CGJ

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – CONSULTA, PELA EGRÉGIA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA, SOBRE SOLICITAÇÃO DE ALTERAÇÃO DE SEU PROVIMENTO Nº 63/2017 PARA EXCLUIR A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DESSA ESPÉCIE DE PATERNIDADE, EM PROCEDIMENTO EXCLUSIVAMENTE EXTRAJUDICIAL, QUANDO DISSER RESPEITO A CRIANÇA OU ADOLESCENTE.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

1. Trata-se de procedimento instaurado em razão de solicitação de manifestação, pela Eg. Corregedoria Nacional de Justiça, sobre pedido do Colégio de Coordenadores da Infância e da Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil de revogação, ou alteração, do Provimento nº 63/2017 no que tange ao procedimento administrativo para reconhecimento de paternidade socioafetiva diretamente perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais quando disser respeito a criança e a adolescente.

Opino.

2. Dentre outras matérias, o Provimento nº 63/2017 da Eg. Corregedoria Nacional de Justiça regulamenta o procedimento para o reconhecimento de paternidade socioafetiva diretamente perante Oficial de Registro Civil das Pessoas Nacionais.

E assim o faz por considerar que: a) a paternidade e maternidade socioafetiva são reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência, com fundamento nos princípios da afetividade e da dignidade humana como fundamento da filiação civil; b) os arts. 1.539 e 1.596 do Código Civil preveem a possibilidade do parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e equiparam os filhos para todos os efeitos, vedando qualquer designação discriminatória relativa à filiação; c) o princípio da igualdade jurídica e de filiação permite que o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva seja promovido perante Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais de modo igual ao admitido para o reconhecimento voluntário da filiação biológica; d) o reconhecimento da filiação socioafetiva não impede o concomitante reconhecimento da filiação biológica (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC); e) o reconhecimento judicial ou extrajudicial da filiação deve ser averbado no registro pertinente.

O Colégio de Coordenadores da Infância e da Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil solicita a revogação, ou alteração, do Provimento nº 63/2017 para afastar a possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva de criança e de adolescente em procedimento administrativo perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

3. É pacífico na doutrina e na jurisprudência, e decorre da legislação, que o parentesco pode ter origem distinta da consanguinidade, dispondo o art. 1.593 do Código Civil: "**O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem**".

Embora o conceito de parentesco seja mais amplo que o de filiação, não há, com efeito, impedimento para que esta resulte de origem distinta da consanguinidade, como ocorre, *v.g.*, na adoção e inseminação artificial heteróloga consentida (art. 1.597, V, do Código Civil).

Também não há restrição ao reconhecimento da filiação com origem na sociafetividade, nem à concomitante existência de filiações com origem biológica e socioafetiva:

> **"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALTERAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL.**
> **CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE.**
> **PLURIPARENTALIDADE. APLICAÇÃO DA *RATIO ESSENDI* DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**
> **(...)**
> **7. Os elementos fáticos do caso, portanto, revelam o surgimento de filiação por origens distintas, do qual emerge um modelo familiar diverso da concepção tradicional, pela presença concomitante, tanto de vínculos estabelecidos por relação afetiva, quanto daqueles oriundos de ascendência biológica, e para cuja**

solução, vislumbrando o melhor interesse do menor, não se impõe a prevalência de um sobre o outro, mas o reconhecimento jurídico de ambos, seguindo a *ratio essendi* do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do REext. n. 898.060/SC, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/8/2017, no qual foi fixada a tese - com repercussão geral - de que "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais".

8. Recurso especial parcialmente provido" (REsp 1548187/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/04/2018).

4. Da mesma forma, não se discute sobre os efeitos da paternidade ou maternidade em relação aos filhos, pois todos têm iguais direitos como previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal: "**Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação**".

5. Reconhecida a socioafetividade como fonte de origem de filiação e a igualdade de direitos entre os filhos, a questão que remanesce diz respeito à forma do reconhecimento da filiação socioafetiva.

A filiação socioafetiva se ampara na existência de profundos vínculos afetivos entre o genitor, ou genitora, e o filho e pode ser reconhecida independente da existência de indicação da paternidade ou da

maternidade biológicas no respectivo assento do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Essa filiação, em regra, tem origem em ato de vontade daquele que pretende assumir a paternidade, ou maternidade, e se consolida mediante a formação de vínculos afetivos profundos e duradouros e manutenção de convivência, acabando por gerar situação denominada como posse de estado de filho quando não levada ao Registro Civil das Pessoas Naturais.

Por sua vez, as filiações já declaradas no assento do Registro Civil das Pessoas Naturais por pais e mães não biológicos, fundadas em vínculos socioafetivos, não raro são mantidas para todos os efeitos mesmo quando posteriormente impugnadas em ação negatória movida por um dos genitores ou por seus herdeiros, pois como esclarece Paulo Lôbo:

> "**Toda vez que um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, como a decorrente paternidade socioafetiva consolidada, esta não poderá ser impugnada nem contraditada. A investigação de paternidade só é cabível quando não houver paternidade, nunca para desfazê-la**" (Paulo Lôbo, "*Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*", in Dias, Maria Berenice e outros, Coord., "*Afeto e Estruturas Familiares*", Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pág. 485).

Contudo, não havendo filiação declarada perante o Registro Civil das Pessoas Naturais, o reconhecimento da filiação socioafetiva nas hipóteses previstas no Provimento nº 63/2017 da Eg. Corregedoria Nacional de Justiça deverá contar com a anuência de todos os interessados, por se tratar de procedimento de natureza puramente administrativa.

Assim porque eventuais litígios sobre filiação devem ser resolvidos em ação própria, contenciosa, como previsto no art. 113 da Lei nº 6.015/73.

6. Fixada essa premissa quanto à impossibilidade de declaração unilateral da filiação socioafetiva, que se encontra observada no art. 11, §§ 4º a 6º, do Provimento nº 63/2017, resta a questão relativa aos requisitos para a declaração e reconhecimento da filiação socioafetiva, especialmente quando o filho reconhecido é criança ou adolescente, ou não tem plena capacidade de livre manifestação.

Sendo a filiação socioafetiva decorrente da consolidação do ato de vontade para sua constituição, o que ocorre com a formação de vínculos afetivos e sociais entre genitores e filho, os requisitos para o reconhecimento de sua existência são distintos daqueles fixados para a a declaração da filiação biológica, ou seja, fundada tão somente nos laços de consanguinidade.

Afasta-se, portanto, nesta hipótese concreta, a discussão sobre a prevalência de determinada fonte de filiação sobre outra para o efeito de solução de litígio sobre a paternidade ou a maternidade, pois se trata, exclusivamente, de verificar a possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva na esfera puramente administrativa e, em caso positivo, fixar os requisitos a serem observados.

A filiação biológica é fundada em laços de consanguinidade e sua existência é presumida nas hipóteses previstas em lei, pois decorre da própria concepção do filho, dispondo o Código Civil:

> **"Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:**

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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

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

A Lei nº 8.560/92, de igual modo, disciplina o reconhecimento de filho tendo como fundamento a origem biológica, prevendo que nos casos em que somente a maternidade for estabelecida será o suposto pai notificado para reconhecê-la em procedimento administrativo em curso perante o Juiz competente.

O Provimento nº 16/2012 da Eg. Corregedoria Geral da Justiça, igualmente, trata do reconhecimento de filiação biológica.

A filiação socioafetiva, entretanto, tem origem e elementos de constituição distintos da filiação biológica.

Isso impede a adoção de procedimento administrativo uno, ou dotado de iguais requisitos, para o reconhecimento da paternidade com origens distintas quando digam respeito a crianças, adolescentes ou pessoas que por doença ou deficiência mental não tiverem discernimento dos atos da vida civil.

Por iguais razões não se pode instituir procedimento puramente administrativo para que se faça adoção perante Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

7. No que tange a criança, ao adolescente e a pessoa portadora de doença ou deficiência mental que impeça a real compreensão dos atos da vida civil, o suprimento de sua manifestação de vontade não é inerente ao exercício do poder familiar, de curatela, ou de tomada de decisão apoiada para efeito de declaração do estado da pessoa, ou seja, da filiação.

Ao contrário, analisada a questão no campo da manifestação de vontade os menores de 16 anos são absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil (art. 3º do Código Civil) e, portanto, para declarar unilateralmente que em razão da formação dos vínculos de afetividade e da convivência passou a ter filiação com origem socioafetiva, seja de forma exclusiva ou concomitante com filiação biológica.

Essa declaração, por não estar incluída entre os atos de criação, educação, representação e gestão inerentes ao poder familiar, deve ser feita mediante autorização que supra a incapacidade absoluta, cabendo ao Juiz que for reconhecido como competente analisar as provas da existência da filiação socioafetiva.

Igual se dá com as pessoas portadoras de doença ou deficiência mental que estejam incapacitadas de manifestar sua vontade por falta de condições para compreender a natureza do ato jurídico, uma vez que necessário o suprimento judicial para a manifestação dessa vontade.

Além disso, para o suprimento da vontade impõe-se a prévia manifestação do Ministério Público que conforme o art. 127 da Constituição Federal: "...**é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do**

regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (grifei).

8. A par da incapacidade decorrente de lei, ou da ausência de capacidade para a manifestação da vontade, e analisada a questão sob o aspecto dos requisitos procedimentais, a declaração da filiação socioafetiva em relação ao maior de dezesseis e menor de dezoito anos não prescinde da intervenção judicial e do Ministério Público, pois, como visto, não se confunde com filiação com origem biológica para efeito de declaração de sua existência.

Ao invés, a legislação vigente impõe a intervenção judicial e a do Ministério Público em se tratando de criança, adolescente ou portador de doença ou deficiência mental incapacitante para a real compreensão do ato, a ser feita no procedimento em que se pretender estabelecer sua filiação com origem distinta da biológica.

Assim ocorre com o procedimento de adoção previsto na Lei nº 8.069/90, em que também é exigida a realização de prova no sentido de que o prévio estágio de convivência, ou exercício de guarda ou tutela, permitiram a formação de vínculos afetivos entre adotante e adotado, assumindo o adotante os cuidados necessários à criação e educação da criança ou do adolescente (art. 45 da Lei nº 8.069/90).

E nem mesmo na adoção de maior de 18 anos se dispensa a intervenção judicial, pois segundo o art. 1.619 do Código Civil: "**A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente**".

9. Não se ignora a tendência doutrinária e jurisprudencial em reconhecer que a filiação deve fundar-se em vínculos afetivos, constituídos de modo sólido e duradouro e capazes de tornar efetivo o direito à convivência familiar, pois conforme assevera Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> **"Como vem sendo defendido pela doutrina contemporânea, a verdadeira paternidade – e, consequentemente, filiação – somente é possível em razão de *um ato de vontade ou de um desejo*, podendo ou não decorrer do fator biológico e, tal orientação vem merecendo atenção por parte de vários sistemas jurídicos que reformaram suas legislações em matéria de filiação com a introdução, por exemplo, da noção da posse de estado de filho, como é o caso do direito francês. No direito brasileiro, com base na noção de melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar"** ("*A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*", Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 483).

A questão a ser considerada, porém, não diz respeito à possibilidade da filiação ter origem distinta da biológica, mas na adoção de procedimento idêntico ao previsto para o reconhecimento da filiação biológica nas hipóteses em que tem origem diversa.

E nessas hipóteses, tenha ou não o filho já reconhecida a paternidade e a maternidade com origem biológica, o suprimento da lacuna legislativa será melhor realizado na adoção de norma

análoga à relativa ao reconhecimento da filiação não biológica, ou seja, mediante procedimento em que não dispensada a intervenção judicial e do Ministério Público.

10. Destarte, não há oposição a que se acolha a solicitação formulada pelo Colégio de Coordenadores da Infância e da Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil para que seja revisto o Provimento nº 63/2017 da Eg. Corregedoria Nacional de Justiça no que se refere ao procedimento administrativo de reconhecimento de filiação socioafetiva.

11. Este é o parecer que apresento à elevada consideração de Vossa Excelência, com proposta, se aprovado, de remessa de cópia à Eg. Corregedoria Nacional da Justiça em atendimento à solicitação realizada no Pedido de Providências nº 0001711-40.2018.2.00.0000.

Sub Censura.

São Paulo, 24 de abril de 2018.

José Marcelo Tossi Silva
Juiz Assessor da Corregedoria

CONCLUSÃO

Em 25 de abril de 2018 faço estes autos conclusos ao Desembargador **GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO**, DD. Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Eu, (Katia Carvalho), Escrevente Técnico Judiciário do GAB 3.1, subscrevi.

Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria, por seus fundamentos.

Remetam-se cópias do parecer, e desta decisão, à Eg. Corregedoria Nacional de Justiça em atendimento à solicitação realizada no Pedido de Providências nº 0001711-40.2018.2.00.0000.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO
Corregedor Geral da Justiça