de discernimento, está materializada.

Na mesma linha, o Ministro Massami Uyeda no julgamento do REsp 1.088.157-PB, para o qual:

> Se nem mesmo aquele que procedeu ao registro e tomou como sua filha aquela que sabidamente não é teve a iniciativa de anulá-lo, não se pode admitir que um terceiro (a viúva) assim o faça. Quem adota à moda brasileira não labora em equívoco. Tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto e, ainda assim, ultima o ato. Nessas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode valer-se de eventual ação anulatória, postulando desconstituir o registro. Da mesma forma, a reflexão sobre a possibilidade de o pai adotante pleitear a nulidade do registro de nascimento deve levar em conta esses dois valores em rota de colisão (ilegalidade da adoção à moda brasileira, de um lado, e, de outro, repercussão dessa prática na formação e desenvolvimento do adotado). Com essas ponderações, em se tratando de adoção à brasileira a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. Após formado o liame socioafetivo, não poderá o pai adotante desconstituir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade socioafetiva.

Ao arremate dos paradigmáticos julgados, o mesmo tribunal da superior corte recentemente conferiu benefício previdenciário à filha socioafetiva (AREsp 71290). Portanto, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a paternidade

socioafetiva é protegida como valor jurídico, seja ela declarada em registro público ou não, vedada a interferência de terceiros na sua estabilidade.

Recentemente, o nosso Pretório Excelso, enfrentou o problema de filiação, no Recurso Extraordinário n. 898.060, e ao reverso do que se esperava, negou provimento ao recurso onde se pugnava pelo reconhecimento da multiparentalidade:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

Não obstante as divergências apresentadas, o voto de Relator não retira a obrigação da paternidade biológica, sob o argumento de que o Direito deve servir à pessoa, e não o contrário.

Resta evidente, com base nos ensinamentos doutrinários e nos posicionamentos jurisprudenciais aqui esposados, que o assunto ainda é matéria em construção no nosso ordenamento jurídico. Há que se reconhecer, contudo, que as discussões pontuais mormente no que tange às responsabilidades decorrentes do vínculo de filiação, sua relação de concomitância ou de preponderância, não excluem o fato de que o direito já avançou muito na matéria.

6. CONCLUSÃO

Conforme se viu, a proteção da paternidade socioafetiva conferida pelo Poder Judiciário não considera o registro público como fator determinante de decisão, mas a sua necessidade no mundo das coisas para produção de efeitos jurídicos é notória.

Tal contradição derivada do próprio sistema jurídico gera reflexos indesejados no meio social, por exemplo, a prática da chamada adoção à brasileira, reprovada inclusive pelo sistema normativo penal (art. 242 do Código Penal)., mas relativizada na Justiça Criminal, em face dos objetivos altruísticos de quem pratica o ato ilícito.

Com sugestão de solução dessa crise sistemático-normativa, revela-se coerente que sejam relativizadas as exigências da prova filiação, passando-se a admitir que, no contexto da boa-fé, o ato de reconhecimento da paternidade seja facilitado, mediante a criação de normas de multiparentalidade, que muito bem pensadas, podem assegurar dignificação daquele que, apesar de ter origem biológica já reconhecida no registro civil, tenha outro pai em função do afeto, fato ocorrido a posteriori, do primeiro reconhecimento de filiação, que seria a paternidade biológica.

Com semelhante forma de pensar: "A partir do momento em que a sociedade passa a encarar como pais e/ou mães aqueles perante os quais se exerce a posse do estado de filho, juridiciza-se tal situação, gerando, de maneira inevitável, entre os participantes da relação filial direitos e deveres; obrigações e pretensões; ações e exceções, sem que haja nada que justifique a ruptura da relação filial primeva"[6].

Nessa ordem de ideias, presta-se reverência à substância (afeto) em detrimento da forma (registro), em plena consonância com regime principiológico do Direito Civil Constitucional, permitindo que a paternidade responsável seja concretizada, perfeitamente em consonância com o principio constitucional da dignidade da pessoal humana, consolidando uma segunda paternidade, fato hoje já aceitável tanto na doutrina como nas decisões jurisprudenciais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BUNAZAR, Maurício. *Pelas portas de Villela: um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica*. Revista 108 de Direito de Família, n. 59, abril-maio de 201 O, p. 73.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1 996.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.** 5.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 7.ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional.* 6.ª Ed. São Paulo – SP: Editora Método 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único I*. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.