

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

**DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADES E
RACIALIDADE**

Organizadores:
José Ribas Vieira
Cecília Caballero Lois
Marcela Braga Nery

**Direito, gênero,
sexualidade e racialidade:
VI congresso
internacional
constitucionalismo e
democracia: o novo
constitucionalismo latino-
americano**

1ª edição

Santa Catarina

2017



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADES E RACIALIDADE

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADE E RACIALIDADE.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Gênero. Sexualidade. Racialidade. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Marcela Braga Nery – UFRJ

**A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO REGISTRAL DA
HOMOPARENTALIDADE E A POLIPARENTALIDADE PARA OS DIREITOS
HUMANOS: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO
FUNDAMENTO MOR NO DECISIONISMO BRASILEIRO**

**THE IMPORTANCE OF THE RECOGNITION OF LGBT PARENTING AND THE
REGISTRY POLIPARENTALIDADE FOR HUMAN RIGHTS: THE PRINCIPLE OF
HUMAN DIGNITY AS A BASIS IN THE BRAZILIAN CHIEF DECISION-MAKING
POWERS**

Mariangela Ariosi ¹

Resumo

Este trabalho visa a estudar, do ponto de vista do Direito Constitucional Civil, os fenômenos da homoparentalidade e poliparentalidade e suas repercussões para os Direitos Humanos no âmbito dos Direitos das famílias. Para tanto, se inicia conceituando e diferenciando o Direito Registral, demonstrando seu campo de atuação e sua importância para o tema. Também, houve necessidade de conceituar o ativismo judicial e demonstrar que o tema é visto dentro da órbita desse ativismo, fato que motiva muitas críticas. O decisionismo judicial, que fundamenta suas decisões no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, é analisado em três momentos que demarcam a evolução do tema, sempre à luz da Constituição Federal: adoção à brasileira de casais heteroafetivos, a homoparentalidade e a poliparentalidade. Com efeito, foi dedicado muito tempo de trabalho na conceituação desses termos e na diferenciação entre o foco desse trabalho sobre a paternidade e não sobre a família, malgrado se reconheça seu inter-relacionamento. Ao final, se analisou o decisionismo dos Tribunais e das Cortes STF e STJ sobre o tema. Concluiu-se que o tema evoluiu chegando, enfim, à garantia do reconhecimento da poliparentalidade pelo STF em decisão com efeito vinculante que tem como fundamento mor o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Homoparentalidade, Poliparentalidade, Multiparentalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to study, from the point of view of Civil constitutional law, LGBT parenting and poliparentalidade phenomena and their implications for human rights in the context of the rights of families. To do so, start conceptualizing and differentiating the Registry Law, demonstrating its field and its importance to the topic. Also, there was need to conceptualize the judicial activism and demonstrate that the subject is seen within the orbit of this activism, which motivates a lot of criticism. The judicial decision-making powers, that based their decisions on the principle of human dignity, is analyzed in three moments that marked the

¹ Letras, Relações Internacionais e Direito; Pós-graduação Direito Civil, Direito Notarial e Registral; Mestre em Direito (UERJ); Doutorado Direito (não-concluído - USP); Tabela e Registradora em São Paulo.

evolution of the theme, always in the light of the CRFB: adoption to couples brazilian heteroafetivos, LGBT parenting and poliparentalidade. Indeed, it was dedicated a lot of time in the conceptualization of these terms and in the differentiation between the focus of that work on fatherhood and not on the family, despite recognizing your inter-relationship. In the end, if analyzed the decision-making powers of the courts and the courts SUPREME COURT and SUPREME COURT on the subject. It was concluded that the theme evolved coming, finally, to guarantee the recognition of poliparentalidade by the Supreme Court in a decision with binding effect that unfounded mor the principle of human dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: lgbt parenting, Poliparentalidade, Multiparentalidade

**A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO REGISTRAL DA
HOMOPARENTALIDADE E A POLIPARENTALIDADE PARA OS DIREITOS
HUMANOS: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO
FUNDAMENTO MOR NO DECISIONISMO BRASILEIRO**

RESUMO: Este trabalho visa a estudar, do ponto de vista do Direito Constitucional, os fenômenos registrais da homoparentalidade e da poliparentalidade e suas repercussões para os Direitos Humanos sobretudo no âmbito dos Direitos das famílias. Para tanto, se inicia conceituando e diferenciando o Direito Registral, demonstrando seu campo de atuação e sua importância para o tema. Também, houve necessidade de conceituar o ativismo judicial e demonstrar que o tema é visto dentro da órbita desse ativismo, fato que motiva muitas críticas. O decisionismo judicial, que fundamenta suas decisões no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, é analisado em três momentos que demarcam a evolução do tema, sempre à luz da Constituição Federal: *adoção à brasileira* de casais heteroafetivos, a homoparentalidade e a poliparentalidade. Com efeito, foi dedicado muito tempo de trabalho na conceituação desses termos e na diferenciação entre o foco desse trabalho sobre a paternidade e não sobre a família, malgrado se reconheça seu inter-relacionamento. Ao final, se analisou o decisionismo dos Tribunais e das Cortes STF e STJ sobre o tema. Concluiu-se que o tema evoluiu chegando, enfim, à garantia do reconhecimento da poliparentalidade pelo STF em decisão com efeito vinculante que tem como fundamento mor o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: homoparentalidade; poliparentalidade; multiparentalidade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1. O Direito Registral como instrumento jurídico do Direito das Famílias; 2. Homoparentalidade e Poliparentalidade; 3. Fundamentos jurídicos à luz do Direito Constitucional da homoparentalidade e poliparentalidade; 4. Ativismo judicial e as novas configurações parentalidade; 4.1 Posições contrárias ao ativismo judicial; 4.2 Posições favoráveis ao ativismo judicial; 5. Jurisprudência sobre homoparentalidade e poliparentalidade; 5.1 Das decisões dos juízos comuns; 5.1.1 O reconhecimento da paternidade socioafetiva em registros heteroparentais; 5.1.2 O reconhecimento da paternidade socioafetiva em registros homoparentais; 5.1.3 O reconhecimento da paternidade socioafetiva em registros poliparentais; 5.2 Das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; CONCLUSÃO.

1. O Direito Registral como instrumento jurídico do Direito das famílias

Com efeito, deve-se diferenciar o Direito Registral do Direito Notarial. Apesar de ambos serem ramos de estudo da atividade extrajudicial, apresentam conteúdo individualizado. O Direito Notarial é aquele aplicado nas atividades notariais e é resumido pelos doutrinadores como sendo um: "conjunto sistemático de normas que

estabelecem o regime jurídico do notariado"¹; ou ainda, como: "o direito notarial pode definir-se como o conjunto de normas positivas e genéricas que governam e disciplinam as declarações humanas formuladas sob o signo da autenticidade pública"²; ou, simplesmente, como define Leonardo Brandelli dizendo sê-lo um "aglomerado de normas jurídicas destinadas a regular a função notarial e o notariado"³.

Já o Direito Registral é aquela atividade inerente aos cartórios de registros como os registros civis e o imobiliário. Nos registros civis de pessoas naturais está o reservatório registral, desde o nascimento da pessoa natural, passando pelo casamento até seu óbito. Quanto aos registros de pessoas jurídicas, também se encontram desde sua constituição e alterações até sua extinção. Já o registro imobiliário traz o reservatório de cada uma das unidades imobiliárias existentes, conferindo a elas uma identificação única e inconfundível, que é a matrícula. Pode-se comparar a matrícula ao CPF da pessoa física, no qual não há homonímia; cada ser humano tem um CPF, bem como cada unidade imobiliária também tem uma matrícula⁴. Interessante trazer à colação uma passagem do livro de Nicolau Balbino Filho, ao analisar a função registral:

O Registro seja uma fiel reprodução da realidade dos direitos imobiliários. A vida material dos direitos reais, bem como a sua vida tabular, deveriam-se desenvolver paralelamente, como se a segunda fosse espelho da primeira. Com efeito, esta é uma

¹ LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1996. p.83.

² NERI, Argentino I. *Tratado Teórico y práctico de Derecho Notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1980. V. 1. p.322.

³ BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.79.

⁴ Conforme bem ilustra as autoras e Acadêmicas de Direito Camila Gusmão e Sandy Ribeiro: "O Registro Civil tem origem antiga. No que diz respeito ao relato histórico de seu surgimento, sua origem é percebida na Bíblia por volta da Idade Média, como registro realizado inicialmente pela Igreja Católica com o intuito de registrar os batismos, casamentos e óbitos dos fiéis para conhecê-los, ter um controle e fazer uma escrituração dos dízimos recebidos (GONÇALVES, 2003). A transformação do Registro religioso em Registro Civil teve início no ano de 1888, pouco antes da Proclamação da República, com o Decreto n. 9.886, justificado pela insuficiência dos assentos eclesiásticos para atender as necessidades públicas e pelo surgimento de novas religiões. Atualmente, a matéria é regida pelo Código Civil, que se limitou a determinar o registro dos fatos essenciais ligados ao estado das pessoas, e pela Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que regula legislativamente sobre os Registros Públicos. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (CRFB/88), o direito ao Registro Civil de Nascimento ganhou *status* constitucional. O artigo 5º, inciso LXXVI da CRFB/88, inserido no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegurou a gratuidade do Registro Civil de Nascimento para os reconhecidamente pobres. O inciso LXXVII, do mesmo artigo, estipula a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, estando regulamentado pela Lei n. 9.265, de 12 de fevereiro de 1996. A Lei n. 9.534, de 10 de dezembro de 1997, alterou a Lei 9.265/96, incluindo o direito à gratuidade do Registro Civil de Nascimento como necessário ao exercício da cidadania, assegurando o benefício a todos os brasileiros, independentemente da capacidade econômica financeira dos interessados."

FONTE: GUSMÃO, Camila, RIBEIRO, Sandy de Oliveira. *O registro civil de nascimento da pessoa natural como pressuposto da cidadania*. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/28560/o-registro-civil-de-nascimento-da-pessoa-natural-como-pessuposto-da-cidadania>. Acessado em 27 de outubro de 2016.

ambição difícil de se concretizar, mas em se tratando de um ideal, nada é impossível; basta perseverar.⁵

Há de se ressaltar que o Direito Registral evoluiu conferindo também maior liberdade aos Registradores. Neste trabalho, se verificará o crescimento da autonomia dos Registradores quanto à instrumentalização dos registros públicos.

2. Conceitos e diferenças: homoparentalidade e poliparentalidade

Grosso modo, pode-se dizer que a homoparentalidade, menos discutida atualmente, é a possibilidade de se registrar dois genitores de mesmo gênero no assento de nascimento. Mesmo não sendo atualmente o centro do debate, também pode causar muita estranheza à considerável parte da sociedade. Há alguns anos, já se consolidou o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de ser registrar duas pessoas de mesmo gênero como genitores de uma criança, seja esta fruto de uma gravidez unilateral ou de adoção.

Apesar do recorte deste trabalho não estar focado na questão social, não custa lembrar que o Direito teve que alcançar as estruturas sociais homoafetivas que já se tornaram uma realidade de longa data. Essa trajetória de conquistas sociais dos Direitos homoafetivos custou muita luta social e muito esforço acadêmico. Nesse sentido, vale trazer o excelente trabalho da lavra das sociólogas Amanda Cristina Ramos de Oliveira e Paula Manuella Silva de Santana, intitulado “Famílias homoparentais: reflexões a cerca do ser família na contemporaneidade”, que bem demonstra essa evolução na garantia dos direitos:

A família homoparental teve de enfrentar ao longo das décadas, diversas formas de preconceito social, revelados através dos discursos e comportamentos da sociedade em relação a esta forma de ser família. Contudo, é possível perceber através da história, da sociologia, da antropologia, do direito e da psicologia social que a família homoparental vem ganhando espaço nos meios sociais, reivindicando direitos constitucionais, buscando o respeito e aceitação social como instituição familiar, porém, através de muitas lutas sociais.⁶

As Autoras, acima mencionadas, tinham como objetivo “(...) apresentar e discutir a forma como a homoparentalidade tem sido concebida e representada pelo meio social,

⁵ BALBINO FILHO, Nicolau. *Direito Imobiliário Registral*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.35.

⁶ OLIVEIRA, Amanda Cristina Ramos de; SANTANA, Paula Manuella Silva de. *Famílias homoparentais: reflexões a cerca do ser família na contemporaneidade*. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/667/831>. Acessado em: 27 de outubro de 2016.

bem como quais as possibilidades e contribuições da homoparentalidade para a sociedade e para o conceito de família em nosso país.”⁷. O recorte das Autoras não é jurídico, mas sociológico. Todavia, como dito acima, mesmo não tendo este trabalho um viés sociológico, não se pode deixar de apontar as contribuições das ciências sociais para a evolução do Direito Registral até a admissibilidade da instrumentalização do registro em si. Ademais, o foco das ciências sociais é estudar essa evolução social e reafirmar o reconhecimento das famílias homoparentais como fenômeno social.

Também não custa lembrar que o conceito de homoparentalidade se diferencia da homoafetividade porque, no primeiro, tem-se a presença de um filho no seio de uma relação homoafetiva. A homoafetividade presume a união entre pessoas do mesmo gênero; a homoparentalidade, presume a paternidade entre pessoas do mesmo gênero que podem ou não estar vivendo em uma relação de homoafetividade.

No presente trabalho, diferentemente do foco das Autoras, acima citadas, pretende-se estudar a poliparentalidade registral, não importando a origem familiar. Com efeito, não se trata, aqui, de um estudo da homoafetividade, nem um estudo sobre as famílias homoparentais, e sim da homoparentalidade registral, qual seja, do registro de 2 genitores com o mesmo gênero.

Quanto ao conceito de poliparentalidade ou pluriparentalidade, trata-se da presença de mais de 2 genitores para um mesmo registrando. Tem-se o registro de um filho com mais de 2 genitores, conseqüentemente haverá a coincidência de gênero em pelo mesmo um deles; por exemplo, 2 homens e uma mulher; ou 3 homens, ou 2 mulheres e 1 homem etc. Com efeito, trata-se de uma modalidade nova de registro ainda muito discutida seja pela doutrina ou jurisprudência. Mesmo a sociedade, em alguns de seus setores, inclusive em âmbito acadêmico, desconhece a possibilidade dessa configuração no âmbito registral.

A diferença entre a multiparentalidade e a dupla paternidade está na simples constatação de que na pluri ou multiparentalidade há mais de 2 genitores. Essa diferença foi demonstrada em artigo intitulado “Multiparentalidade e a dupla paternidade: as diferenças”, onde a Autora resume assim:

A multiparentalidade é a prova que no Direito de Família a situação fática, ou seja, a própria realidade, deve e pode ser tutelada. A multiparentalidade pode ser definida como a coexistência jurídica do vínculo biológico e do afetivo.⁸

⁷ Ibidem.

⁸ SANCHES, Salua Scholz. *Multiparentalidade e dupla paternidade: diferenças*. Revista **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4183, 14 dez.2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31491>>. Acesso em: 29 de setembro de 2016.

Na poliparentalidade existem relações de parentesco biológicas ao lado das relações afetivas. Do ponto de vista genético, somente é possível a reprodução humana através de um óvulo e de um espermatozoide, portanto é biologicamente impossível existir mais de 2 genitores biológicos com mesmo sexo; todavia, os genitores biológicos podem estar relacionados aos genitores afetivos. São os laços de afetividade que justificam a poliparentalidade.

As inovadoras técnicas de reprodução humana ainda permitem uma terceira figura que é a *barriga solidária*, na qual a mulher recebe um embrião com material genético diferente do seu. São tantas as formas de composição genética aliadas à liberdade sexual humana que já se pode considerar a poliparentalidade como uma consequência dessa sociedade livre e leberal. Por esta razão, a porta-voz na defesa dos direitos alternativos, a jurista Maria Berenice Dias, afirma que :

Utilizadas as modernas técnicas de reprodução assistida, como a decisão de ter filhos é do casal, é necessário assegurar, quer aos *gays*, quer às lésbicas, o direito de proceder ao registro dos filhos no nome do casal.⁹

E, para tratar do ponto de vista registral, deve-se passar a um estudo mais técnico, centrado nos aspectos jurídicos dessas duas configurações de parentalidade.

3. Fundamentos jurídicos à luz do Direito Constitucional da homoparentalidade e poliparentalidade

A homoparentalidade encontra seu fundamento a partir do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero. Assim, quando entra em vigor o Código Civil, em 2002, o seu Art. 1.723 já vinha sendo criticado como uma norma inconstitucional já que violaria o princípio supremo da igualdade entre as pessoas e mais um outro princípio constitucional, em nome do qual tudo se pode fazer, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. A doutrina civilista, já desde à época da tramitação do PL do CC, vinha se opondo ferozmente ao Art. 1.723, abaixo transcrito:

Art. 1.723. 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.

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 384.

Bastava o supra artigo dizer: “É reconhecida como entidade familiar a união *entre pessoas*, configurada (...)”; estaria resolvido o problema. Não tardou, todavia, para o STF, em maio de 2011, reconhecer a união entre pessoas do mesmo gênero (por uma interpretação conforme a Constituição do art. 1723 do Código Civil), na ADPF/132 e ADIn 4277¹⁰. Assim vem sendo desde então.

Mas, o avanço normativo foi muito além. Atualmente, a união estável, já reconhecida pelo STF, é imponível no sistema jurídico brasileiro, foi alçada à realidade de igualdade integral com as uniões heteroafetivas; sua conversão em casamento, bem como o casamento direto já é lei. Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça baixou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, obrigando os Cartórios de todo o país a procederem à conversão ou a pedidos de casamento direto entre pessoas do mesmo gênero. Em consonância com a norma, a jurisprudência efetiva essa nova condição que ainda assusta a muitos:

Estes são temas que ainda causam perplexidade a muitos dos profissionais do Direito, pois algumas das matérias mexem justamente com alguns dos supostos mais básicos com os quais construímos os fundamentos do direito, a saber: a obviedade (e, logo a separação e atribuição de diferentes direitos e obrigações) de que há apenas dois gêneros (feminino e masculino), distinguíveis por um simples exame físico e que tais gêneros apenas podem ter uma orientação sexual: a heteroafetiva.

Enquanto outras áreas do conhecimento como a Medicina ou a Psicologia, há muito, superaram tais barreiras, o Direito ainda se mantém, em boa medida, posições tradicionais e de perplexidade diante desse novo quadro.¹¹

¹⁰ “Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo. O julgamento foi realizado em duas sessões plenárias, nos dias 4 e 5 de maio. Na primeira sessão, o relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. Antes do relator, falaram os autores das duas ações – o procurador-geral da República e o governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio de seu representante –, o advogado-geral da União e advogados de diversas entidades, admitidas como *amici curiae*. Os demais ministros do STF acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=179003. Acessado em 27 de outubro de 2016.

¹¹ BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia. *Diversidade sexual: um novo capítulo no direito*. Disponível em: <http://alexprocesso.jusbrasil.com.br/artigos/121943466/diversidade-sexual-um-novo-capitulo-no-direito>. Acessado em: 27 de outubro de 2016.

Todos os eventos acima fomentaram o crescimento das configurações familiares homoafetivas, conduzindo a uma liberdade ainda maior para se falar em poliafetividade. Ainda bem pouco adotada, a família poliafetiva, que compreende a união entre mais de 2 pessoas sejam ou não do mesmo gênero, está atualmente em discussão inclusive dentro do CNJ¹². À conquista do casamento homoafetivo se segue o reconhecimento da poliafetividade e uma futura regulamentação dessa nova formação de família. A tendência no campo das liberdades individuais se encaminha para uma maior tutela jurídica dessas liberdades. Vale trazer à colação os dizeres do Ministro Luís Roberto Barroso, na Tribuna do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas: “Ninguém deve ser diminuído nessa vida pelos afetos” (informação verbal)¹³.

Seguindo-se a essa decisão, o STJ afirmou que o objeto da proteção do Estado é a família, isto é, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. É o que diz o Informativo nº 486 daquele Tribunal:

(...) nos dias de hoje, diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são

¹² “As escrituras públicas de relacionamentos entre mais de duas pessoas, as chamadas uniões poliafetivas, estão sendo estudadas pela Corregedoria Nacional de Justiça, que recebeu representação da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Liminarmente, a entidade pediu a proibição de lavraturas de escrituras públicas de reconhecimento de uniões poliafetivas pelos cartórios de todo o país. No mérito, pede a regulamentação da matéria. Para analisar o caso, a corregedora nacional de Justiça, ministra Nancy Andrighi, instaurou um Pedido de Providências. Ela negou a liminar, mas sugeriu aos cartórios que aguardem a conclusão deste estudo para lavrar novas escrituras declaratórias de uniões poliafetivas. “Essa é apenas uma sugestão aos tabelionatos, como medida de prudência, até que se discuta com profundidade esse tema tão complexo que extrapola os interesses das pessoas envolvidas na relação afetiva”, ponderou a ministra Nancy Andrighi. Ela esclareceu que não é uma proibição. A representação foi feita à Corregedoria com base em notícias divulgadas na imprensa sobre a lavratura de escrituras públicas de uniões entre um homem e duas mulheres em um caso, e entre três homens e duas mulheres em outro. Para a ADFAS, essas uniões são inconstitucionais. A corregedora explicou que as uniões poliafetivas adentram em áreas do Direito, inclusive de terceiros, que precisam ser profundamente debatidas, como repercussão no Direito Sucessório, Previdenciário e de Família – em especial na questão do pátrio poder, entre outros. A intenção da corregedora é promover audiências públicas no Conselho Nacional de Justiça para ouvir a sociedade e entidades ligadas ao tema. As discussões vão possibilitar o estudo aprofundado da questão para que a Corregedoria analise a possibilidade de regulamentar o registro civil das uniões poliafetivas. Nancy Andrighi já solicitou a manifestação das Corregedorias Gerais dos tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e de São Paulo sobre os fatos apontados na representação. Também foi solicitado às Corregedorias de todos os tribunais estaduais do país que informem suas serventias sobre a existência do presente processo e a sugestão da Corregedoria Nacional.”

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>. Acessado em: 27 de outubro de 2016.

¹³ Sustentação oral proferida por Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal, em Brasília, em maio de 2011.

menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

Com efeito, se consolida a cada dia uma cultura da diversidade sexual, com leis protetivas, como o Estatuto da diversidade, e uma crescente jurisprudência que busca nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana a justificativa jurídica para a tutela desses interesses.

Desta forma, natural que essa mudança no *status* familiar se reflita no Direito Registral. Quanto mais famílias homoafetivas e poliafetiva se formam, maior a incidência de registros de filhos provenientes dessas famílias.

4. Ativismo judicial e as novas configurações de parentalidade

O ativismo judicial é a inserção do Judiciário nas tomadas de decisão concretizando novos paradigmas jurídicos. Pode-se dizer que foi a partir da CRFB de 1988 que se foi consolidando o ativismo judicial, bem como as discussões envolvendo operadores do direito e diversos cientistas políticos. Uma característica, talvez a mais significativa do ativismo, é a aplicação de princípios constitucionais interpretados sobre um caso concreto¹⁴.

¹⁴ “A presente temática trata-se de expressões, onde muitas vezes são utilizadas como sinônimas para se referirem a um mesmo caso concreto, mas que possuem significados diferentes que precisam ser esclarecidos, para que se possa compreender melhor esse fenômeno.

No caso da Judicialização da política, podemos dizer que ocorre a transferência de decisão dos poderes Legislativo e Executivo para o poder Judiciário, o qual passa a estabelecer normas e condutas a serem seguidas pelos demais poderes. Para **José dos Santos Carvalho Filho** (2010), a Judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição.

Segundo o Autor, o termo Judicialização da política ganhou destaque a partir da obra de Tate e Vallinder, onde os autores abordaram o conceito e as condições institucionais para a expansão do Poder Judiciário no processo decisório em Estados democráticos. Para **Luis Roberto Barroso** (2009, p.03), a judicialização nasceu do modelo constitucional que se adotou e não de um exercício deliberado de vontade política, já o ativismo, há uma escolha, do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude. Assim, o Autor faz as seguintes distinções:

"A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Por fim, a Professora **Vanice Regina Lírio do Valle** (2009, p. 21), assevera que a problemática da identificação do Ativismo Judicial acampa nas dificuldades referentes ao processo de interpretação constitucional, já que o método utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não, está numa complexa posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo

O ativismo judicial sofre críticas também. Existem duas teorias que tratam sobre esta forma de decisionismo, uma é contrária a esse comportamento do Judiciário, chamada de Teoria procedimentalista, a qual alega que as pessoas não têm direito de exigir do Judiciário que lhe garanta determinadas faculdades previstas na Lei para que possa ser-lhe atendido o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵. E a Teoria substancialista, na qual deve sim o Judiciário intervir nestas questões já que é o STF o guardião da Constituição Federal.¹⁶

Segue, abaixo, um resumo dos principais autores que são contrários ao ativismo, adeptos da Teoria procedimentalista e os que são favoráveis ao ativismo judicial, filiados à Teoria substancialista.¹⁷

4.1 Posições contrárias ao ativismo judicial:

Assevera o Autor Cícero Granja que :

As principais críticas contra o fenômeno do Ativismo Judicial estão concentradas em vários argumentos, onde juízes, Tribunais e principalmente os Tribunais Constitucionais, não possuem legitimidade democrática, contra os atos legalmente instituídos pelos poderes Legislativo e Executivo. Os críticos ainda asseveram em suas assertivas que o Poder Judiciário atua de duas formas, ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis do Poder Legislativo ou Executivo, ora como legislador positivo, o qual interpreta as normas e princípios e lhes atribuem juízo de valor, assim, é conhecido no meio acadêmico como desafio contramajoritário.¹⁸

constitucional. GRANJA, Cícero Alexandre Granja. *O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052. Acessado em: 27 de outubro de 2016.

¹⁵ MONTEIRO, Janicleide Neri. *A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível*. In *Estudos de direito constitucional*. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011; MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais*. In: *Estado de Direito e Ativismo judicial*. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

¹⁶ GALVÃO, José Octavio Lavocat. *Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica*; in: *Estado de Direito e Ativismo judicial*. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

¹⁷ Este resumo foi organizado pelo Autor Cícero Alexandre Granja que é Funcionário Público Estadual, Bacharel em Direito pela IESP (Instituto Educacional do Estado de São Paulo – Birigui), Aluno Especial do Programa de Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM – Marília/SP. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052. Acessado em: 27 de outubro de 2016.

¹⁸ GRANJA, Cícero Alexandre. *O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052. Acessado em: 27 de outubro de 2016.

Os críticos mencionam que ocorre também no ativismo judicial a atribuição de enorme relevância dos princípios constitucionais e que essa interpretação depende de um perigoso subjetivismo, ou seja, da vontade de quem interpreta. Para eles, não há como negar o componente do método aplicativo da ponderação. Seguem, abaixo, alguns posicionamentos:

- **Ana Paula de Barcellos:**

(...) a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês 'hard cases'), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.¹⁹

- **Daniel Souza Sarmento:**

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.²⁰

- **Ronald Dworkin:**

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

²⁰ SARMENTO, Daniel Souza. (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.14.

vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.²¹

De forma geral, os adeptos da Teoria procedimentalista entendem que ocorre uma intromissão do Poder Judiciário nos demais poderes da República, que viria a ferir o princípio da separação dos poderes.

4.2 Posições favoráveis ao ativismo judicial:

Os que defendem o ativismo se enquadram da Teoria substancialista e asseveram que o Poder Judiciário possui legitimidade para invalidar decisões do Legislativo e do Executivo.

- **Geórgia Lage Pereira Carmona:**

A legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva, do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais.²²

- **Luis Roberto Barroso:**

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.²³

- **André Ramos Tavares:**

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbem de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários.²⁴

- **Hélder Fábio Cabral Barbosa:**

²¹ DWORCKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 451, 452.

²² CARMONA, Geórgia Lage Pereira. *A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

²³ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

²⁴ AVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.²⁵

- **Fernando Gomes de Andrade:**

Creemos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição.²⁶

Desta forma, pode-se afirmar que a legitimidade exercida pelo Poder Judiciário está expressa na própria Constituição Federal fazendo com que os magistrados atuem exatamente à luz da CRFB. Ademais, se defende que o ativismo judicial seria na verdade um instrumento de promoção da democracia.

5. Jurisprudência sobre homoparentalidade e poliparentalidade

Independentemente da Teoria adotada, se procedimentalista ou substancialista, ou ainda se realmente se trata de ativismo judicial ou se seria apenas a judicialização dos temas, deve-se passar à análise das decisões judiciais que, no fim das contas, vão estabelecer essa nova realidade. Vale dizer que as decisões tomadas no âmbito judicial são instrumentalizadas dentro das serventias extrajudiciais através da prática registral. Os cartórios são o repositório dos Livros nos quais se encontram os registros de nascimento sejam eles homo ou poliparentais.

5.1 Das decisões dos Juízos comuns

Visando a organizar o material pesquisado, tem-se 3 etapas de evolução do ativismo judicial nessa matéria:

- 1ª. O reconhecimento da paternidade socioafetiva em registros heteroparentais;
- 2º. O reconhecimento da paternidade socioafetiva homoparental;
- 3º. O reconhecimento da paternidade socioafetiva poliparental.

²⁵ BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. *A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível*; in *Estudos de direito constitucional*. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.

²⁶ ANDRADE, Fernando Gomes. *Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF*; in: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

5.1.1 O reconhecimento da paternidade socioafetiva em registros heteroparentais

Em princípio, tem-se o reconhecimento da paternidade pelo vínculo da afetividade. Este procedimento podia acontecer em dois momentos: no momento do nascimento, quando a mãe, desacompanhada do pai biológico, comparece ao cartório com o pai afetivo que então registra a criança como sendo sua. Esse procedimento é chamado de *adoção à brasileira*, mas também se amolda à conduta típica do Art. 242 do Código Penal (registrar filho alheio como próprio). Sobre esse procedimento, vale transcrever as palavras da Ministra Nancy Andriahi:

A ‘adoção à brasileira’, inserida no contexto de filiação socio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado (...).²⁷

Segundo a Ministra, a *adoção à brasileira* está inserida em um contexto de socioafetividade. Logo, a utilização do Direito Penal, sob o pretexto de salvaguardar um dos conceitos de família, condenando algumas espécies de manifestações de afetividade deve ser questionada diante da atual ordem constitucional²⁸.

Como bem ressaltado em artigo acadêmico, publicado na conceituada Revista do IBCCRIM:

(...) a análise dos julgados a seguir transcritos, os únicos do ano de 2012 e 2013 (até 09.12.2013) no Tribunal de Justiça de São Paulo (pesquisa restrita às Câmaras Criminais, palavras-chave utilizadas na pesquisa: “adoção à brasileira” e “art. 242”), demonstram a utilização recorrente – e, no caso, unânime – do motivo nobre para a não aplicação de pena. Sobre esse tópico, Cezar Roberto Bitencourt opina que pela nobreza da ação ou por suas consequências, no caso da adoção à brasileira, deve-se deixar de aplicar qualquer pena, ou seja, conceder o perdão judicial. É exatamente nesse sentido que a jurisprudência pátria vem se posicionando.²⁹

Conclui-se, então, que essa forma registral tem sido “descriminalizada” pelos Tribunais³⁰. No ofício diário do cartório, chegando o homem acompanhando a mãe e

²⁷ STJ, 3.^a T., REsp 878.941/DF, rel. Min. Nancy Andriahi, j. 17.05.2007, DJ 17.09.2007.

²⁸ CARVALHO, Maria Fernanda Fonseca de. A incompatibilidade constitucional do tipo penal do art. 242 do CP. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/195-Reflexao-do-Estudante. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

²⁹ Ibidem.

³⁰ A título de exemplo, seguem alguns julgados mais antigos sobre o tema:

1. Apelação – Parto suposto – Registrar, como seu, filho de outrem – Motivo de reconhecida nobreza – Perdão judicial – Cabimento: Reconhecido cabalmente nos autos que a conduta dos agentes revestiu-se de motivo de reconhecida nobreza, cabível a aplicação do perdão judicial e, conseqüentemente, a extinção da

informando que não é o pai biológico, a cautela registral determina que o Oficial remeta o caso ao Juiz Corregedor Permanente, este invariavelmente concede a ordem para registrar a criança. Seja no momento do nascimento, seja tardiamente, se a pessoa informar ao Registrador que não é o pai biológico, este deverá remeter o caso ao seu Juiz Corregedor Permanente.

Sobre o elemento subjetivo (conhecimento da inexistência de vínculo biológico do pai), a jurisprudência é unânime em negar a desconstituição dos vínculos de paternidade quando o pai, sabendo que não o era à época do registro, mesmo assim registra a criança como sua filha. Inclusive essa tem sido uma tese muito utilizada nas contestações nas ações de negativa de paternidade. Resta provar nestas ações, portanto, se o pai sabia ou não sabia ser o pai biológico. Sabendo, à época do registro, que não era o pai biológico, o juiz, por este motivo, não desconstitui a paternidade.

Caso a pessoa que chega ao cartório, sabendo que não é o pai biológico, nada informa ao Registrador, o registro será feito normalmente. O problema da paternidade socioafetiva já superou a questão da criminalização e hoje está tranquilamente pacificada. Nessa esteira, vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a família, que é formada cultural e socioafetivamente, como base da sociedade. Bem ilustra o Professor Álvaro Vilaça que:

(...) a Constituição não elegeu a origem biológica como fundadora da família. Ao contrário, dispensou-a, para fixar-se na relação construída no afeto e na convivência familiar, tendo ou não consanguinidade (...). O reconhecimento do genitor biológico não pode prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, que frequentemente ocorre entre a mãe

punibilidade. Recurso provido” (TJSP – Ap 0005882-49.2004 – rel. J. Martins – j. 05.08.2012; destaque nosso).

2. Apelação. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém nascido. Art. 242 do CP. ‘Adoção à brasileira’. Reconhecimento do motivo nobre. Aplicação do perdão judicial (art. 242, parágrafo único). Extinção da punibilidade. Necessidade. Recurso provido” (TJSP – Ap 990.10.431949-8 – rel. Maria Tereza do Amaral – j. 15.08.2012; destaques nossos).

3. Perdão judicial – Parto suposto – Motivo nobre – Concessão. Apelo parcialmente provido. Extinção da punibilidade” (TJSP – Ap 0081594-13.2005.8.26.0050 – rel. Mauricio Valala – j. 06.12.2012).

4. Apelação criminal – Crime contra o estado de filiação – Art. 242, caput, do Código Penal – Autoria e materialidade comprovadas – Delito que exige a vontade livre e consciente de registrar como seu filho de outrem – Cabe à acusação comprovar os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal – Dolo não comprovado – Acusado que reputando ser o pai biológico, em decorrência dos anteriores envolvimento amorosos extraconjugais com a mãe biológica do recém-nascido, registrou-o como seu filho – Atipicidade da conduta configurada – Absolvição, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal – Recurso provido” (TJSP – Ap 0005707- 47.2009.8.26.0320 – rel. Silmar Fernandes – j. 14.03.2013).

5. (...) Ante o exposto, deram parcial provimento ao apelo defensivo a fim de conceder o perdão judicial aos recorrentes nos termos do parágrafo único do art. 242 do CP, declarando extinta a punibilidade de ambos, na forma do inciso IX do art. 109 do Código Penal” (TJSP – Ap 0041904-32.2008.8.26.0224 – rel. Márcio Bartoli – j. 19.08.2013).

que registrou o filho e outro homem, com quem casou ou estabeleceu união estável, e que assumiu os encargos da paternidade.³¹

5.1.2 O reconhecimento da paternidade socioafetiva em registros homoparentais

Em um segundo momento, essa paternidade socioafetiva do casal heteroafetivo agora migra para os casais homoafetivos. No caso de um casal homoafetivo já se sabe, de plano, que um deles não é o genitor biológico da criança. Não se confunde com a adoção por parte de casais homoafetivos na qual a criança não é filha biológica de nenhum deles e ambos se submetem a um processo judicial de adoção. Aplica-se à homoparentalidade a mesma sistemática aplicada à heteroparentalidade, acima descrita.

Podem-se citar, ainda, os esforços doutrinários emanados de Encontros organizados para pensar a aplicação do Direito. Foram editados enunciados jurídicos segundo os quais se considera possível o registro de nascimento de filhos de casais homoafetivos havidos de reprodução assistida diretamente no cartório de registro civil, sendo dispensável a propositura de uma ação judicial específica ou mesmo processo administrativo judicial.

Nessa esteira, foram publicados o Enunciado nº 608, da VII Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, ocorrida em setembro de 2015³², e o Enunciado 12, do X Congresso Brasileiro de Direito de Família, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), ocorrido em outubro de 2015³³, ambos garantindo aos genitores de mesmo gênero, que fizeram reprodução assistida, que registrem seu filho sem que seja necessário ajuizar ação específica, nem mesmo procedimento judicial de natureza administrativa (aquele no qual o Registrador oficia seu JCP acerca do caso).

Todos esses esforços no sentido de se buscar uma regulamentação jurídica para garantir os direitos de pessoas de mesmo gênero a registrarem uma criança, evoluíram para uma regulamentação federal produzida pelo CNJ. O Provimento 52/2016, do CNJ, estabelece uma regulamentação bastante pormenorizada para garantir o direito ao registro homoafetivo e sua abrangência é nacional. Como fora dito anteriormente, na homoparentalidade, um deles não é o genitor biológico. A viabilização dessa

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: Azevedo, Álvaro Vilaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 130. *Apud* Madaleno, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 475.

³² Enunciado 608: É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local.

³³ Enunciado 12: É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil.

paternidade pode ocorrer seja por meio de uma *barriga de aluguel*, uma fertilização artificial, ou mesmo por meio de uma *adoção à brasileira* na qual não há material genético de nenhum dos cônjuges.

O Provimento trata da regulamentação dos filhos havidos dos processos de reprodução assistida e traz uma novidade. Enquanto antes o Registrador deveria oficiar ao seu JCP acerca do registro homoparental, agora não precisa mais. Esta dispensa, autoriza ao Registrador a realizar o registro sem que precise oficiar ao seu JCP; todavia, esta dispensa necessita da apresentação de uma série de documentação e requisitos que estão dispostos especialmente no Art. 2º do Provimento 5.

A autonomia do Registrador está, na verdade, vinculada a todos esses requisitos legais. O Provimento 52 regulamenta também a *barriga por substituição* que é a *barriga solidária*, conhecida como *barriga de aluguel*, a concepção *post mortem* e outros temas atinentes à tecnologia de reprodução humana. Interessante notar que o Provimento 52 obriga ao Registrador a realizar o registro, caso estejam presentes todos os requisitos legais.

5.1.3 O reconhecimento da paternidade socioafetiva em registros poliparentais

A poliparentalidade, conforme também já se explicou acima, somente é possível por meio do reconhecimento de laços de afetividade. Sendo assim, podem-se ter diversas configurações, algumas exemplificadas a seguir.

O Tribunal de Justiça de SP julgou, em agosto de 2012, um Recurso de Apelação, de origem da 2ª Vara Cível da Comarca de Itu, no qual se pedia a inclusão de maternidade sócioafetiva da madrasta³⁴. A mãe biológica da criança havia morrido e se queria preservar seu nome no registro com a inclusão do nome da madrasta. No Acórdão foi determinada a inclusão da maternidade socioafetiva ao lado da genitora biológica e do pai, configurando-se, portanto, uma poliparentalidade com 2 genitoras e 1 genitor. Deve-se mencionar que o magistrado de Itu não quis reconhecer esta maternidade, fato que demonstra não ser tão pacífico o entendimento da poliparentalidade. Contudo, esta decisão *a quo*, que data de 2012, já pode ser considerada como histórica e retrógrada *vis à vis* a enorme evolução que a seguiu desde então. Muita coisa já foi produzida desde 2012 no sentido de se garantir os direitos à

³⁴ TJSP. APELAÇÃO CÍVEL. Processo n. 0006422-26.2011.8.26.0286. Comarca: Itu (2ª Vara Cível) Apelantes: Vivian Medina Guardia e outro Apelado: Juízo da Comarca Juiz: Cássio Henrique Dolce de Faria Voto n.443.

poliparentalidade e dificilmente esse mesmo juiz não decidiria de igual forma se fosse o julgamento na data de hoje. Seguem, abaixo, os fundamentos do voto do referido Acórdão de 2012, que alterou a decisão do juiz de Itu, ao garantir o direito ao reconhecimento à poliparentalidade:

A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF), e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF). As relações familiares deitam raízes na Constituição da República, que tem como um dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), ou seja, como preleciona Jorge Miranda¹, “na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”, além da formação de uma sociedade solidária (art. 3º).
(...) 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.³⁵

Pode-se citar, nessa esteira, outro caso que foi utilizado pelo festejado jurista Flávio Tartuce para exemplificar o reconhecimento judicial da poliparentalidade. Trata-se de decisão da lavra da Exma juíza, Dr.^a Carine Labres, da 3ª Vara Cível de Santana do Livramento, RS, que decidiu que um menino de cinco anos poderá ter, em sua certidão de nascimento, o nome do pai biológico e o nome do pai que o registrou com quem convive desde o nascimento. A decisão da juíza leva em consideração o aspecto da multiparentalidade, ou poliparentalidade, reconhecendo a verdade biológica e a realidade afetiva, priorizando a melhor resolução para a criança sobre as normas do direito.

Esta decisão data de 2014 e também já é uma referência histórica para a presente discussão. Ainda, em setembro de 2014, foi publicada uma matéria com grande repercussão no site do *Jornal O Globo* na qual o juiz Rafael Cunha, da 4ª Vara Cível do Fórum de Santa Maria, RS, autorizou um registro de nascimento de uma menina com duas mães, um pai e seis avós. A decisão foi cumprida no 1º Cartório de Registro Civil da cidade.

Sobre essa decisão, a jurista Maria Berenice Dias disse que o registro com três responsáveis legais é inédito na jurisprudência brasileira e comemorou a decisão dizendo que a sentença expressa “a complexidade da vida”; disse ademais:

As famílias tradicionais, representadas por um pai e uma mãe, estão deixando de ser o retrato usual da nossa sociedade para dar lugar a composições menos convencionais.

³⁵ TJSP. ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JUNIOR Relator. APELAÇÃO CÍVEL Processo n. 0006422-26.2011.8.26.0286 Comarca: Itu (2ª Vara Cível) Apelantes: Vivian Medina Guardia e outro Apelado: Juízo da Comarca Juiz: Cássio Henrique Dolce de Faria Voto n.443.

Nesse sentido, a sentença é histórica porque o amor não tem que ter limites. Quanto mais pessoas tiverem vínculos afetivos, melhor para uma criança.³⁶

Em suma, o registro da poliparentalidade por afetividade exige decisão judicial. São 2 as formas de se conseguir esse reconhecimento: ajuizando uma ação judicial específica ou comparecendo diretamente ao cartório e solicitar o registro multiparental pelo reconhecimento dos vínculos de socioafetividade. No último caso, como já foi explanado acima, o Registrador oficia seu JCP acerca da pretensão dos múltiplos genitores de obter o registro múltiplo. A decisão judicial, que tem natureza administrativa e necessita de vista ao *parquet*, segue ao cartório para averbação dos nomes dos genitores.

5.2 Das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

Por fim, deve-se demonstrar como tem sido o entendimento das Cortes Superiores, no caso o STF e o STJ, no que tange ao reconhecimento da poliparentalidade, lembrando que o reconhecimento da poliparentalidade ainda provoca discussão seja na doutrina ou jurisprudência.

Pelo que foi estudado até o momento, as parentalidades biológica e socioafetivas devem coexistir e não uma se sobrepor à outra, essa é a premissa sobre a qual se assenta a justificativa para o registro poliparental, bem observado pelo doutrinador Belmiro Welter, em sua importante obra *Filiação biológica e socioafetiva*:

Visto o direito de família sobre o prisma da tridimensionalidade humana, deve-se atribuir ao filho o direito fundamental às paternidades genética e socioafetiva e, em decorrência, conferir-lhe todos os efeitos jurídicos das duas paternidades. Numa só palavra, não é correto afirmar, como o faz atual doutrina e jurisprudência do mundo ocidental, que 'a paternidade biológica se sobrepõe à socioafetiva', isso porque ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, exatamente porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica.³⁷

Considerando todos esses esforços doutrinários e o acolhimento dessas teses por todo o país, recentemente, em setembro de 2016, o STF reconheceu simultaneamente a parentalidade biológica junto à parentalidade socioafetiva, por 8 votos 2, e negou, com essa decisão, o pedido de um homem que alegava preponderância da paternidade

³⁶ ILHA, Flávio; GRANDELLE, Renato. *Justiça autoriza registro de nascimento com duas mães, um pai e seis avós*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/justica-autoriza-registro-de-nascimento-com-duas-maes-um-pai-seis-avos-13925839>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

³⁷ WELTER, Belmiro Pedro. *Filiação biológica e socioafetiva: igualdade*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 14, 2002. p. 222.

socioafetiva sobre a biológica. Como o Recurso teve Repercussão Geral reconhecida, este deve nortear outras decisões nos Tribunais de todo o país.

Para o relator, o Ministro Luiz Fux, o princípio da paternidade responsável obriga que sejam acolhidos tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos como também aqueles originados da ascendência biológica. Segundo o Ministro, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de modelos familiares diversos da concepção tradicional não autoriza decidir entre a filiação afetiva e a biológica, num modelo engessado. “Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o Direito que deve servir à pessoa, não o contrário.”³⁸.

A partir dessa decisão, que teve Repercussão Geral, ficam os Tribunais e os Juízos vinculados a adotar esse entendimento. Cumpre assinalar que o quórum a favor da poliparentalidade foi de 8 x 2, portanto, um consenso muito sólido dentro do STF. O jurista Flávio Tartuce, em artigo intitulado “*Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva*”, comenta a decisão e a resume dizendo que: “Penso que temos uma nova realidade para o Direito de Família e das Sucessões no Brasil, especialmente diante da multiparentalidade.”³⁹

Assim, parece que a questão do reconhecimento da poli ou mulparentalidade está consolidada no Brasil e, para concluir esse capítulo, nada melhor do que trazer à colação, mais uma vez, as palavras do jurista Flávio Tartuce que resumem com maestria esse desfecho:

Penso que temos uma nova realidade para o Direito de Família e das Sucessões no Brasil, especialmente diante da multiparentalidade. Muitos serão os debates a partir de agora. Mas passos importantes foram dados.⁴⁰

CONCLUSÃO

As famílias mudaram ao longo do tempo e o Direito vem se adaptando a essas novas configurações familiares, criando mecanismos legais que assegurem os direitos constitucionais a essas novas famílias. Em resumo, pode-se concluir, ao longo de todo o estudo realizado neste trabalho, que as decisões judiciais, na ótica do ativismo judicial,

³⁸ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Pai socioafetivo não tira deveres do pai biológico, decide STF**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-set-21/pai-socioafetivo-nao-tira-deveres-pai-biologico-decide-stf?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

³⁹ TARTUCE, Flávio. *Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246161,101048-Breves+e+iniciais+reflexoes+sobre+o+julgamento+do+STF+sobre>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

⁴⁰ Ibidem.

vêm concretizando novos Direitos sempre fundamentando suas decisões em dois importantes princípios constitucionais: a igualdade entre as pessoas e o respeito à dignidade da pessoa humana. Há quem critique que o ativismo judicial abusa do uso desses princípios constitucionais, onde tudo se justifica por meio deles; todavia, ambos estão *na ordem do dia* no STF e no STJ. Há a preocupação de se garantir com maior amplitude possível esses direitos constitucionais aos indivíduos. Os ideais de uma sociedade democrática e liberal, tal qual foi formatada a República brasileira, comporta essa amplitude de garantias individuais insculpidas em nossa Constituição Federal.

No que tange à polipaternidade, pode-se concluir dizendo que houve uma fecunda evolução jurídica, que vai desde o reconhecimento da denominada *adoção à brasileira*, por casais heteroafetivos, deixando de ser punida como crime, passando pelo reconhecimento da paternidade homoafetiva até se chegar à polipaternidade.

Vale lembrar que foi uma decisão recente, de setembro de 2016, por meio da qual o STF reconheceu esta possibilidade. A partir de agora, com essa decisão que tem efeito vinculante, os Tribunais que vinham divergindo, agora têm que adaptar suas novas decisões a esse entendimento.

Muitas críticas por parte de uma doutrina mais conservadora também surgirão, mas o reconhecimento conferido pelo STF não poderá mais retroagir. Vê-se, pelos estudos nesse tema, que uma vez reconhecido um direito individual, dificilmente há retrocesso na perda do mesmo.

Nesse trabalho também se tratou do tema da reprodução humana. Com efeito, muitos avanços virão a partir do desenvolvimento de novas técnicas de reprodução humana assistida, como fecundação *post mortem*, aborto terapêutico, as barrigas solidárias no Brasil e a relação do Direito brasileiro com as reproduções humanas feitas fora do Brasil e depois repatriadas, etc. Muitos avanços estão por vir e repisar sobre um tema – poliparentalidade – que já se consagrou, é não olhar para o porvir.

Que surjam novos desafios, pois esse já foi resolvido.