



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OS REFLEXOS DAS TRANSFORMAÇÕES DAS ENTIDADES FAMILIARES: O
RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E O
PROVIMENTO Nº 63, DE 2017, DO CNJ

Camila Ferreira Figueiredo

Rio de Janeiro
2018

CAMILA FERREIRA FIGUEIREDO

OS REFLEXOS DAS TRANSFORMAÇÕES DAS ENTIDADES FAMILIARES: O
RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E O
PROVIMENTO Nº 63, DE 2017, DO CNJ

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

OS REFLEXOS DAS TRANSFORMAÇÕES DAS ENTIDADES FAMILIARES: O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E O PROVIMENTO Nº 63, DE 2017, DO CNJ

Camila Ferreira Figueiredo

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – como um dos reflexos das transformações das entidades familiares, reconheceu-se pela via jurisprudencial a parentalidade socioafetiva, e como consequência foi publicado o Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça. Esse provimento foi celebrado pela doutrina dedicada ao tema, contudo, por meio de um trabalho minucioso, foram levantadas algumas inconsistências do provimento em relação ao ordenamento jurídico como um todo harmônico. Nesse ínterim, a essência do trabalho é abordar de forma problematizada as referidas inconsistências, de modo a readequá-las consoante evolução legislativa e jurisprudencial a respeito da temática desenvolvida.

Palavras-chave – Direito de Família. Parentalidade socioafetiva. Provimento nº 63, de 2017, do CNJ.

Sumário – Introdução. 1. Os riscos trazidos pelo reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva para a segurança jurídica em um ordenamento jurídico estável e a análise das questões de ordem pública atreladas ao reconhecimento extrajudicial. 2. A exigência de observância das regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência e a ofensa à dignidade da pessoa humana. 3. A possível violação à condição de pessoa em desenvolvimento e aos direitos da personalidade das crianças pelo artigo 11, § 4º, do Provimento nº 63, de 2017 em decorrência da ausência de previsão a respeito do seu consentimento para o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as questões atinentes ao reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. O objetivo do presente estudo é apresentar os debates trazidos com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva pela via extrajudicial. O tema é relevante tendo em vista as transformações que ocorreram no seio das famílias ao longo dos anos.

Para tanto, abordam-se questões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, de modo a debater os benefícios e os prejuízos trazidos por meio do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva.

A Constituição da República de 1988, fixou a igualdade entre o homem e a mulher, além da igualdade dos filhos, desse modo, pôs fim a qualquer discriminação outrora existente entre

filhos legítimos e filhos ilegítimos, bastardos, adúlteros ou incestuosos. Nesse contexto, foi reconhecido o pluralismo de entidades familiares, insculpido no artigo 226, da Constituição da República de 1988.

Nessa seara, a jurisprudência evoluiu e, nos dias atuais, não há hierarquia entre a filiação afetiva e a biológica, devem ser reconhecidos ambos os vínculos, em alusão ao princípio do melhor interesse do descendente.

O reconhecimento da parentalidade socioafetiva pela via extrajudicial foi, recentemente, admitido por meio do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça. Contudo, há ressalvas a serem feitas no tocante ao provimento, que por vezes coloca em risco o princípio da segurança jurídica.

O tema é controvertido e merece atenção tendo em vista que constata-se, com base na análise fática, uma violação à dignidade da pessoa humana e a não inclusão das crianças como sujeitos de direitos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os riscos trazidos para a segurança jurídica em um ordenamento jurídico estável. Desse modo, são analisadas questões de ordem pública (deveres patrimoniais e alimentares) atreladas ao reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a respeito da exigência da observância das regras de decisão apoiada, quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência, pois ao restringir a inclusão da pessoa com deficiência está violando a dignidade da pessoa humana. Não haveria, nesse ínterim, uma inconstitucionalidade?

O terceiro capítulo da pesquisa defende sobre a necessidade de serem ouvidas as crianças para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, sob pena de violar a condição de pessoa em desenvolvimento e os direitos da personalidade.

A pesquisa, quanto à abordagem, será qualitativa, uma vez que almeja entender e interpretar os fenômenos jurídicos que influenciam institutos relevantes do Direito. Assim, é utilizada para resolver questões controvertidas.

No tocante aos objetivos, a pesquisa será explicativa, pois procura encontrar respostas para as questões formuladas no início da pesquisa. Desse modo, pressupõe uma pesquisa descritiva como base para suas explicações.

Nesse sentido, utiliza-se o procedimento de pesquisa bibliográfica pertinente ao tema em análise; ademais, especificamente, como fontes emprega-se doutrina, jurisprudência e legislação. Essas visam à análise e explicação do objeto da pesquisa.

1. OS RISCOS TRAZIDOS PELO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA PARA A SEGURANÇA JURÍDICA EM UM ORDENAMENTO JURÍDICO ESTÁVEL E A ANÁLISE DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA ATRELADAS AO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL

Inicialmente, caberá analisar a partir do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹ o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva por meio dos oficiais de registro civil das pessoas naturais, independentemente da idade da pessoa a ser reconhecida. E, as questões de ordem pública que emergem com esse vínculo afetivo, reconhecido voluntariamente; todavia irretratável. Para tanto, ao longo deste capítulo ponderar-se-á as questões de ordem pública envolvidas na aplicabilidade do referido provimento e as consequências à segurança jurídica em um ordenamento jurídico estável.

Isto posto, o art. 10, caput, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ² aduz expressamente que o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. Todavia, o referido provimento não prevê a necessidade de assistência jurídica, de modo a possibilitar a sua dispensabilidade.

Apesar de tratar-se de um avanço inegável no sentido da extrajudicialização do Direito de Família e da valorização das novas entidades familiares, há riscos inerentes para a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais. Isso devido à necessidade de a sociedade ter conhecimento das implicações jurídicas acerca desse reconhecimento, bem como dos direitos e deveres inerentes a ele.

Desse modo, faz-se mister indagar se não estaria em risco a segurança jurídica, tendo em vista que, por meio do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, surgem diversos efeitos de ordem pública. Dentre os quais serão objeto de estudo, no presente capítulo, o direito aos alimentos, a irretratabilidade do vínculo e os direitos sucessórios.

Nesse diapasão, no tocante aos alimentos, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³, há uma responsabilidade civil na filiação, logo, a relação paterno-filial exige dos pais um compromisso reiterado de assistência material e moral. Assim, o legislador estabeleceu no artigo 229, da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB/88) o dever dos pais

¹ BRASIL. *Provimento nº 63 de 2017*, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 15 abr. 2018.

² Ibidem.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. rev. e atual. V. 6. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 575.

de assistir, criar e educar os filhos menores. Ainda, especificamente, o artigo 227, da CRFB/88 prevê o dever da família de prestar alimentos.

Nesse sentido, em consonância com a Constituição da República, o enunciado 341, do Conselho da Justiça Federal estabelece que a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar. Segundo Christiano Cassettari⁴, o disposto no enunciado decorre do direito de igualdade entre filhos previsto no artigo 227, § 6º, da CRFB/88. Ademais, essa tese é confirmada pelo disposto no artigo 1.596, do Código Civil, segundo o qual são proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Por conseguinte, existem normas de ordem pública aptas a não permitir a discriminação entre filhos, independentemente do vínculo parental e do dever de prestar alimentos pelo pai/mãe socioafetivo.

Com o fim de corroborar o exposto acima, consoante o entendimento de Rolf Madaleno⁵, há uma tendência de reconhecimento concorrente da obrigação alimentar do pai registral, do biológico e do pai afetivo. Nesse ínterim, defende-se a possibilidade de reivindicação de alimentos do genitor biológico, em virtude da impossibilidade econômico-financeira do pai socioafetivo, que tem amor, mas não possui condições de custear as despesas do infante.

Desse modo, a previsão da necessidade de assistência jurídica seria imprescindível para que fossem esclarecidos todos os direitos e deveres decorrentes desse vínculo de filiação, de forma que o reconhecimento imprudente não acarrete no âmbito fático e jurídico maiores inseguranças.

Tendo em vista que, de acordo com Maria Berenice Dias⁶, uma vez reconhecida a paternidade ou maternidade socioafetiva são produzidos todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes. Assim, não se admite um parentesco restrito ou de "segunda classe", o vínculo de filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito.

Dessa forma, uma vez que a filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo nos limites da lei civil, prevê o enunciado 339, do Conselho da Justiça Federal que a parentalidade socioafetiva é irretroatável. Assim, segundo o enunciado, a paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho. Isso porque, consoante previsto no artigo 1.610, do Código Civil, o reconhecimento dos filhos não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

⁴ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

⁵ MADALENO apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 558.

⁶ DIAS, op. cit., p. 383.

Destarte, ao ser estabelecido o vínculo extrajudicialmente, perante os cartórios de registro civil, sem orientação técnica, coloca-se em risco a segurança jurídica em um ordenamento jurídico estável. O desconhecimento da legislação civil e a possível tentativa de desconstituição do vínculo familiar, podem causar transtornos à ordem jurídica e desestruturar as relações familiares.

Segundo o desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes⁷:

[...] a paternidade ou maternidade socioafetiva, espontaneamente reconhecida já com essa natureza, não pode ser ilidida ao sabor do momento pela pessoa que registrar o vínculo. Em outras palavras, declarar a parentalidade de alguém que sabe não ser seu filho biológico é um ato de amor, responsabilidade e comprometimento que perdura por toda a vida [...]

No que tange aos direitos sucessórios, em consonância com o disposto na Constituição da República a respeito da igualdade entre os filhos, objetiva-se seu reconhecimento na seara sucessória, por uma interpretação sistêmica, assegurando uma ordem jurídica uniforme e estável. Embora, no que concerne à filiação socioafetiva, ainda seja ausente na legislação civil-constitucional previsão expressa acerca do tema.

Nesse ínterim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁸, entendem que o efeito decorrente da parentalidade socioafetiva é a pluri-hereditariedade. Pois, o filho que possui dois, ou mais, pais ou duas, ou mais, mães terá direito à herança de todos eles. Não há que se falar em qualquer restrição, já que seria uma afronta à isonomia constitucional, que está prevista no artigo 227, § 6º, da CRFB/88.

Nessa toada, também se posiciona Flávio Tartuce⁹: "[...] é possível que alguém herde de dois pais e uma mãe ou de um pai e duas mães, mais um grande desafio para ser analisado e refletido pelos estudiosos do Direitos das Sucessões no Brasil".

No que concerne aos reflexos do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva é preciso ressaltar a sua importância no campo sucessório. Desse modo, segundo entendimento de Christiano Cassettari¹⁰ "[...] serão aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos

⁷ FONTES, Ricardo Orofino da Luz. *Circular nº 307/CGJ*, de 1º de dezembro de 2014. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Corregedoria-Geral da Justiça, p. 16. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/images/arquivos/Provimento_11.pdf> Acesso em 09 abr. 2018.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 3. ed. rev. e atual. V. 7. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 294.

⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 8. ed. rev., atual e ampl. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 217.

¹⁰ CASSETTARI, op.cit., p. 128.

no que concerne a tal direito [...]". Almeja-se assegurar a igualdade no seio da família entre os filhos biológicos e afetivos decorrente da desbiologização do parentesco.

Nesse viés da desbiologização do parentesco, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a paternidade socioafetiva *post mortem*, no informativo de jurisprudência nº 581¹¹, no REsp nº 1.500.999, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Por meio do entendimento esposado no julgado, aproxima-se a regra jurídica com a realidade fática. Assim, a parentalidade socioafetiva almeja trazer ao ordenamento jurídico uma realidade social que é intrínseca às novas entidades familiares.

Conforme previsto no julgado "[...] 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." Nessa nova perspectiva jurisprudencial, a realidade social imporá uma regulamentação legislativa, no tocante aos direitos sucessórios, quanto ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Isso se justifica pela previsão constitucional de que os filhos devem ser tratados sem qualquer discriminação – art. 227, § 6º, da CRFB/88 –.

Consoante o exposto, apesar de o Provimento nº 63, de 2017, do CNJ¹² trazer impactos positivos associados ao reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva, sopesa-se a respeito das questões de ordem pública e, até mesmo, da segurança jurídica. O ato de reconhecer a parentalidade socioafetiva, perante os cartórios de registros civis, sem assistência jurídica, pode gerar consequências práticas irrefutáveis. Dessa forma, adverte-se esse equívoco trazido pelo provimento, pois o direito aos alimentos, a irretroatibilidade e os direitos sucessórios são efeitos exorbitantes aos imprudentes.

2. A EXIGÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA QUANDO O PROCEDIMENTO ENVOLVER A PARTICIPAÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O presente capítulo, com fulcro em uma perspectiva histórico-evolutiva, almeja debater a respeito da constitucionalidade da exigência da observância das regras da tomada de decisão apoiada, quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência, nos moldes do artigo 11, § 7º, do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³. O

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.500.999-RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 15 de abr. 2018.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ Ibidem.

dispositivo em comento será analisado à luz da Lei nº 13.146, de 2015¹⁴, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que buscou assegurar e promover a igualdade e a não discriminação da pessoa com deficiência.

A sociedade evoluiu sobremaneira quanto ao tratamento dispensado às pessoas portadoras de algum tipo de deficiência. Na Antiguidade, assim como na Idade Média, as pessoas portadoras de deficiência eram consideradas loucas, doentes mentais. Com o passar dos anos, na Idade Moderna, passou-se a compreender a deficiência como uma causa científica, segundo Iara de Souza¹⁵, a loucura passa a ser tratada e diagnosticada pelos médicos, mas a Medicina da época preocupava-se com a evolução clínica e não com a sua cura. Por seu turno, na Idade Contemporânea, busca-se a inclusão, com a eliminação das barreiras sociais; assim, caracteriza-se, na atualidade, a implementação do modelo social.

Por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o referido modelo social vem sendo internalizado e difundido no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, o artigo 6º, caput, do EPD¹⁶ prevê a plena capacidade civil como regra, já que a deficiência não a afeta. Nesse sentido, enunciam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁷:

[...] nota-se, assim, que as pessoas com deficiência física, psíquica ou intelectual foram oportunamente, removidas do rol dos absoluta e dos relativamente incapazes, estando libertas do regime da curatela, pela via de uma ação de interdição (atente-se para o nome interdição de direitos). Não mais se cogita de incapacidade jurídica, relativa ou absoluta, decorrente de uma deficiência física, mental ou intelectual, por si só [...].

Com fulcro no artigo 2º, § 1º, do EPD¹⁸ adotou-se um critério biopsicossocial para promover a avaliação da deficiência, com base no trabalho realizado por equipe multiprofissional e interdisciplinar. Ainda assim, segundo o artigo 84, caput, do EPD¹⁹: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. Nesse ínterim, é vedada qualquer forma de discriminação contra as pessoas com deficiência, nos moldes do artigo 4º, caput, do EPD²⁰.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁵ SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental*- Conforme a Lei: 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2016, p. 161-162.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁷ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V.1, p. 339.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

Como consequência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Teoria das Incapacidades sofreu transformações e retirou dos artigos 3º e 4º, do Código Civil, de 2002 (CC/02)²¹, as pessoas com deficiência. Nessa toada, hoje, como regra, a pessoa com deficiência é considerada capaz para todos os atos da vida civil e a curatela é medida excepcional. Nesse diapasão, encampou-se a preocupação com a inclusão social e a cidadania. Foram valorizados dois atributos da dignidade da pessoa humana: a igualdade, na vertente da não discriminação e a liberdade, na vertente da autonomia.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²² afirmam:

[...] aliás, toda pessoa é especial pela sua humanidade, tenha, ou, não, algum tipo de deficiência. Não se justifica, em absoluto, impor a uma pessoa com deficiência o enquadramento jurídico como incapaz, por conta de um impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial. Toda pessoa é capaz, em si mesma. E, agora, o sistema jurídico reconhece essa assertiva. Até porque, de fato, evidencia-se discriminatório e ofensivo chamar um humano de incapaz somente por conta de uma deficiência física ou mental [...].

Em virtude da regra da plena capacidade da pessoa com deficiência, o instituto da tomada de decisão apoiada está previsto no artigo 84, § 2º, do EPD²³ como uma faculdade. O processo de decisão apoiada é conceituado pelo caput do artigo 1.783-A, do CC/02²⁴.

Nesse ínterim, consoante previsão de Iara de Souza²⁵, o processo de decisão apoiada corrobora a regra da capacidade civil da pessoa com deficiência, assim, permite que se extraia o maior nível de discernimento de suas decisões e atos da vida civil. Apesar disso, se, em decorrência da deficiência, a pessoa não se sentir apta à tomada de alguma decisão, poderá fazer uso do instituto, para que exerça sua capacidade com a ajuda de outras pessoas. Isso porque, apesar da tomada de decisão apoiada, a manifestação de vontade da pessoa com deficiência é que será externalizada e valerá perante terceiros, desde que nos limites do apoio acordado, nos moldes do § 4º, do artigo 1.783-A, do CC/02²⁶.

Na contramão da facultatividade da tomada de decisão apoiada, o artigo 11, § 7º, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ²⁷ estabelece, como regra, a observância do instituto da

²¹ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 01 set. 2018.

²² FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 1, p. 339.

²³ BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 21. Para melhor compreensão transcrevo o artigo 1.783-A do CC/02: “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.”

²⁵ SOUZA, op. cit., p. 317-318.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 21.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

tomada de decisão apoiada, quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência. Desse modo, o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva por meio dos oficiais de registro civil, quando se tratar de pessoa com deficiência, exigirá sempre a adoção do instituto da tomada de decisão apoiada.

Nesse sentido, cabe observar os ensinamentos do professor Luís Roberto Barroso²⁸, pelo qual o ordenamento jurídico é um sistema, que pressupõe unidade e ordem. O controle de constitucionalidade é um mecanismo capaz de restabelecer essa harmonia, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Em específico, refere-se ao ato normativo primário, o qual possui fundamento de validade direto na Constituição.

Na seara formal, o provimento do CNJ é classificado como um ato normativo secundário, o qual possui seu fundamento direto de validade em lei, esta extraindo seu fundamento de validade da Constituição. Nesse diapasão, o provimento do CNJ apenas de forma secundária, ou por via oblíqua, possui como fundamento de validade a Carta Magna, consoante previsão no inciso I, do § 4º, do art. 103-B, da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB/88)²⁹. Cabe ao CNJ “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito da sua competência, ou recomendar providências”.

Em razão disso, a norma prevista no Provimento nº 63, de 2017, do CNJ³⁰ vai de encontro à Lei nº 13.146/2015³¹, que é expressa ao trazer a plena capacidade às pessoas portadoras de deficiência, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88³². Nessa toada, não se sustenta que um provimento (ato normativo secundário) possa se sobrepor à lei ordinária (ato normativo primário) e à Constituição da República Federativa Brasileira, sob pena de se contrapor à pirâmide de Kelsen e à hierarquia das normas jurídicas. Sendo passível de controle de legalidade, por tratar-se de ato normativo secundário³³.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

²⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 14.

³² BRASIL, op. cit., nota 29.

³³ BARROSO, op. cit., p. 335. Com o fim de corroborar o exposto, colaciona-se o trecho a seguir: [...] jurisprudência antiga e constante do Supremo Tribunal Federal rejeita o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos secundários, como são os regulamentos, resoluções, instruções, portarias e outros. Tais atos não podem inovar na ordem jurídica, estando subordinados às leis que legitimam sua expedição. A lógica pelo Tribunal é a de que ou a lei na qual se baseia o ato é inconstitucional – e, nesse caso,

Na vertente material, o Estatuto da Pessoa com Deficiência autoriza a adoção, no seu art. 6º, inciso VI³⁴, pela pessoa portadora de deficiência, sem qualquer ressalva quanto ao instituto da tomada de decisão apoiada. Nos termos do referido inciso: “exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. Logo, não cabe ao provimento fazer uma restrição na contramão da previsão legislativa, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Se é possível à pessoa portadora de deficiência adotar uma criança ou um adolescente, não há razões para o provimento vincular o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva à tomada de decisão apoiada. Caso ocorra, estará violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com fulcro no exposto, verifica-se certa incongruência do artigo 11, § 7º, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ³⁵ com a evolução do tratamento conferido às pessoas portadoras de deficiência pela Lei nº 13.146, de 2015³⁶. Assim, é possível, inclusive, em tese suscitar a sua inconstitucionalidade, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais³⁷, pois essa previsão está em dissonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, nas suas vertentes igualdade e liberdade. A exigência feita pelo provimento, a tomada de decisão apoiada sem ressalvas, ofende a hierarquia das normas jurídicas, desse modo, extrapola a competência constitucional prevista para o Conselho Nacional de Justiça. Logo, faz-se urgente a revisão desse dispositivo.

3. A POSSÍVEL VIOLAÇÃO À CONDIÇÃO DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO E AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS CRIANÇAS PELO ARTIGO 11, § 4º, DO PROVIMENTO Nº 63, DE 2017, EM DECORRÊNCIA DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO A RESPEITO DO SEU CONSENTIMENTO PARA O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA.

O presente capítulo procederá a análise do artigo 11, § 4º, do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁸, o qual prevê que apenas se o filho for maior de 12

deveria ser ela, como ato normativo primário, o objeto da ação – ou o conteúdo do ato regulamentar afastou-se dos limites autorizados pela lei, configurando hipótese de ilegalidade e não de inconstitucionalidade [...].

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁷ BARROSO, op. cit., p. 335. Ademais, a respeito do tema: [...] ainda uma vez, pela regra da subsidiariedade, a inadmissibilidade de outros meios de controle através de processo objetivo torna cabível, em tese, a arguição de descumprimento de preceito fundamental contra atos normativos secundários ou infralegais. Há precedente de admissão de arguição contra provimento de Tribunal de Justiça [...].

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

anos, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva exigirá o seu consentimento. A partir deste dispositivo, será feita análise a respeito da observância, ou não, da condição de pessoa em desenvolvimento e dos direitos da personalidade das crianças.

Contudo, essa norma está em dissonância com a previsão expressa no § 3º, do art. 39, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)³⁹, incluída pela Lei nº 13.509/2017, a qual enuncia que em caso de conflitos entre direitos e interesses do adotando e outras pessoas, deve prevalecer os direitos e os interesses do adotando. Logo, na adoção a criança é sujeito do processo, o que vai ao encontro da evolução do tratamento concedido às crianças e adolescentes no ordenamento jurídico pátrio, que foi chancelado pela Doutrina da Proteção Integral, consoante disposto no artigo 1º, do ECA⁴⁰.

Essa evolução dos direitos de crianças e adolescentes, segundo Antonio Cezar Lima da Fonseca⁴¹, partiu do denominado “direito do menor”, expressão que conduz à redução da condição da criança como ser humano, para direito da criança e do adolescente. Inicialmente, as crianças eram vistas sob a ótica da delinquência, adotava-se a doutrina do Direito Penal do Menor. O “Código Mello Mattos” inovou na ordem jurídica pois consistiu numa legislação sobre crianças e adolescentes, na época intitulados como menores. Segundo Tânia da Silva Pereira⁴², “representou a abertura significativa do tratamento à criança para a época, preocupado em que fosse considerado o estado físico, moral e mental da criança, e ainda a situação social, moral e econômica dos pais”.

Posteriormente, consoante Fonseca⁴³, surgiu o “Código de Menores” responsável pela revogação do “Código Mello Mattos”. Nesse ínterim, esse novo código baseou-se na Doutrina da Situação Irregular e inaugurou uma nova fase do direito minorista no Brasil. Contudo, em consonância com os movimentos sociais de defesa dos direitos da criança e do adolescente da década de 80, consagrou-se a Doutrina da Proteção Integral. Com o advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88), foi implementada, no seu artigo 227⁴⁴ e parágrafos, a defesa das crianças e adolescentes, nos moldes do que estava sendo tutelado no plano internacional. Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) regulamentou o artigo 227, da CRFB/88⁴⁵.

³⁹ Idem. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ FONSECA, Antonio Cezar Lima de. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9.

⁴² PEREIRA apud FONSECA, op. cit., p. 10.

⁴³ FONSECA, op. cit., p. 10.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁴⁵ Ibidem.

Dessa forma, com o ECA emergiram o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes, a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta. De modo a elucidar esses postulados, o artigo 15, do ECA⁴⁶ prevê que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos civis. E como tais, o artigo 3º, do ECA⁴⁷ assim enuncia:

[...] art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade [...].

A dignidade de crianças e adolescentes, no entendimento de Fonseca⁴⁸, é idêntica a dignidade da pessoa humana dos adultos, contudo, no caso de crianças e adolescentes é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (art. 18, do ECA⁴⁹).

Nesse ínterim, um importante instituto para a promoção da dignidade das crianças e adolescentes é a oitiva da criança e do adolescente, que possui previsão nos artigos 28, § 1º, 45, § 2º, e 168 do ECA⁵⁰. Na visão de Fonseca⁵¹: “nos processos de Direito de Família, v.g., quando se discute a guarda dos filhos, a ouvida de uma criança ou adolescente é sempre recomendável, auxiliando o juiz na melhor solução ao caso concreto [...]”. Para substanciar essa tendência, a Lei nº 13.509/2017⁵² acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 39, do ECA⁵³, reforçando o princípio da prevalência dos interesses do adotando, inclusive em relação à posição dos seus pais biológicos.

Ao revés, o Provimento nº 63, de 2017, do CNJ trouxe previsão sobre a necessidade de consentimento, para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, apenas nas hipóteses de o filho ser maior de doze anos, conforme o seu art. 11, § 4º⁵⁴. Logo, não há previsão quanto ao consentimento das crianças. Embora deva-se respeitar o seu estágio de desenvolvimento e compreensão, a oitiva das crianças no que tange à parentalidade socioafetiva é de extrema relevância, correndo-se o risco de acarretar na violação à dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, que da dignidade decorrem.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 39.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ FONSECA, op. cit., p. 82.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 39.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ FONSECA, op. cit., p. 146.

⁵² BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁵³ Idem, op. cit., nota 39.

⁵⁴ Idem, op. cit., nota 1.

Os direitos da personalidade, na visão de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁵⁵ “são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segurança e avançada tutela jurídica [...]”. Os autores preceituam que os direitos da personalidade estão associados ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como uma garantia para a preservação de sua dignidade.

Desse modo, em decorrência dos efeitos jurídicos e sociais advindos do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, a ausência de previsão a respeito da oitiva das crianças fere de pronto a sua dignidade. O direito geral da personalidade, de acordo com Rodrigo Pereira Moreira⁵⁶, protege os diferentes modos de desenvolvimento da pessoa, subdividindo-se em: direito à autodeterminação; direito à autopreservação; direito à auto apresentação. A respeito da autodeterminação, afirma Moreira⁵⁷, tratar-se de um terreno que o indivíduo pode desenvolver a sua personalidade, de modo a organizar a sua vida conforme a sua vontade, desde que respeitados determinados limites.

Nessa seara, é imprescindível a oitiva da criança para dar efetividade ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva, uma vez que a partir dela forma-se um vínculo de afeto indissolúvel. Seria um contrassenso admitir o reconhecimento da parentalidade socioafetiva sem que houvesse afeto de ambas as partes da nova relação jurídica consolidada. Isso porque conforme prevê Maria Berenice Dias⁵⁸, o princípio da afetividade permite compreender e considerar a família para muito além dos laços jurídicos e de consanguinidade.

Ainda, segundo Maria Berenice Dias⁵⁹:

[...] O reconhecimento do afeto enquanto *categoria jurídica* e o posicionamento do ser humano como “valor-fonte” do ordenamento jurídico irradiam efeitos para a parentalidade no sentido de deslocar seu paradigma de um critério emitentemente *objetivo, totalitário e servil* à patrimonialidade das relações familiares interpessoais (biologização) para outro, marcadamente *subjetivo e relacional* (afeto fundado na convivência familiar e estável e qualificada) [...].

Nessa toada, sob a nova ótica subjetiva conferida às relações familiares, a despeito da ausência de previsão normativa no tocante ao Provimento nº 63, de 2017, do CNJ⁶⁰, as crianças devem ser ouvidas, suas percepções e sentimentos devem ser sopesados para que se possibilite

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15 ed. rev. e atual. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 183-184.

⁵⁶ MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 226.

⁵⁷ MOREIRA, op. cit., p. 252.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 34.

⁵⁹ DIAS, op. cit., p. 34.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

o reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Contudo, a condição de pessoa em desenvolvimento deve ser considerada, de modo a permitir o pleno desenvolvimento da sua personalidade e sua autodeterminação. Desse modo, priorizam-se os laços de afeto consolidados no seio das famílias modernas; ademais, atende-se ao princípio do melhor interesse da criança, à doutrina da proteção integral e ao princípio da prioridade absoluta.

CONCLUSÃO

A problematização central desta pesquisa baseou-se nas consequências trazidas pelo reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva, por meio do Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esta reconhecimento da parentalidade socioafetiva, como demonstrado, emana de uma realidade social intrínseca às novas entidades familiares. Assim, a atual perspectiva jurisprudencial permitiu aos indivíduos o reconhecimento do seu histórico de vida e a condição social ostentada.

Desse modo, apesar dos impactos positivos que foram trazidos com o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva, por meio do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ, sopesou-se a respeito das questões de ordem pública e, até mesmo, da segurança jurídica. Isso porque o ato de reconhecer a parentalidade socioafetiva, perante os cartórios de registros civis, sem assistência jurídica, pode trazer consequências práticas irrefragáveis. Por essa razão, foram analisados o direito aos alimentos, a irretroatividade do vínculo e os direitos sucessórios.

Por conseguinte, o reconhecimento do vínculo socioafetivo, em decorrência do direito à igualdade entre os filhos, previsto no artigo 227, § 6º, da CRFB/88, resulta o dever de prestar alimentos. Além disso, tendo em vista que a filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo nos limites da lei civil, prevê o enunciado 339, do Conselho da Justiça Federal que a parentalidade socioafetiva é irretroatível. Logo, em razão do melhor interesse do filho são consolidados vínculos inextinguíveis.

Ademais, conforme problematizado, detectou-se que a doutrina majoritária, a despeito da ausência de previsão legislativa sobre o tema, entende que um dos efeitos da parentalidade socioafetiva é a pluri-hereditariedade. Assim, serão aplicadas todas as regras do campo sucessório à parentalidade socioafetiva.

No que tange ao que se expôs no segundo capítulo, a verificação a respeito da exigência de observância das regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência caracteriza uma ofensa à dignidade da pessoa humana, em virtude da implementação do modelo social no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse

ínterim, com base nos argumentos jurídicos, na legislação apresentada e nos entendimentos doutrinários expostos, concluiu-se que como regra, hoje, a pessoa com deficiência é considerada capaz para todos os atos da vida civil e a curatela é medida excepcional. Assim, encampou-se a preocupação com a inclusão social e com a cidadania.

Nesse diapasão, na contramão da facultatividade da tomada de decisão apoiada, o artigo 11, § 7º, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ estabelece, como regra, a observância do instituto da tomada de decisão apoiada, quando o procedimento envolver a pessoa com deficiência. Essa previsão traz certa incongruência com a evolução do tratamento conferido às pessoas portadoras de deficiência pela Lei nº 13.146, de 2015.

Outrossim, a presente pesquisa constatou a necessidade da oitiva das crianças, para auferir suas percepções e seus sentimentos quanto ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva, a despeito da ausência de previsão no artigo 11, § 4º, do Provimento nº 63, de 2017, do CNJ. Nesse sentido, a condição de pessoa em desenvolvimento deve ser considerada, para permitir o pleno desenvolvimento da sua personalidade e sua autodeterminação, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança, a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta.

Com base no exposto, o presente trabalho almejou revelar e debater a respeito das inconsistências trazidas pelo Provimento nº 63, de 2017, do CNJ, apesar da sua conveniência para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, pela via extrajudicial. Deve haver uma preocupação do CNJ em readequar seu provimento de acordo com a evolução legislativa e jurisprudencial acerca do tema, já que o provimento foi um motivo de festejo para o afeto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 01 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.509*, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *Provimento nº 63 de 2017*, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 15 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.500.999-RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 15 de abr. 2018.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Filhos do afeto*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15 ed. rev. e atual. V.1. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. rev. e atual. V. 6. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Curso de direito civil: sucessões*. 3. ed. rev. e atual. V. 7. Salvador: JusPodivm, 2017.

FONSECA, Antonio Cezar Lima de. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FONTES, Ricardo Orofino da Luz: Circular nº 307/CGJ, de 1º de DEZEMBRO DE 2014. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Corregedoria-Geral da Justiça, p. 16. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/images/arquivos/Provimento_11.pdf> Acesso em 09 abr. 2018.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2016.

SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental- Conforme a Lei: 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.*

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 8. ed. rev., atual e ampl. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2015.