

**TEMAS CONTEMPORÂNEOS
DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**

VOLUME 3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária responsável: Aline Grazielle Benitez CRB-1/3129

T278 Temas contemporâneos de direito das famílias, v.3 / [coord.]
1.ed. Carlos José Cordeiro, Josiane Araújo Gomes;
[revisão] Daniela Medeiros Gonçalves. – 1.ed. – São
Paulo: Editora Pillares, 2018.
16 x 23 cm. –

ISBN: 978-85-8183-109-1

1. Direito. 2. Direito de família. I. Gomes, Josiane
Araújo. II. Gonçalves, Daniela Medeiros. III. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito de família

ISBN: 978-85-8183-109-1

TEMAS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO DAS FAMÍLIAS

VOLUME 3

COORDENADORES

CARLOS JOSÉ CORDEIRO

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais (TJMG).

JOSIANE ARAÚJO GOMES

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito das Famílias pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).



São Paulo – SP
2018

© Copyright 2018 by by Editora Pillares Ltda.

Conselho Editorial

Armando dos Santos Mesquita Martins
Gaetano Dibenedetto
Ilidia da A. Garrido Martins Juras
José Maria Trepas Cases
Luiz Antonio Martins
Roberto Victor Pereira Ribeiro
Wilson do Prado

Produtor editorial

Luiz Antonio Martins

Revisão

Daniela Medeiros Gonçalves

Projeto gráfico, diagramação e capa

Rita Motta – Ed. Tribo da Ilha



Editora Pillares Ltda.

Rua Senhorinha Deolinda de Freitas, 62 – Jardim Santa Beatriz
Telefone: (11) 3101-5100 – CEP: 07121-180 – Guarulhos/SP
E-mail: editorapillares@ig.com.br – Site: www.editorapillares.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra, em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições se aplicam também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Lei nº 10.695, de 1º.07.2003) com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

APRESENTAÇÃO

Tornou-se lugar comum, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a afirmação de que a família hodierna em muito se distancia do modelo familiar existente na sociedade oitocentista, família esta hierarquizada, patriarcal e preocupada com a preservação do patrimônio familiar em detrimento dos aspectos existenciais. Com efeito, a família é identificada como a base da sociedade, constituída não apenas por vínculos sanguíneos/genéticos, mas, principalmente, por vínculos afetivos, e, por isso, detém o papel de promover o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Entrementes, essa atual concepção da entidade familiar – que, inclusive, encontra expresso amparo no texto constitucional, notadamente em seu art. 226 –, apesar de ser uma realidade, enfrenta ainda muitos questionamentos, os quais, em sua grande maioria, detém vínculo com a visão extremamente formal da família brasileira. Com efeito, as famílias tornam-se, a cada dia, mais informais, sendo notável, por exemplo, o crescimento das uniões estáveis. E, assim, ao seu lado, também passam a ter ascensão as uniões homoafetivas, as famílias monoparentais, as relações de filiação socioafetivas, as famílias paralelas etc.

Por isso, diante das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, torna-se necessária posição ativa dos operadores do Direito e dos demais profissionais que atuam na área do Direito das Famílias no sentido de enfrentar, tanto na teoria quanto na prática, os motivos que levam ao surgimento dessa pluralidade, bem como os efeitos que dela decorrem, sempre orientados à preservação da entidade familiar como instrumento de promoção pessoal, independentemente de sua forma.

Referido desiderato constitui a razão fundante deste 3º volume do Livro “Temas Contemporâneos de Direito das Famílias”, que, da mesma forma como ocorreu com os dois primeiros volumes, por meio da reunião de artigos de diversos autores – juristas e profissionais de áreas afetas ao Direito –, sobre variados temas relativos ao Direito das Famílias, busca contribuir, mais uma vez, para o aprofundamento dos estudos de temas inerentes a esse ramo do Direito, semeando indagações e problemáticas que são encontradas no bojo das famílias brasileiras e, porque não, das famílias mundiais.

Esperamos, nesse sentido, que a presente obra se torne, como os dois volumes anteriores, instrumento teórico apto a orientar e contribuir para a elucidação e a resolução das demandas sociais e jurídicas que emergem das relações familiares e que, por isso, exigem constante atualização dos profissionais atuantes nessa faceta da sociedade.

Uberlândia, abril de 2018.

Carlos José Cordeiro
Josiane Araújo Gomes

AUTORES E SUAS QUALIFICAÇÕES

1. **Beatriz Schettini:** Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto. Título do artigo: Direito à concepção: uma análise da limitação de idade imposta pelo Conselho Federal de Medicina.
2. **Carlos José Cordeiro:** Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (mestrado e especialização) em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Membro do Instituto de Direito Privado (IDP). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Títulos dos artigos: É possível o restabelecimento do nome de casado após a sua renúncia quando da dissolução do casamento?; Reconhecimento da parentalidade socioafetiva pela via extrajudicial; Mediação e Direito das Famílias: o diálogo como instrumento para a efetiva resolução de conflitos familiares; Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: consolidação da união estável como entidade familiar.
3. **César Fiuza:** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Titular de Direito Civil na Universidade FUMEC. Professor Adjunto de Direito Civil na PUCMG. Professor Associado na UFMG. Professor Colaborador na UNIPAC. Advogado militante. Título do artigo: Tomada de decisão apoiada: perspectivas de utilidade.

4. **Claudio Ferreira Pazini:** Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais, área de Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Título do artigo: Usufruto e administração dos bens dos filhos.
5. **Débora Spagnol:** Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Civil, Processo Civil e Direito Ambiental. Pesquisadora da Comissão Especial de Estudos de Crimes Digitais. Título do artigo: Do “*pater familias*” à coparentalidade: breve análise da evolução familiar.
6. **Ela Wiecko de Castilho:** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, onde lidera o Grupo Candango de Criminologia e o Moitará-Grupo de Pesquisa em Direitos Étnicos. Membro do Ministério Público Federal, em que exerceu as funções de Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Coordenadora das 1ª, 5ª e 6ª Câmaras de Coordenação e Revisão (direitos sociais e fiscalização de atos administrativos, patrimônio público e minorias, respectivamente), Corregedora-Geral, Ouvidora-Geral e Vice-Procuradora Geral da República. Atualmente é Conselheira do Conselho Superior do Ministério Público e coordena o Comitê Pró-Equidade de Gênero e Raça. Título do artigo: De menor importância: interrogando os limites da autonomia no universo dos/das adolescentes trans.
7. **Fernanda da Silva Vieira Rosa:** Mestre em Psicologia da Saúde pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Psicóloga. Título do artigo: A condição jurídica dos “filhos de criação”.
8. **Flavia do Bonsucesso Teixeira:** Pós-doutora pela Università degli Studi di Milano e no Núcleo de Estudos de Gênero PAGU/Unicamp. Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas. Professora do Departamento de Saúde Coletiva da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Uberlândia e docente do Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva – Mestrado Profissional em Saúde da Família. Coordenadora

acadêmica do Centro de Referência de Atenção Integral a Saúde Transespecífica do Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia. Título do artigo: De menor importância: interrogando os limites da autonomia no universo dos/das adolescentes trans.

9. **Gustavo Henrique Velasco Boyadjian**: Doutorando em Ciências da Saúde pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogado. Presidente do IBDFAM – Núcleo Uberlândia. Título do artigo: Apointamentos sobre as uniões de fato e a sua dissolução.
10. **Hélio Veiga Júnior**: Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Especialista em Direito de Família pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Membro do Grupo Observatório de Bioética e Direito da Universidade Estadual Paulista – UNESP. Advogado. Título do artigo: Amor a toda prova: a análise da atração sexual genética (Genetic Sexual Attraction – GSA) no Direito de Família brasileiro.
11. **Jadir Cirqueira de Souza**: Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito do Estado e das Instituições Democráticas pela Universidade de Franca-SP. Professor Universitário e autor de livros, dentre os quais: “Curso de Direito Constitucional”, “A efetividade dos direitos das crianças e adolescentes” e “O direito à convivência familiar e comunitária e o acolhimento institucional”. Título do artigo: Adoção intuitu personae: entre a lei e a realidade.
12. **Josiane Araújo Gomes**: Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito das Famílias pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Membro do Instituto de Direito Privado (IDP). Títulos dos artigos: É possível o restabelecimento do nome de casado após a sua renúncia quando da dissolução do casamento?; Reconhecimento da parentalidade socioafetiva pela via extrajudicial; Partilha de bens e extinção de condomínio;

juízo competente para a fase de cumprimento de sentença; Separação de direito: análise crítica do posicionamento adotado pelo STJ acerca da manutenção do instituto na ordem jurídica pátria; Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: consolidação da união estável como entidade familiar.

13. **Luciana Zacharias Gomes Ferreira Coêlho:** Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (1997), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (1999), Mestra em Direito Obrigacional Privado (2005) pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP/Franca/SP) e Doutora em Educação (2015) pela Universidade Federal de Uberlândia. Docente efetiva da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” (FADIR/UFU). Título do artigo: Responsabilidade civil nas relações familiares.
14. **Luiz Carlos Goiabeira Rosa:** Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/Minas). Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU), na graduação e pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado em Direitos Fundamentais). Títulos dos artigos: A condição jurídica dos “filhos de criação”; Ética, moral e direito: o princípio da confiança no Direito das Famílias brasileiro.
15. **Marcus Vinícius Ribeiro Cunha:** Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Autor da obra “Princípio da Moralidade Administrativa”, publicada pela Editora Del Rey. Título do artigo: Ética, moral e direito: o princípio da confiança no Direito das Famílias brasileiro.
16. **Maria de Fátima Freire de Sá:** Doutora em Direito pela UFMG e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito na PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos

em Biodireito – CEBID. Advogada. Título do artigo: Gestação de substituição: uma análise a partir do direito contratual.

17. **Maurilio Casas Maia:** Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB) e Doutorando em Direito Constitucional e Teoria Política (UNIFOR). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e Defensor Público (AM). Pós-graduado *lato sensu* em “Direitos Civil e Processual Civil” e em “Direito Público: Constitucional e Administrativo”. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Colunista no sítio eletr nico Empório do Direito. Ex-assistente jurídico de desembargador (TJ/AM) e ex-advogado privado. Título do artigo: O princípio da afetividade e seus impactos no Direito das Famílias – e um pouco mais: uma breve incursão na tutela do afeto familiar na área penal.
18. **Patrícia Borba Marchetto:** Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona. Professora na graduação e p s-graduação da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Membro do Grupo Observatório de Bioética e Direito da Universidade Estadual Paulista – UNESP. Título do artigo: Amor a toda prova: a análise da atração sexual genética (Genetic Sexual Attraction – GSA) no Direito de Família brasileiro.
19. **Priscila Aparecida Lamana Diniz:** Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito das Famílias pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Defensora Pública no Estado de São Paulo. Título do artigo: O novo regime de partilha de bens imóveis instituído pela Lei 11.977/2009 e seus aspectos polêmicos.
20. **Raíssa Vieira de Gouveia:** Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU). Pesquisadora na área de Direito das Famílias e Mediação, com o amparo do Programa

Institucional Voluntário de Iniciação Científica da Universidade Federal de Uberlândia – PIVIC/CNPq/UFU – nos termos do Edital nº 01/2016. Título do artigo: Mediação e Direito das Famílias: o diálogo como instrumento para a efetiva resolução de conflitos familiares.

21. **Roberto Henrique Pôrto Nogueira**: Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos Privados – DEDIR/UFOP. Coordenador do Centro de Mediação e Cidadania – DEDIR/UFOP. Professor Adjunto do Curso de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto/ Minas Gerais. Título do artigo: Tomada de decisão apoiada: perspectivas de utilidade.
22. **Sanyla Araújo Gomes**: Advogada. Pós-graduanda em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Título do artigo: Separação de direito: análise crítica do posicionamento adotado pelo STJ acerca da manutenção do instituto na ordem jurídica pátria.
23. **Sávio Renato Bittencourt Soares Silva**: Procurador de Justiça, Professor da FGV/EBAPE e Diretor do Instituto de Ensino e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito (UFF) e Filosofia (UNISUL), mestre em História Social (USS) e Doutor em Geografia (UFRJ). Título do artigo: A preservação da imagem da criança institucionalizada e o direito à visibilidade.
24. **Shirlei Silmara de Freitas Mello**: Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professora associada na Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora visitante em estágio pós-doutoral na Universidade de Aalborg, Dinamarca, de fevereiro de 2014 a janeiro de 2015. Título do artigo: Aplicação das leis sistêmicas (constelações familiares) e mediação na pacificação de conflitos decorrentes dos laços de família.

25. **Taisa Maria Macena de Lima:** Doutora e Mestre em Direito Civil pela UFMG. Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUCMinas. Ex-bolsista do DAAD – Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico. Desembargadora Federal do Trabalho. Título do artigo: Gestação de substituição: uma análise a partir do direito contratual.
26. **Tânia Mara Guimarães Pena:** Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Direito Material e Processual do Trabalho em cursos de especialização e mestrado na área. Juíza do Trabalho desde 1998, atualmente como titular da Vara do Trabalho de Uberlândia/MG. Título do artigo: Mulher, patriarcalismo e Direito do Trabalho.
27. **Vanessa Leite:** Doutora em Saúde Coletiva pelo Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IMS/UERJ). Atualmente é pós-doutoranda no Instituto de Medicina Social da UERJ e pesquisadora associada do Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM/IMS/UERJ). Título do artigo: De menor importância: interrogando os limites da autonomia no universo dos/das adolescentes trans.

SUMÁRIO

Capítulo 1

RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA
PELA VIA EXTRAJUDICIAL 19

CARLOS JOSÉ CORDEIRO | JOSIANE ARAÚJO GOMES

Capítulo 2

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: PERSPECTIVAS DE UTILIDADE 49

CÉSAR FIUZA | ROBERTO HENRIQUE PÓRTO NOGUEIRA

Capítulo 3

DIREITO À CONCEPÇÃO: UMA ANÁLISE DA LIMITAÇÃO DE
IDADE IMPOSTA PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 71

BEATRIZ SCETTINI

Capítulo 4

DO “*PATER FAMILIAS*” À COPARENTALIDADE: BREVE ANÁLISE
DA EVOLUÇÃO FAMILIAR 87

DÉBORA SPAGNOL

Capítulo 5

ÉTICA, MORAL E DIREITO: O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO
DIREITO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRO 103

LUIZ CARLOS GOIABEIRA ROSA | MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO CUNHA

Capítulo 6

MEDIAÇÃO E DIREITO DAS FAMÍLIAS: O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES 129

CARLOS JOSÉ CORDEIRO | RAÍSSA VIEIRA DE GOUVEIA

Capítulo 7

APLICAÇÃO DAS LEIS SISTÊMICAS (CONSTELAÇÕES FAMILIARES) E MEDIAÇÃO NA PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DOS LAÇOS DE FAMÍLIA 155

SHIRLEI SILMARA DE FREITAS MELLO

Capítulo 8

ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*: ENTRE A LEI E A REALIDADE 217

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Capítulo 9

A CONDIÇÃO JURÍDICA DOS “FILHOS DE CRIAÇÃO” 237

LUIZ CARLOS GOIABEIRA ROSA | FERNANDA DA SILVA VIEIRA ROSA

Capítulo 10

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SEUS IMPACTOS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS - E UM POUCO MAIS: UMA BREVE INCURSÃO NA TUTELA DO AFETO FAMILIAR NA ÁREA PENAL 259

MAURILIO CASAS MAIA

Capítulo 11

DE MENOR IMPORTÂNCIA: INTERROGANDO OS LIMITES DA AUTONOMIA NO UNIVERSO DOS/DAS ADOLESCENTES TRANS 279

ELA WIECKO DE CASTILHO | FLAVIA DO BONSUCCESSO TEIXEIRA | VANESSA LEITE

Capítulo 12

AMOR A TODA PROVA: A ANÁLISE DA ATRAÇÃO SEXUAL GENÉTICA (GENETIC SEXUAL ATTRACTION - GSA) NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO 297

HELIO VEIGA JR. | PATRÍCIA BORBA MARCHETTO

Capítulo 13

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL:
CONSOLIDAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE
FAMILIAR 325

CARLOS JOSÉ CORDEIRO | JOSIANE ARAÚJO GOMES

Capítulo 14

PARTILHA DE BENS E EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO:
JUÍZO COMPETENTE PARA A FASE DE CUMPRIMENTO
DE SENTENÇA 339

JOSIANE ARAÚJO GOMES

Capítulo 15

O NOVO REGIME DE PARTILHA DE BENS IMÓVEIS INSTITUÍDO
PELA LEI 11.977/2009 E SEUS ASPECTOS POLÊMICOS 353

PRISCILA APARECIDA LAMANA DINIZ

Capítulo 16

USUFRUTO E ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DOS FILHOS 379

CLAUDIO FERREIRA PAZINI

Capítulo 17

APONTAMENTOS SOBRE AS UNIÕES DE FATO E A SUA
DISSOLUÇÃO 397

GUSTAVO HENRIQUE VELASCO BOYADJIAN

Capítulo 18

SEPARAÇÃO DE DIREITO: ANÁLISE CRÍTICA DO
POSICIONAMENTO ADOTADO PELO STJ ACERCA DA
MANUTENÇÃO DO INSTITUTO NA ORDEM JURÍDICA PÁTRIA 413

JOSIANE ARAÚJO GOMES | SANYLA ARAÚJO GOMES

Capítulo 19

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES 435

LUCIANA ZACHARIAS GOMES FERREIRA COELHO

Capítulo 20

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO CONTRATUAL 461

TAISA MARIA MACENA DE LIMA | MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ

Capítulo 21

A PRESERVAÇÃO DA IMAGEM DA CRIANÇA INSTITUCIONALIZADA E O DIREITO À VISIBILIDADE 481

SÁVIO BITTENCOURT

Capítulo 22

MULHER, PATRIARCALISMO E DIREITO DO TRABALHO 501

TÂNIA MARA GUIMARÃES PENA

Capítulo 23

É POSSÍVEL O RESTABELECIMENTO DO NOME DE CASADO APÓS A SUA RENÚNCIA QUANDO DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO? 517

CARLOS JOSÉ CORDEIRO | JOSIANE ARAÚJO GOMES

Capítulo 1

RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA PELA VIA EXTRAJUDICIAL

CARLOS JOSÉ CORDEIRO¹
JOSIANE ARAÚJO GOMES²

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em 11/06/2015, aforou Pedido de Providências junto ao Conselho Nacional de Justiça – autuado sob o nº 0002653-77.2015.2.00.0000 –, com vistas a obter a regulamentação do registro civil de paternidade socioafetiva perante os Oficiais de Registro Civil do Brasil. Ou seja, pretende-se, com referido pedido, obter a regulamentação da possibilidade de reconhecimento, pela via extrajudicial, da parentalidade socioafetiva, valorizando, assim, o vínculo de filiação fático, real, afetivo, o qual, de fato, é capaz de contribuir para a promoção do desenvolvimento da personalidade das pessoas envolvidas na relação de perfilhação.

Contudo, indaga-se: o ordenamento jurídico pátrio se coaduna com tal possibilidade de reconhecimento da parentalidade socioafetiva? E, em caso positivo, tal reconhecimento pode se dar pela via extrajudicial?

¹ Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (mestrado e especialização) em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Membro do Instituto de Direito Privado. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

² Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito das Famílias pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

Com efeito, o nascimento de uma pessoa provoca, como regra geral, a sua inserção na estrutura social denominada de família, a qual é compreendida, atualmente, como a reunião de pessoas ligadas por vínculos sanguíneos e afetivos, responsável pelo desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Constitui a família, assim, a unidade primária de associação dos indivíduos, exteriorizando-se como centro de companheirismo e afeto a serviço das próprias pessoas que a compõem.

Contudo, o entendimento da família como ambiente em que cada pessoa busca a sua própria realização por meio do relacionamento com outra(s) pessoa(s) é, relativamente, recente na legislação brasileira, tendo sido concebida pela Constituição Federal de 1988. De fato, verifica-se que, desde a instituição da República Brasileira³, houve a identificação da família à união de pessoas pelo casamento, desconsiderando qualquer questão relativa à realização pessoal dos seus integrantes; buscava-se a máxima proteção da paz doméstica e do patrimônio familiar, sendo, assim, a família fundada no matrimônio considerada um bem em si mesmo, de essencialidade inquestionável. Desse modo, antes do advento da ordem constitucional ora vigente, “os vínculos interpessoais, para merecerem aceitação social e o reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio”.⁴

Nessa esteira, vale dizer, anteriormente à vigência da atual Carta Magna, a legislação infraconstitucional adotava a concepção de identificação da família ao casamento e, por isso, o Código Civil de 1916 vedava o reconhecimento de quaisquer direitos às relações consideradas espúrias, adulterinas ou concubinárias. Apenas a entidade familiar tida por legítima merecia reconhecimento, o que implicava consequências à filiação, na medida em que só se admitia a perfilhação dos filhos concebidos na constância do casamento.

³ Conforme dito, a identificação da família à união de pessoas pelo casamento esteve presente na legislação pátria desde a instituição da República. De fato, a Constituição Federal de 1891, em seu art. 72, §4º, dispunha que “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Já a Constituição Federal de 1934, em seu art. 144, previa que “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. Assim, o casamento era reconhecido como exclusiva entidade familiar e, como tal, a única idônea a receber proteção do Estado.

⁴ DIAS, Maria Berenice. A Estatização das Relações Afetivas e a Imposição de Direitos e Deveres no Casamento e na União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e a Cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 301/308, p. 302.

Assim, diante da ligação necessária instituída entre o estado da filiação e o estado civil dos pais e, ainda, a associação feita entre paternidade/maternidade e ascendência genética, verificava-se, nesse momento, a exteriorização de duas verdades acerca da definição da filiação de uma pessoa: a verdade jurídica e a verdade biológica.

Em primeiro lugar, quanto à verdade jurídica, tem-se a atribuição da filiação a uma pessoa por meio de presunções traçadas pelo legislador, justificadas na necessidade de se manter o bem-estar familiar, bem como a unidade econômica e social da família, o que ocasiona, inclusive, o menosprezo à filiação biológica. Nesse passo, a primeira presunção de destaque diz respeito à maternidade, sendo esta considerada sempre certa, haja vista se traduzir por sinais exteriores – consequências corporais da gravidez e o parto. Já no que se refere à paternidade, tem-se a sua presunção vinculada aos laços do matrimônio, ou seja, será considerado pai aquele que esteja casado com a mãe no momento da concepção da criança. Dessa forma, os filhos concebidos sem a existência do casamento são considerados bastardos, adulterinos, ilegítimos, sem direitos juridicamente reconhecidos.⁵

Desse modo, considerando a hegemonia da família patriarcal e matrimonializada, foram instituídas, pelo legislador, presunções de filiação, a saber: a) a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant* – o pai é aquele que as núpcias demonstram, o que impede a discussão quanto a origem da filiação se o marido da mãe não a negar em curto prazo preclusivo –; b) a presunção *mater semper certa est* – a mãe é sempre certa, o que impede a investigação de maternidade contra mulher casada –; c) a presunção de paternidade atribuída àquele que manteve relações sexuais com a genitora no período da concepção; d) a presunção de *exceptis*

⁵ No que se refere à classificação dos filhos, sintetizam Marques, Cachapuz e Vitória, *in verbis*: “Anteriormente se classificava a filiação como legítima quando os filhos provinham de pais casados entre si, e ilegítima quando os filhos não tinham esta situação. No caso dos ilegítimos, se não houvesse impedimento para o casamento dos pais eram chamados de naturais. Havendo impedimento para o casamento dos pais, os filhos eram qualificados como espúrios, e, dependendo da natureza deste impedimento, os filhos poderiam ser classificados como adulterinos – filhos cujos pais, ou um dos pais, fossem casados – e incestuosos – quando os pais eram impedidos de casar em virtude do parentesco. A questão no caso dos filhos espúrios se cingia a analisar a natureza do impedimento dos pais no plano jurídico para então qualificar os filhos”. (MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no Direito Brasileiro atual: Direito pós-moderno?. *In: Família e Sucessões*: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 333/360, p. 350).

plurium concumbentium – quando a genitora mantém relações sexuais com mais de um homem no período da concepção, surge incerteza quanto à paternidade, o que impede o seu reconhecimento⁶; e) a presunção de paternidade quanto aos filhos concebidos 180 dias antes do casamento e 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.⁷

Todavia, as alterações que se sucederam nas relações familiares – notadamente, a instituição da dissolubilidade do vínculo matrimonial, pela Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio)⁸ –, aliadas ao desenvolvimento médico-científico, permitiram a relativização das presunções de filiação, haja vista a intensificação da busca pela sua verdade real, situação esta que, inclusive, foi dotada de grande importância para a manutenção da família patriarcal⁹, na medida em que impede a atribuição

⁶ Nesse sentido, afirma Villela, *in verbis*: “Como a gravidez é um fenômeno feminino e ostensivo, a responsabilidade social da mulher pela procriação sempre esteve razoavelmente acautelada. A do homem, cuja participação não deixava vestígios seguros, apenas estaria, caso o associasse à mulher o vínculo de justas núpcias. Do contrário, tudo ficava na dependência de um intrincado sistema de provas e exceções, que tabus morais e religiosos faziam ainda mais idôneo à proteção da impunidade masculina. O mais iníquo ingrediente desse minado campo de provas era a chamada *exceptio plurium concumbentium*. Ou seja: a exclusão da responsabilidade ao fundamento de ter a mãe coabitado com outros homens no tempo presumível da concepção. A simples possibilidade de o filho provir de outrem criava para todos a exoneração de qualquer responsabilidade”. (VILLELA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: ano XXVII, nº 21, maio/1979, p. 400/418, p. 402).

⁷ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. *In: Família e Sucessões*: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 385/392, p. 385/386.

⁸ Nesse sentido, afirma Dias, *in verbis*: “Foi a Lei do Divórcio que garantiu a todos os filhos o direito à herança em igualdade de condições. Admitiu a possibilidade de reconhecimento do filho havido fora do casamento exclusivamente por testamento cerrado. Criou uma estranha eficácia à ação investigatória de paternidade contra o genitor casado: o único efeito da sentença era quanto aos alimentos. Somente depois de dissolvido o vínculo de casamento do pai tornava-se possível o registro do filho. Era dispensável nova ação investigatória, mas terceiros interessados tinham o direito de impugnar a filiação. Essa artificiosa construção legal, além de sujeitar o conteúdo declaratório da sentença a uma condição suspensiva (o fim do casamento), lhe subtraía a segurança da coisa julgada ao admitir impugnações de “terceiros interessados”, sabe-se lá a quem era reconhecida legitimidade para tal”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 319).

⁹ De acordo com Lôbo, *in verbis*: “A família patriarcal perpassou a história deste país e marcou, profundamente, a formação do homem brasileiro. Suas funções mais evidentes eram econômico-patrimoniais, políticas, procracionais e religiosas. A função de realização da comunidade afetiva, que passou a ser determinante ao final do Século XX, era secundária. A filiação biológica,

da qualidade de filho legítimo a quem não possui vínculo de consanguinidade. Nesse sentido, a verdade biológica da filiação é identificada pelo vínculo genético existente entre pais e filhos, ou seja, a qualidade paterna ou materna é atribuída apenas a quem, biologicamente, tenha gerado uma nova vida: seu filho.

Destarte, de acordo com a biologia, “pai é unicamente quem, em uma relação sexual, fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá à luz um filho”¹⁰. A prova dessa filiação é possível de ser feita cientificamente, sendo o exame de DNA o principal instrumento para a verificação da descendência genética, devido ao seu resultado se aproximar da exatidão.

Contudo, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento da medicina científica e da biotecnologia possibilita o efetivo alcance da verdade biológica da filiação, também é responsável por sua relativização. Com efeito, são desenvolvidas técnicas de reprodução assistida, ou seja, técnicas que permitem a concepção de uma nova pessoa independentemente do ato sexual, por meio de método artificial, que supre, assim, a concepção natural, quando o futuro pai e/ou mãe tiver dificuldade ou impossibilidade de gerar um filho.

Nesse passo, são espécies de reprodução assistida: a concepção homóloga – em que é utilizado o material genético do próprio casal, sendo realizada a fecundação *in vitro* e, após, implantado o produto no útero da mãe –; e a concepção heteróloga – em que há a utilização de material genético de terceiro, ou seja, a fecundação em laboratório é realizada por meio da utilização de sêmen (e/ou óvulo) de outrem, sendo, assim, necessária a autorização expressa do cônjuge/companheiro, pois a ele será atribuída a perfilhação por presunção legal.

Desse modo, surgem novas presunções legais acerca da atribuição da filiação, as quais se distanciam da verdade biológica, mas permanecem vinculadas ao estado civil dos pais. Tais presunções encontram assento no Código Civil vigente, em seu art. 1.597, incisos III, IV e V, *in verbis*:

desde que originada na família matrimonializada, era imprescindível para o cumprimento dessas funções e papéis, notadamente de preservação da unidade patrimonial”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. *In: Família e Sucessões*: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 385/392, p. 388).

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 315.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A manipulação genética para a procriação humana populariza ideia de crucial importância para a alteração da concepção de filiação: o desinteresse pela sua origem. Com efeito, os métodos de reprodução assistida trouxeram facilidades responsáveis por permitir a qualquer pessoa realizar o sonho de ter um filho. Logo, há a desbiologização da paternidade¹¹, tornando-se esta, rigorosamente, um ato de opção.

Em vista disso, é possível introduzir a terceira verdade acerca da atribuição da filiação, a qual é responsável por traduzir o real sentido da paternidade: a verdade socioafetiva. Com efeito, verifica-se que, tanto a verdade jurídica quanto a verdade biológica, são insuficientes para definir o vínculo de filiação face à atual conformação da entidade familiar, pois a família contemporânea não é mais, unicamente, formada pelo vínculo consanguíneo. Desse modo, há a constatação de que a certeza presumida ou científica da filiação é insuficiente para o reconhecimento do vínculo familiar, na medida em que outros valores são de essencialidade inquestionável, os quais se resumem na concepção da afetividade.

Pelo princípio da afetividade, o afeto¹² é o principal fundamento das relações familiares, sejam estas conjugais ou de paternidade/maternidade. Com efeito, a entidade familiar se torna um grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, os quais se exteriorizam, “em concreto, no necessário e imprescindível

¹¹ A expressão “desbiologização da paternidade” foi utilizada, pela primeira vez, por João Batista Vilela, no seguinte texto: VILLELA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: ano XXVII, nº 21, maio/1979, p. 400/418.

¹² De acordo com Perlingieri, *in verbis*: “O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida”. (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 973).

respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. Isto é, a família é o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos”¹³.

Nesse passo, tem-se que a afetividade decorre, diretamente, da dignidade da pessoa humana e, por isso, encontra guarida na ordem constitucional vigente, haja vista a eleição desse princípio como fundamento da República Federativa brasileira (art. 1º, III). De fato, a dignidade constitui prerrogativa atribuída a todo ser humano de ser respeitado e reconhecido como pessoa, com igualdade de direitos e deveres, o que a torna responsável pela salvaguarda dos direitos fundamentais, direitos estes que visam proteger o ser humano contra tudo que lhe possa levar à depreciação, isto é, tudo que possa ofender e agredir a sua dignidade. Há, portanto, a valorização do ser e, por decorrência, o reconhecimento de que a família não é um fim, mas sim o meio pelo qual se torna possível o alcance da felicidade de seus membros¹⁴, unidos, essencialmente, pelo vínculo afetivo.¹⁵

Em vista disso, no âmbito das relações conjugais, a afetividade é responsável por possibilitar o surgimento de novas conformações familiares, as quais, até então, se resumiam no casamento, estrutura familiar instituída pelo Estado. Compreende-se, assim, como família, qualquer união afetiva vocacionada à realização pessoal de seus integrantes, caracterizando-se, pois, a entidade familiar

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

¹⁴ Nesse ponto, importante são os dizeres de Perlingieri, referindo-se à Constituição Italiana, *in verbis*: “A família como formação social, como ‘sociedade natural’, é garantida pela Constituição (art. 29, §1º) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas sim, em função da realização das exigências individuais, como lugar onde se desenvolve a pessoa (art. 2º Const.). A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem”. (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 971/972).

¹⁵ Afirma Fachin, *in verbis*: “Na família constitucionalizada começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se, com mais acento, a concepção eudemonista da família: não mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”. (FACHIN, Luiz Edson. *Desafios e perspectivas do Direito de Família no Brasil contemporâneo*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 423/443, p. 437/438).

como sendo pluralizada, democrática e igualitária substancialmente. Inclusive, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio do pluralismo das entidades familiares, pois reconhece, ao lado da família conjugal, a união estável (art. 226, §3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º)¹⁶, estabelecendo plena igualdade entre homem e mulher no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, §5º).

Por sua vez, no âmbito das relações de filiação, a afetividade é responsável por demonstrar que a qualidade paterna/materna não se liga, essencialmente, no fato de gerar, mas sim na circunstância de cuidar e amar. Com efeito, a caracterização de pai/mãe só pode ser reconhecida, efetivamente, àquele que desempenha o papel de protetor, de educador, de companheiro do filho; ou seja, não é o vínculo biológico ou a presunção legal que tornam alguém pai ou mãe, mas sim a assunção de tal papel por quem assim pretenda ser reconhecido.¹⁷ Há, portanto, a cisão entre os conceitos de genitor e pai/mãe, na medida em que aquele apenas exterioriza o vínculo de descendência genética, enquanto este traduz o exercício da função paterna/materna.

Destarte, a filiação socioafetiva não encontra seu fundamento no nascimento (fato biológico) ou em presunções legais (fato jurídico), mas sim na posse de estado de filho, ou, conforme leciona Welter¹⁸, no “estado de filho afetivo”. Com

¹⁶ Ressalte-se o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que defende que as modalidades de entidades familiares previstas no texto constitucional não encerram *numerus clausus*. De acordo com Netto Lôbo, *in verbis*: “Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade”. (NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e a Cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 89/107, p. 95).

¹⁷ Nesse sentido, afirma Villela, *in verbis*: “Chegados à plenitude desse novo estágio, os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o dom de si mesmo”. (VILLELA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: ano XXVII, nº 21, maio/1979, p. 400/418, p. 413).

¹⁸ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: **Família e Sucessões: relações de parentesco** (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413/454, p. 423.

efeito, tal vínculo de filiação assenta-se na “crença da condição de filho fundada em laços de afeto”¹⁹, ou seja, nos laços afetivos construídos entre pai/mãe e filho pelo convívio qualificado – relacionamento de carinho, companheirismo, dedicação, doação, de pai/mãe para filho e vice-versa.

Nesse passo, para que seja possível o reconhecimento do laço socioafetivo, são elencados, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, três requisitos que, apesar de não serem exaustivos, caracterizam a convivência entre pai/mãe e filho, quais sejam: o nome (*nominatio*) – que é ter o filho o apelido do pai/mãe –; o trato (*tratactus*) – que é ser tratado e educado como filho –; e a fama (*reputatio*) – que é ser tido e havido como filho na família e no meio social.

Destarte, tem-se que o nome constitui o uso constante do apelido de família do pai/mãe afetivo pelo filho afetivo, o que é responsável por traduzir a relação de filiação entre eles. Contudo, em que pese a importância desse requisito, não pode este ser considerado como imprescindível para o reconhecimento da filiação socioafetiva, na medida em que “as pessoas, de regra, são conhecidas pelo prenome e, na hipótese, não dispõem de condições de ostentar o sobrenome de seu pai afetivo. Assim, a não comprovação do uso do patronímico não compromete o acatamento da posse do estado de filho”²⁰.

Já quanto ao tratamento, este se exterioriza pelo efetivo exercício da função paterna/materna, ou seja, decorre do fato da pessoa ser criada, educada, considerada e apresentada ao meio social como filho. Constitui, assim, requisito de crucial importância para a configuração da filiação socioafetiva, uma vez que exprime a vontade do pretense pai/mãe de ser assim reconhecido, pois é quem contribui, diretamente, para o desenvolvimento da personalidade do filho por ele eleito, por meio da prática de atos de proteção e amparo econômico, bem como de apoio emocional-afetivo.

Por sua vez, quanto à fama, esta se exterioriza pela imagem social, isto é, práticas que levam terceiros a crer que a relação existente entre duas pessoas é

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 333.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 548/549. No mesmo sentido, ver: WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: **Família e Sucessões**: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413/454, p. 428.

uma relação de paternidade/maternidade, em que o pretense pai/mãe assim se considera e é reconhecido pelo pretense filho. Constitui, desse modo, perante o meio social, a exteriorização da filiação socioafetiva, uma vez que demonstra que determinada pessoa é conhecida e identificada como filho de outra pessoa pela sociedade, ou seja, traduz a notoriedade social do vínculo de filiação.

Em vista disso, verifica-se que, tanto o tratamento quanto a fama, necessitam de certa continuidade para que, de fato, possam caracterizar a filiação socioafetiva. Com efeito, a prática de atos isolados, com sentido incerto, não traduz o exercício efetivo da função paterna/materna, a qual exige a reiteração, a regularidade e a orientação no sentido de tornar determinada pessoa efetivamente seu filho. Outrossim, a fama deve ser constante e inquestionável, haja vista que fofocas, boatos, bisbilhotices, não são capazes de constituir a reputação.

Todavia, não é possível fixar um prazo de convivência para a configuração da filiação socioafetiva. De fato, em que pese à necessidade de estabilidade do vínculo paterno-afetivo, a estipulação de um prazo mínimo contraria a essência dessa relação paterna/materna, a qual é construída faticamente pela concreta atuação afetiva das partes envolvidas.²¹ Logo, a estabilidade do vínculo de filiação deverá ser verificada pelo julgador considerando as circunstâncias particulares de cada caso, uma vez que, segundo Welter²², *in verbis*:

quando o legislador ou o pensamento dogmático do direito estabelece certo lapso prazal para a configuração do estado de filho afetivo, está, na verdade, ocultando, escondendo ou anulando, ao invés de mostrar, (des)velar a verdadeira paternidade e maternidade, que somente pode ser vislumbrada na singularidade do caso.

²¹ Assim afirmam Farias e Rosendal, *in verbis*: “A filiação socioafetiva decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam reciprocamente o papel de pai e filho, respectivamente. Naturalmente, a filiação socioafetiva não decorre da prática de um único ato. Não teria sentido estabelecer um vínculo tão sólido através de um singular ato. É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicitam, com clareza, a existência de uma relação entre pai/mãe e filho. Enfim, não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso que o afeto sobrepuje, seja o fato marcante, decisivo, daquela relação”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 593).

²² WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *In: Família e Sucessões*: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413/454, p. 431.

Diante de tal caracterização, conclui-se que a filiação socioafetiva representa a aplicação da teoria da aparência no âmbito do Direito das Famílias, pois constitui situação fática à qual é atribuída o mesmo tratamento jurídico disposto para as filiações biológica e legal. Da mesma forma, pode ser considerada a aplicação da teoria da evidência, pois o reconhecimento da paternidade/maternidade afetiva constitui o alcance da verdade sociológica da filiação.²³

O reconhecimento do vínculo socioafetivo como elemento atributivo da filiação é abarcado pela Constituição Federal de 1988, na medida em que, ao elevar a dignidade humana à condição de fundamento ético de absoluta primazia a inspirar todo o sistema jurídico, determina a igualdade substancial entre os filhos, vedando qualquer tratamento discriminatório (art. 227, §6º), bem como assegura a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*). Outrossim, a Carta Magna, ao facultar ao casal o exercício livre do planejamento familiar, dispõe que este deve observar o princípio da paternidade responsável (art. 226, §7º), o que significa que ser pai/mãe não se resume apenas à concepção biológica da criança, mas sim constitui o efetivo exercício da função paterna/materna, de modo a contribuir para o completo desenvolvimento das potencialidades pessoais daquele tido como filho.

E, diante do desenho traçado pela Carta Maior, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seus arts. 3º e 4º, o dever da família de assegurar proteção integral à criança e ao adolescente, não fazendo qualquer diferenciação quanto à origem familiar, bem como, em seu art. 20, reforça a ideia da igualdade dos filhos, independentemente da sua origem. Por sua vez, o Código Civil reconhece a possibilidade de parentesco socioafetivo, ao dispor, em seu art. 1593, que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou

²³ Nesse sentido, afirma Welter, *in verbis*: “sustento a idéia de que não se aplica a *teoria da aparência* na ação de investigação de paternidade ou maternidade sociológica. Nesse caso, em tese, deve ser aplicada a *teoria da evidência*, para que a decisão judicial declare à verdadeira, e não a fictícia, filiação socioafetiva, isso porque a maior Carta Política e Jurídica do País de 1988 afastou do ordenamento jurídico a presunção, a aparência, a ficção, a paternidade e maternidade meramente judicial, acolhendo tão-somente duas verdades: biológica e sociológica (arts. 226, §§4º e 7º, e 227, §6º, da CF/1988). Em matéria de filiação, a decisão judicial deve estar mais próxima da verdade biológica ou sociológica, afastando-se, em decorrência, cada vez mais da verdade meramente formal, ficção jurídica”. (WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *In: Família e Sucessões*: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413/454, p. 426/427).

“outra origem”²⁴; além disso, em seu art. 1596, consagra o princípio da igualdade material dos filhos.

Nesse sentido, verifica-se que a filiação socioafetiva é construída faticamente, sendo resultado do mais puro e desinteressado afeto que possa existir entre aquele(a) que se posiciona como pai/mãe e o outro que assume a figura do filho. Não exige, assim, qualquer formalidade para a sua constituição, o que, contudo, não impossibilita a identificação de algumas espécies de filiação socioafetiva. Com efeito, destaca Welter²⁵: “A filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto com o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida ‘adoção à brasileira’”.

Entende-se como filho de criação a criança ou jovem que é assumido, faticamente, por uma pessoa ou casal como seu filho, inexistindo qualquer vínculo biológico ou jurídico entre eles. Corresponde, assim, a uma adoção de fato, pois o único elemento, neste caso, que leva ao surgimento do vínculo de filiação é a posse do estado de filho. O principal exemplo encontrado no meio social é a figura do enteado, o qual é filho biológico de apenas um dos cônjuges/companheiros, sendo que o consorte/convivente deste assume a figura paterna/materna, fornecendo ao enteado todo o auxílio material e imaterial necessário para o seu pleno desenvolvimento pessoal.

Por sua vez, a adoção judicial corresponde à inserção de uma pessoa em um núcleo familiar, por meio de processo judicial, instaurado por quem manifeste o seu interesse em se tornar pai/mãe, sendo que o “vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão” (art. 47, *caput*, do Estatuto da Criança e do

²⁴ Nesse sentido são os enunciados 103 e 256, aprovados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: “103- Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”; “256- Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

²⁵ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: **Família e Sucessões**: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413/454, p. 419.

Adolescente). Desse modo, por meio da adoção, o vínculo de filiação é atribuído apenas a quem tenha plena convicção de querer assumir a função paterna/materna, sendo marcada, pois, por um alto teor de autodeterminação que a torna, neste posto, superior à paternidade/maternidade biológica.²⁶

Já quanto ao reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, diz respeito à situação em que há o livre e espontâneo reconhecimento da perfilhação, por qualquer das formas previstas na lei civil (Código Civil, arts. 1603 e 1609), sem necessitar de qualquer comprovação genética para ter sua declaração admitida. Quem comparece perante o oficial do Cartório de Registro Civil e se declara pai de um recém-nascido, assume referida qualidade para todos os efeitos legais, podendo ser invalidado o registro apenas se houver erro ou falsidade (art. 1604), não sendo cabível a sua revogação²⁷.

Por fim, tem-se a situação conhecida como “adoção à brasileira”, em que há o reconhecimento da paternidade ou maternidade biológica por quem não seja o natural genitor. Tal conduta é enquadrada no crime de falsidade ideológica (art. 299, parágrafo único, do Código Penal), o que, contudo, não a torna revogável,

²⁶ Com efeito, afirma Villela, *in verbis*: “Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade. Somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que CRISTO disse aos seus apóstolos: “Não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós”. Suprema expressão da autonomia paterna, que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir”. (VILLELA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: ano XXVII, nº 21, maio/1979, p. 400/418, p. 416).

²⁷ Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL CUMULADA COM NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE SOCIOAFETIVIDADE. Mostra-se desnecessidade a realização de exame de DNA quando já afirmado pela mãe do menino o fato de o demandante não ser o pai biológico do infante. A prova dos autos é bastante a concluir-se que autor ele (*sic*) tinha conhecimento de que não era o genitor da criança na ocasião do registro, levado a efeito meses após o nascimento. Segundo orientação sedimentada desta Corte, comprovada a socioafetividade entre pai e filho, não é possível a anulação do registro civil, tampouco a desconstituição de paternidade. Inteligência do art. 1.609 do Código Civil que dispõe acerca da irrevogabilidade do reconhecimento do filho havido fora do casamento. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)”. (Apelação Cível Nº 70030476311, Sétima Câmara Cível, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 14/10/2009).

haja vista o surgimento do estado de filho afetivo, o qual também é tutelado de modo a atender o melhor interesse da criança.²⁸

Independentemente da espécie de filiação socioafetiva verificada no caso concreto, referida relação paterno-filial é apta a produzir os mesmos efeitos previstos na legislação para a filiação biológica ou jurídica. Com efeito, considerando que a Carta Magna assegura, em seu art. 227, §6º, a igualdade substancial dos filhos, vedando qualquer diferenciação pela sua origem, torna-se imperiosa a conclusão de que os efeitos jurídicos atribuídos à filiação socioafetiva são idênticos aos decorrentes das demais formas de filiação, o que torna desnecessária a sua disciplina legal específica.

Em vista disso, tem-se que da filiação socioafetiva decorrem efeitos pessoais e patrimoniais. Quanto aos primeiros, se resumem a três: a) o estado de filho – corresponde à qualificação jurídica do estado de parentesco entre pai/mãe e filho, que estabelece direitos e obrigações reciprocamente considerados (art. 229, da Constituição Federal) e, portanto, possibilita o manejo de qualquer das ações judiciais previstas na lei para o reconhecimento da filiação (desde a ação investigatória de parentalidade, até a ação negatória da filiação, além da ação de impugnação de filiação) –; b) a adoção do nome dos pais – o nome é responsável por individualizar a pessoa e, portanto, integra a sua personalidade, razão pela qual a

²⁸ Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA – VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO. 1.- Reconhecida a paternidade, por escritura pública, levada ao Registro Civil, não há amparo para que o genitor venha ulteriormente a negá-la, ainda que, por exame de DNA, seja excluída a paternidade biológica, não prejudicando o reconhecimento o fato de o Acórdão recorrido aludir à sua realização como “adoção à brasileira”. 2.- A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. 3.- O acolhimento das alegações do Recorrente não dispensa o reexame de prova, após os quais se poderia concluir, como pretendido, pela validade do registro de paternidade. Rever a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* demandaria a incursão no conjunto probatório para concluir-se da forma requerida pelo Recorrente. Incide nesse ponto a Súmula 7/STJ. 4.- Fica evidenciado que o Tribunal *a quo*, com base no conjunto probatório, entendeu não restar caracterizado o vício de consentimento apto a ensejar a nulidade pretendida, concluindo conforme orientação emanada da Terceira Turma desta Corte Superior. 5.- Recurso Especial improvido”. (REsp 1098036/GO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 01/03/2012).

adoção do nome de família é responsável por concretizar o vínculo filiatório, que restará confirmado pelo registro civil do filho –; e c) a atribuição do poder familiar – corresponde este ao conjunto de direitos e obrigações atribuído aos pais em relação aos filhos, os quais se encontram arrolados no art. 1634 do Código Civil.

Por sua vez, os efeitos patrimoniais da filiação socioafetiva se traduzem em dois: a) o dever de prestar alimentos – os alimentos correspondem ao conjunto de bens materiais necessários para que uma pessoa viva de modo compatível com a sua condição social (art. 1694, do Código Civil), atendendo às suas necessidades físicas, psíquicas e intelectuais, sendo que o direito à prestação alimentícia é recíproco entre pais e filhos (art. 1696, do Código Civil); e b) o direito à herança – na ordem de vocação hereditária, os filhos são herdeiros necessários dos seus pais, conforme se infere do art. 1845 c/c art. 1829, I, ambos do Código Civil.

Em face de tais efeitos decorrentes da filiação socioafetiva, é importante responder à seguinte indagação: é necessário o reconhecimento judicial do vínculo afetivo da filiação, com o seu consequente assento no registro civil, para que se possa exigir o cumprimento dos direitos e obrigações que desses efeitos derivam?

Considerando que a filiação socioafetiva corresponde à convivência afetiva entre duas pessoas em que uma se posiciona como pai/mãe, por exercer, concretamente, a função paterna/materna, e a outra se afigura como filho, reconhecendo o outro como seu verdadeiro pai/mãe, verifica-se que tal vínculo de filiação se caracteriza, essencialmente, pelo seu viés fático, não dependendo de qualquer reconhecimento ou regulação jurídica para a sua configuração. Dessa forma, para que se possam exercer os direitos e obrigações inerentes ao vínculo de filiação, não se tem por necessário o reconhecimento da socioafetividade por via judicial, bastando, apenas, a presença dos seus requisitos caracterizadores, haja vista que a assunção da qualidade de pai/mãe afetivo imprime, inquestionavelmente, a aceitação de todos os deveres inerentes da paternidade/maternidade.

Ressalte-se, contudo, que dentre os direitos decorrentes da filiação socioafetiva, encontra-se o de ter reconhecido, junto ao registro civil, a paternidade/maternidade afetiva. Com efeito, para o filho, o registro representa um título que lhe mune para poder exigir o cumprimento das obrigações decorrentes do poder familiar, representando, pois, a prova jurídica do vínculo de filiação. Constitui o registro, assim, documento declaratório da relação paterno/materno-filial decorrente do estado de filho afetivo, não sendo, pois, condição *sine qua non* para a existência da paternidade/maternidade socioafetiva, apesar de ser dotado

de importância significativa para a concretização dos seus efeitos. E, por isso, nada mais consentâneo à ordem constitucional pátria assegurar que referido reconhecimento, junto ao registro civil, ocorra pela via extrajudicial, ou seja, diretamente perante o Cartório de Registro Civil, pois a exigência da propositura de ação judicial desestimula, sobremaneira, a regularização jurídica da relação fática de filiação.

Entrementes, o que se verifica, na prática, é a resistência, de muitos Tabelionatos, em lavrar escrituras públicas de reconhecimento de filiação socioafetiva, como também, *a fortiori*, é impossibilitado o registro de instrumento particular em que o(a) declarante reconheça a paternidade/maternidade socioafetiva. O principal fundamento para tal negativa é a ausência de disciplina legal específica sobre a questão, fato este que, de modo simplista, acarreta a conclusão de que a admissão do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva ofenderia a segurança jurídica.

Todavia, impossibilitar que haja o reconhecimento do vínculo afetivo de filiação diretamente no Cartório de Registro Civil traduz-se como verdadeira ofensa à garantia constitucional de isonomia entre os filhos, na medida em que, à prole biológica, é assegurado, pelo art. 1.609, do Código Civil, o seu reconhecimento voluntário no registro do nascimento ou por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em Cartório (art. 1.609, incisos I e II), enquanto à prole socioafetiva é exigida a propositura de demanda judicial para, ao final, ver reconhecida, por sentença, situação de fato incontestada, decisão esta que, enfim, será levada a registro.

Tal conclusão, felizmente, já encontrou acolhida na jurisprudência pátria, como pode ser visto no acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2007, quando do julgamento do Resp 878.941/DF, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que foi declarada a validade do ato de reconhecimento da filiação socioafetiva por escritura pública, *in verbis*:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. – Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. – O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência

duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. – O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A *contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (REsp 878.941/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267).

A mesma conclusão restou firmada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, no julgamento do REsp 709.608/MS, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, *in verbis*:

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCAMBIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro”, a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretenso pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 3. “O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito.

Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil» (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.9.2007). 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso especial provido. (REsp 709.608/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, julgado em 05/11/2009, DJe 23/11/2009).

Desse modo, tendo em vista que os textos legais devem ser interpretados de forma a originar normas jurídicas consentâneas aos contextos legal, histórico e social em que estão inseridas, a conclusão a que se chega é a de que, ao permitir a legislação civil o reconhecimento voluntário dos filhos por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em Cartório (art. 1.609, inciso II), tal permissivo legal engloba tanto o vínculo biológico quanto o vínculo afetivo, mesmo porque o texto normativo não traz qualquer diferenciação para tais situações. Com efeito, por ser a filiação socioafetiva exteriorizada por declarações de vontades das pessoas envolvidas, nada mais coerente que também atribuir validade à manifestação de vontade no sentido de reconhecer, perante o Cartório de Registro Civil, a sua existência, pois a recusa em aceitar tal conduta, no âmbito extrajudicial, traduz-se na supervalorização das questões biológicas em detrimento dos reais interesses das pessoas, privando-as da salvaguarda jurídica de sua relação paterno-filial.

Aliás, cumpre consignar que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Corregedoria Nacional de Justiça, editou o Provimento nº 16/2012 que «dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores». Referido ato normativo foi editado com o objetivo de facilitar o reconhecimento espontâneo da filiação, na medida em que prevê que o pai pode comparecer diretamente a qualquer Cartório de Registro Civil do país, independentemente de onde esteja o registro, e declarar a paternidade, *in verbis*:

Art. 6º. Sem prejuízo das demais modalidades legalmente previstas, o reconhecimento espontâneo de filho poderá ser feito perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais, a qualquer tempo, por escrito particular, que será arquivado em cartório.

Art. 7º. A averbação do reconhecimento de filho realizado sob a égide do presente Provimento será concretizada diretamente pelo Oficial da serventia em que lavrado o assento de nascimento, independentemente de manifestação do Ministério Público ou decisão judicial, mas dependerá de anuência escrita do filho maior, ou, se menor, da mãe.

Assim, constata-se que o Provimento nº 16/CNJ/2012 também não se restringe à declaração de paternidade biológica. A norma refere-se, apenas, em “reconhecimento espontâneo de filho”, não havendo razão para a discriminação do intérprete, de modo a excluir a sua abrangência com relação à filiação socioafetiva. Logo, impõe-se a conclusão de ser possível o reconhecimento da parentalidade socioafetiva de forma direta no Cartório de Registro Civil, independentemente da chancela judicial ou da intervenção do Ministério Público.

Entretantes, cumpre consignar que a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva deve encontrar limites. Com efeito, na hipótese de existir dissenso familiar ou de não se ter certeza acerca da voluntariedade da manifestação de vontade do declarante, o Oficial do Cartório de Registro Civil pode se negar a fazer o registro de filiação pretendido, remetendo-se tal situação ao Juízo competente. Do mesmo modo, mesmo que haja o registro da filiação socioafetiva em tais situações, é possível que se postule, pela via judicial, a invalidação do reconhecimento em razão de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, por quem tenha legítimo interesse familiar, econômico ou moral.

Destarte, considerando que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro” (art. 1.604, do Código Civil), tem-se que, em havendo a comprovação, em processo judicial, da presença de qualquer dos vícios de consentimento na declaração emitida por quem reconhece a paternidade/maternidade socioafetiva, é possível a anulação de tal reconhecimento. Agora, na ausência de qualquer mácula no reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva por escritura pública ou particular, a sua salvaguarda é medida que se impõe²⁹, por ser movida pelo valor afetivo da

²⁹ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “FAMÍLIA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA DE PATERNIDADE – RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE PATERNIDADE – ATO IRRETRATÁVEL – PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA – DEMONSTRAÇÃO. – A retificação do registro é permitida na via de exceção, em caso de comprovação de vício de consentimento, nos termos do art. 1.604 do Código Civil. – Tendo o reconhecimento da paternidade ocorrido de forma

convivência, que supera a concepção pura e simples do laço sanguíneo, ao conceber o afeto como verdadeiro instrumento promocional do desenvolvimento da personalidade das pessoas envolvidas na relação de filiação.³⁰

E, inclusive, digno de nota destacar que o reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva perante o Cartório de Registro Civil não pode ser enquadrado no tipo penal de falsidade ideológica (art. 299, do Código Penal), pois não há, na hipótese, a inserção de declaração falsa no registro civil, mas sim o registro de verdadeiro vínculo de filiação fundado no afeto, que se exterioriza pela posse de estado de filho.

Assentada a possibilidade do reconhecimento da parentalidade socioafetiva de forma direta perante o Cartório de Registro Civil, cumpre consignar a já existência de textos normativos disciplinando tal hipótese, o que pode ser visto

regular, livre e consciente, mostra-se juridicamente impossível sua revogação”. (TJMG. Apelação Cível 1.0702.07.367567-1/001, Relator Des. Elias Camilo, 3ª Câmara Cível, julgamento em 15/04/2010, publicação da súmula em 05/05/2010). Do mesmo modo, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “APELAÇÃO. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. Improcedência. Irresignação. Não acolhimento. O autor, por ocasião de seu depoimento pessoal, afirma que sabia não ser o pai biológico, mas que, “por sentimento”, houve por bem registrar a infante como se sua filha fosse. Reconhecimento voluntário. Ato irretratável. Ausência de vício de consentimento. Precedentes desta Corte. Sentença mantida. Negado provimento ao apelo”. (Apelação 0957376-36.2012.8.26.0506. Relator Fábio Podestá; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/11/2016; Data de registro: 16/11/2016).

³⁰ Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Pai que pretende a anulação do registro em relação à filha – Inadmissibilidade – Ausência de vício de consentimento – Exame de DNA que excluiu a paternidade – Irrelevância – Apelante que reconhece ter realizado o registro sem exigir o exame de DNA, em que pese o alegado relacionamento superficial – Comprovação da existência de paternidade afetiva – Estudo social nesse sentido – Filiação socioafetiva que deve prevalecer sobre a biológica – Impossibilidade de anulação de registro civil realizado de forma espontânea e consciente – Improcedência mantida – Recurso desprovido”. (Apelação 0002545-12.2010.8.26.0481. Relator Galdino Toledo Júnior; Comarca: Presidente Epitácio; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/11/2015; Data de registro: 17/11/2015).

nos seguintes estados: Pernambuco³¹, Ceará³², Maranhão³³, Santa Catarina³⁴ e Amazonas³⁵.

Contudo, em todos esses textos normativos há a previsão de que somente é possível o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva, diretamente perante os Oficiais de Registro Civil, de pessoas que já se acharem registradas sem a definição da sua paternidade, ou seja, caso já exista, no registro de nascimento, a atribuição da paternidade, não é possível que o pai afetivo pretenda, pela via extrajudicial, o reconhecimento do vínculo socioafetivo, o mesmo ocorrendo com relação à mãe socioafetiva.

Tal limitação se mostra, a princípio, totalmente desarrazoada, na medida em que o reconhecimento judicial da multiparentalidade, conceito que ampara a coexistência de filiação biológica e socioafetiva, preservando sempre o interesse do filho, já é uma realidade na jurisprudência pátria³⁶. Assim, tem-se que o

³¹ Provimento nº 09, de 02 de dezembro de 2013, da Corregedoria Geral de Justiça do estado de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/149195/PROVIMENTO+09-2013.doc+02.12.2013.pdf/a1415bce-2b42-4ca1-8529-9d4540dbc9db>>. Acesso em: dezembro de 2017.

³² Provimento nº 15, de 17 de dezembro de 2013, da Corregedoria Geral de Justiça do estado do Ceará. Disponível em: <<http://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2013/12/Prov-n-15-2013-Reconhecimento-voluntario-de-paternidade-uniao-socioafetiva.pdf>>. Acesso em: dezembro de 2017.

³³ Provimento nº 21, de 19 de dezembro de 2013, da Corregedoria Geral de Justiça do estado do Maranhão. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/404284/anexo_948144_online_html_19122013_1038.pdf>. Acesso em: dezembro de 2017.

³⁴ Provimento nº 11, de 11 de novembro de 2014, da Corregedoria Geral de Justiça do estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://cgjweb.tjsc.jus.br/sitecgj/provimentoscirculares_avançada.jsp>. Acesso em: dezembro de 2017.

³⁵ Provimento nº 234, de 05 de dezembro de 2014, da Corregedoria Geral de Justiça do estado do Amazonas. Disponível em: <http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=1106&Itemid=347&limitstart=5>. Acesso em: dezembro de 2017.

³⁶ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *in verbis*: “DIREITO DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MULTIPARENTALIDADE. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO BIOLÓGICO PREEXISTENTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DUPLA PARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. 1. A paternidade biológica declarada em registro público não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem socioafetiva, com os efeitos jurídicos próprios, como desdobramento do sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais. 2. “A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode

reconhecimento da situação de multiparentalidade, com a garantia do assentamento, no registro civil, tanto da paternidade biológica quanto da socioafetiva, revela solução que se harmoniza com a preservação dos interesses dos filhos, considerando a ausência de hierarquia dentre as dimensões biológica e socioafetiva da filiação, merecendo ser promovido inclusive na seara extrajudicial, mesmo porque a multiparentalidade assegura a estabilização das relações familiares, preservando os direitos individuais e o melhor interesse da prole, pilares constitutivos da ótica orientadora das relações privadas e da família na ordem constitucional vigente.

servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade.” Tese fixada com repercussão geral no julgamento do RE 898060/SC – STF 3. Recurso conhecido e provido”. (Acórdão n.989127, 20161410019827APC, Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. 7ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/12/2016, Publicado no DJE: 24/01/2017. Pág.: 840/860). Digno de nota destacar, ainda, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE MULTIPARENTALIDADE. REGISTRO CIVIL. DUPLA MATERNIDADE E PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO DESDE LOGO DO MÉRITO. APLICAÇÃO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. A ausência de lei para regência de novos – e cada vez mais ocorrentes – fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da “legalidade”, “tipicidade” e “especialidade”, que norteiam os “Registros Públicos”, com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), “objetivos e princípios fundamentais” decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infra-constitucionais, tal como a doutrina da proteção integral do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da “multiparentalidade”, com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. DERAM PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA)”. (Apelação Cível 70062692876, Oitava Câmara Cível, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 12/02/2015).

Em vista da ausência de normatização nacional sobre o tema do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva, o Corregedor Nacional de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, no Pedido de Providências de nº 0002653-77.2015.2.00.0000 aforado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), proferiu decisão, em 14/03/2017, em que entendeu ser necessária a edição de Provimento com o objetivo de esclarecer e de orientar a execução dos serviços extrajudiciais sobre a matéria, sendo nos seguintes dizeres a conclusão de sua decisão, *in verbis*:

A filiação decorrente de vínculo exclusivamente socioafetivo é questão que encontra amparo na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do adolescente. A jurisprudência dos Tribunais estaduais e superiores já admite como uma realidade a possibilidade de registro da paternidade socioafetiva.

Por sua vez, a existência de diversos provimentos editados pelos Tribunais de Justiça dos estados da federação, sem a respectiva orientação geral por parte dessa Corregedoria Nacional de Justiça pode suscitar dúvidas e ameaçar a segurança jurídica dos atos de reconhecimento de paternidade registrados perante os Oficiais de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Impõe-se, portanto, a edição de Provimento com vistas a esclarecer e orientar a execução dos serviços extrajudiciais sobre a matéria discutida nestes autos.

No entanto, tendo sido instituído por esta Corregedoria Nacional de Justiça grupo de trabalho para o fim de elaboração de normativa mínima aos serviços de notas, protesto e registros públicos (Portarias n. 66, de 26 de novembro de 2014 e n. 65, de 21 de novembro de 2014) – deve a matéria ora analisada ser submetida a sua apreciação da comissão para eventual inclusão da sugestão objeto do presente pedido de providências dentre os temas que deverão ser regulamentados após as conclusões dos trabalhos da aludida equipe.

Ante o exposto, encaminhe-se cópia da presente decisão ao grupo de trabalho para que, sendo possível, inclua a proposta provimento para regulamentar o registro civil voluntário da paternidade socioafetiva perante os Oficiais de Registro Civil de Pessoas Naturais na normativa mínima.

E, finalmente, em 14 de novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, que “Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro ‘A’ e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”, sendo que, em seus considerandos, restou consignado, expressamente,

o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como verdadeiro vínculo fático e jurídico de filiação e que, portanto, independe da via judicial para que haja a sua averbação junto ao registro civil de nascimento, *in verbis*:

[...] CONSIDERANDO a existência de regulamentação pelas corregedorias-gerais de justiça dos Estados do reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais; CONSIDERANDO a conveniência de edição de normas básicas e uniformes para a realização do registro ou averbação, visando conferir segurança jurídica à paternidade ou à maternidade socioafetiva estabelecida, inclusive no que diz respeito a aspectos sucessórios e patrimoniais; CONSIDERANDO a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil; CONSIDERANDO a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação (arts. 1.539 e 1.596 do Código Civil); CONSIDERANDO a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva; CONSIDERANDO a necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (art. 10, II, do Código Civil); CONSIDERANDO o fato 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 os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC); [...].

Diante de tais considerações, o Provimento nº 63 trouxe a Seção II dedicada, exclusivamente, ao tema “Paternidade Socioafetiva”, sendo composta por seis dispositivos, com os seguintes dizeres, *in verbis*:

Art. 10. 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.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 1º O registrador deverá proceder à minuciosa verificação da identidade do requerente, mediante coleta, em termo próprio, por escrito particular, conforme modelo constante do Anexo VI, de sua qualificação e assinatura, além de proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais.

§ 2º O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado.

§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

§ 6º Na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será apresentado ao juiz competente nos termos da legislação local.

§ 7º Serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil).

§ 8º O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

Art. 12. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.

Art. 13. A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento.

Parágrafo único. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.

Art. 15. O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.

Da análise dos dispositivos supratranscritos, verifica-se que é assegurada a possibilidade de reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva diretamente perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, podendo se efetivar, inclusive, por meio de instrumento público ou particular de disposição de última vontade, sendo impostos, em contrapartida, os mesmos requisitos já previstos em lei para o instituto da adoção, quais sejam: idade mínima de dezoito anos do requerente – pai/mãe socioafetivo –; impossibilidade de reconhecimento entre irmãos e pelos ascendentes; o(a) pretendo(a) pai/mãe deve contar com pelo menos dezesseis anos a mais que o filho a ser reconhecido; e será necessário o consentimento do filho se este já contar com mais de doze anos.

Verifica-se, ainda, que, contrariamente ao que existia nas normas estaduais que regulamentaram a matéria, não se exige que o filho já esteja registrado sem a definição da sua paternidade/maternidade, na medida em que o art. 14 dispõe que o reconhecimento «não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento». Vale dizer, ao possibilitar o registro de dois pais e/ou duas mães no assento de nascimento, o Provimento assegura, àquele que possua a sua parentalidade biológica registrada, também o reconhecimento jurídico do vínculo socioafetivo de paternidade/maternidade, restando, assim, respeitado o melhor interesse do filho.

Ressalta-se, por fim, a importância da previsão, constante no *caput* do art. 11 do Provimento nº 63, de que, quando do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, não constará do “traslado menção à origem da filiação”, pois, ao impedir a averbação da natureza do vínculo de paternidade/maternidade, preserva-se a estabilização das relações familiares e, principalmente, concretiza-se a concepção de que inexistem hierarquias entre as dimensões biológica e socioafetiva da filiação, sendo ambas indispensáveis à integral promoção do desenvolvimento da personalidade da prole.

Portanto, com a regulamentação, em âmbito nacional, da possibilidade de reconhecimento da parentalidade socioafetiva diretamente perante o Cartório de Registro Civil, tem-se a consolidação da visão funcionalizada da paternidade/maternidade, desvinculada da exigência de qualquer vínculo biológico ou presunção jurídica entre pai/mãe e filho, prevalecendo, pois, a filiação baseada no afeto, fundada nos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, que se exterioriza pela crença da condição de filho construída pelos laços afetivos que surgem entre pai/mãe e filho pelo convívio qualificado, ou seja, pelo relacionamento em que o filho afetivo recebe, daquele que ele reconhece como pai/mãe, todo o carinho e apoio imprescindível para o seu desenvolvimento físico, psíquico, social e intelectual.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: dezembro de 2017.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia>>. Acesso em: dezembro de 2017.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: dezembro de 2017.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: dezembro de 2017.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: dezembro de 2017.
- DIAS, Maria Berenice. A Estatização das Relações Afetivas e a Imposição de Direitos e Deveres no Casamento e na União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e a Cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 301/308.
- _____. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- FACHIN, Luiz Edson. Desafios e perspectivas do Direito de Família no Brasil contemporâneo. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 423/443.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- LIRA, Ricardo César Pereira. Breve Estudo sobre as Entidades Familiares. *In*: BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 25/46.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e a Cidadania**: o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 89/107.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. *In*: **Família e Sucessões**: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 385/392.
- MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no Direito Brasileiro atual: Direito pós-moderno?. *In*: **Família e Sucessões**: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 333/360.
- PERLINGERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 47/69.
- VILLELA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: ano XXVII, nº 21, maio/1979, p. 400/418.

- VILLELA, João Baptista. Família hoje. *In*: BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71/86.
- WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *In*: **Família e Sucessões**: relações de parentesco (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413/454.

Capítulo 2

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: PERSPECTIVAS DE UTILIDADE

CÉSAR FIUZA¹

ROBERTO HENRIQUE PÔRTO NOGUEIRA²⁻³

RESUMO: O Estatuto da Pessoa com Deficiência visa a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência. Pretende viabilizar inclusão social e cidadania. Para tanto, interfere no regime jurídico das incapacidades, para que seja preservada a autonomia privada dos sujeitos nesse estado, na maior medida possível. Assim, propõe que, havendo necessidade, mesmo sem incapacidade, exista algum apoio. O principal significado dessa mudança é o mandamento da proporcionalidade da medida de cuidado, seja ela qual for. A tomada de decisão apoiada tem natureza jurídica de medida de cuidado disponibilizada pelo Estado à pessoa vulnerável capaz, a seu pedido, em razão de alguma mitigação em seu discernimento. Mas em que medida o princípio da boa-fé objetiva pode contribuir para a definição de uma possível utilidade prática da tomada de decisão apoiada, para além da visão de uma medida de cuidado burocrática e judicialmente constituída, disponível à pessoa vulnerável, para contar com pessoas de sua confiança que podem auxiliá-la independentemente de todo esse procedimento? Por meio de estudo

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Titular de Direito Civil na Universidade FUMEC. Professor Adjunto de Direito Civil na PUCMG. Professor Associado na UFMG. Professor Colaborador na UNIPAC. Advogado militante.

² Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos Privados – DEDIR/UFOP. Coordenador do Centro de Mediação e Cidadania – DEDIR/UFOP. Professor Adjunto do Curso de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto/Minas Gerais.

³ Parte desse trabalho conta com o apoio do Auxílio Pesquisador/UFOP.

teórico-dogmático que considera o sistema jurídico privatístico, o trabalho busca a resposta na percepção da ilicitude objetiva eventualmente imputável a quem contrata com pessoa vulnerável, por exemplo, quando ocorre inobservância de deveres anexos decorrentes da função integrativa da boa-fé objetiva. A medida de cuidado é, assim, refratária à ilicitude e à correspondente sanção do ordenamento jurídico (invalidade). Em conclusão propositiva, a perspectiva de utilidade efetiva da tomada de decisão apoiada pode ser pontuada na medida do esforço para o cumprimento dos padrões éticos da boa-fé objetiva, haja vista que, ao que parece, é pouco provável, na maior parte dos casos, que pessoa capaz se valha, espontaneamente, de todo o procedimento estabelecido apenas para contar com o auxílio de duas pessoas de sua confiança, que já estariam disponíveis independentemente de tal rito ou decisão judicial.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SUBSTRATO DA VULNERABILIDADE PARA O REGIME JURÍDICO DAS INCAPACIDADES

Salto relevante promovido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência⁴ manifesta-se na desconexão entre a deficiência e a ausência de discernimento, ou melhor, deficiência e incapacidade.

Isso fica evidente quando a incapacidade relativa é impingida, para além das tradicionais hipóteses (os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; e os pródigos), àqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade. A teoria das incapacidades passa a desconsiderar o panorama de fundo desse fenômeno, seja ele a deficiência (impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial) ou qualquer outra razão. Afinal, há pessoas não portadoras de deficiências que, por motivos de curto e médio prazos, ficam impossibilitadas ou inseguras para manifestarem sua vontade.

E ainda que o art. 748 do Código de Processo Civil,⁵ ao tratar da legitimidade residual do Ministério Público para mover a interdição, tenha se escorado na

⁴ BRASIL. Lei Federal n. 13.146, de 06 jul. 2015. Estatuto da pessoa com deficiência. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017.

⁵ BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017.

circunstância de doença mental grave, tal figura deve ser interpretada como doença que comprometa o discernimento em grau suficiente a justificar a incapacidade e a medida excepcional da curatela.

Assim, nem toda característica física ou psíquica da pessoa que destoe do que é considerado socialmente convencional é tida como doença. Nem toda doença gera deficiência, do mesmo modo que há deficiência que não corresponde, necessariamente, a uma entidade nosológica.

A doença, a deficiência ou qualquer outra qualidade da qual se revista a pessoa pode ou não gerar dificuldade de expressão da vontade. “(...) A doença não é causa necessária de deficiência e nem aquela e nem essa, por si só, são causa de incapacidade.”⁶ Logo, caso essa dificuldade se verifique, cabe aferir se ela é, no caso específico, suficiente para que se constitua a incapacidade relativa e para que se justifique a atribuição de uma medida de cuidado, sua espécie, extensão e duração.

Por conseguinte a deficiência, em qualquer das suas formas, não é mais – por si só – causa para a decretação da incapacidade relativa. Apenas a impossibilidade de exprimir a própria vontade, por causa transitória ou permanente, autoriza a incapacitação relativa.⁷

Mais do que a detecção de deficiência, importa aferir, por meio de equipe multidisciplinar, se a deficiência afeta o potencial para a expressão da vontade, conforme preleciona Iara Antunes de Souza:⁸ “Se cabe à equipe multidisciplinar verificar a deficiência, também cabe a ela avaliar se, excepcionalmente, a deficiência afeta a autodeterminação da pessoa, ou seja, afeta seu discernimento para exercer atos da vida civil”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é, portanto, destinado a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Para tanto, interfere no regime jurídico das incapacidades, para que seja

⁶ SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 278.

⁷ BARBOZA, Heloísa Helena. Curatela em nova perspectiva. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 6, p. 92.

⁸ SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 280.

preservada a autonomia privada dos sujeitos nesse estado, na maior medida possível. A normativa serve de parâmetro para a interpretação teleológica do sistema das incapacidades.

Busca-se, em todo caso, que pessoas com deficiência tenham direito à igualdade de oportunidades com as demais, sem discriminação.

Por outro lado, à pessoa com deficiência, caso tenha algum comprometimento no discernimento, ainda insignificante para ocasionar incapacidade, pode ser-lhe reconhecido o estado de vulnerabilidade, apto a explicar a aplicação do regime protetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Afinal, a regra é que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A rigor, o art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência preconiza que a pessoa com deficiência deva ter assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais.

Cabe reconhecer vulnerabilidade mesmo para pessoas capazes, com alguma redução de discernimento.

(...) o reconhecimento da diferença e da vulnerabilidade pessoal e social desses indivíduos, em distintos graus de comprometimento das possibilidades de interação e desenvolvimento pessoal, merece ser visto com atenção.⁹

O reconhecimento da vulnerabilidade das pessoas com deficiência ou portadoras de necessidades especiais impacta sobre o direito tanto no tocante ao direito público, quanto ao direito privado. Os limites de autodeterminação e liberdade pessoal são ponderados em vista à proteção da dignidade e integridade do deficiente. Ainda no direito privado, percebe-se uma tendência clara de reforço dos deveres de respeito à dignidade das pessoas e na proteção de seus interesses, especialmente pelo controle mais efetivo dos mecanismos judiciais de avaliação e indicação das

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 163.

situações em que se autoriza a restrição da eficácia da declaração de vontade individual (mediante o uso da curatela, especialmente), Da mesma forma, em relação às situações de deficiência física, legitima-se com mais deveres dos proprietários de imóveis para adoção de providências visando assegurar os direitos de acessibilidade já consagrados.¹⁰

O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência revela, efetivamente, a identificação de situação de vulnerabilidade da pessoa que se apresenta com limitação na exteriorização ou na formação de suas convicções, com a conseqüente promoção de tutela jurídica que busque assegurar a autonomia privada, exercida em um contexto intersubjetivo que conta, na maior medida possível, com a sua participação. Afinal, “autonomia é um conceito que pressupõe sempre intersubjetividade, determinando-se por máximas aprovadas pelo teste da universalização”.¹¹

Logo, o que se sobreleva são a proteção, o cuidado e a promoção dos vulneráveis com dificuldade de expressão da vontade, mais do que a causa desse cenário, seja ela a deficiência ou não. Havendo necessidade de medida de cuidado, ela pode ser extraordinária – a curatela – ou a tomada de decisão apoiada, estruturada para que seja recurso à disposição da pessoa que se vê necessitada de apoio na prática de atos da vida civil.

Diante desse panorama, é útil elucidar as principais mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regime jurídico das incapacidades para, então, buscar alguma aplicabilidade prática mais provável à tomada de decisão apoiada.

2 O PANORAMA TRANSFORMADO DO REGIME JURÍDICO DAS CAPACIDADES

Reconhecer a vulnerabilidade da pessoa com deficiência é uma questão de princípio. A regra, tendo por lastro os fundamentos constitucionais do pretendido

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 166.

¹¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Argumentação, capacidade civil e discernimento: a interpretação possível após o estatuto da pessoa com deficiência. *In*: SCHWARTZ, Germano; RIBEIRO, Diogenes Hassan. (Org.). **Argumentação, capacidade civil e discernimento**: a interpretação possível após o estatuto da pessoa com deficiência. 01. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. 4, p. 161.

Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais, passa a ser o suporte à capacidade, com a proteção contra toda forma de exclusão, negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Logo, se necessário, mesmo sem incapacidade, há de existir apoio.

E se isso procede, as vulnerabilidades põem em causa a urgência da tutela das capacidades, inclusive.

Em preferência de alusão a um novel desenho de um regime jurídico das capacidades, é mister adentrar o campo da capacidade de fato, geral ou plena.

Incapacidade absoluta fica reservada apenas para aqueles que, em razão da idade, a lei presume alguma imaturidade intelectual suficiente a comprometer a definição e expressão da vontade.

No mais, a incapacidade é sempre relativa, e isso há de significar algo para o direito.

Se antes a ausência do necessário discernimento para a prática de atos da vida civil estava atrelada à causa da enfermidade ou deficiência mental, atualmente apenas se preocupa com a impossibilidade, considerada em graus, da expressão da vontade.

Vale reforçar, além dos indígenas, pródigos, ébrios habituais e os viciados em tóxico, podem ser declarados relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade. Esse é o crivo.

O principal significado dessa mudança é o mandamento da proporcionalidade da medida de cuidado, seja ela qual for.

A proporcionalidade deve ser considerada no tempo, na extensão (campo de atuação) das atribuições e na função do cuidador em (eventualmente) suplementar ou chancelar a vontade. Essa proporcionalidade é direcionada ao mínimo de intervenção necessária para a preservação da capacidade, de maneira que dela se sobressai o irrefutável comprometimento do cuidador com medidas de proteção do vulnerável e de reversão/mitigação do estado de dependência. Portanto, a pessoa vulnerável, no tocante à expressão da vontade, passa a poder experimentar uma medida de cuidado, que pode ou não derivar de um estado de incapacidade, que, por sua vez, não mais se coaduna com a situação excessivamente redutiva e quase sempre irremediável.

Esse mandamento é sustentação da base do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do sistema da teoria das capacidades. Mesmo o Código de Processo Civil

destacou o formato dessa proporcionalidade, ao fixar que a prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil pode ser realizada por equipe composta por especialistas com formação multidisciplinar. Estabelece, também, que o laudo pericial deve indicar, especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela. Em todo caso, o juiz, na sentença, deve levar em conta as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. No tempo, determina que se levante a curatela quando cessar a causa que a determinou. Por fim, atribui ao curador o dever de buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito.

Com essas medidas, a transformação normativa almeja superar os efeitos que são comuns às pessoas declaradas absolutamente incapazes por estado de discernimento mitigado.

A declaração de incapacidade absoluta resulta na interdição da prática de atos da vida civil, mas além da invalidação expressa do casamento eventualmente realizado enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.548, I, do Código Civil), fato é que são atingidos, em muitos casos – se não em sua maioria, o direito ao próprio corpo, à sexualidade, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Mesmo que não haja vedação expressa, de fato há total impedimento para o exercício de direitos, um completo esvaziamento de sua autonomia, como decorrência do modelo atual em que o representante ao substituir o interdito acaba por tornar-se senhor das decisões de todos os interesses do incapaz. A titularidade é meramente nominal, na medida em que a declaração de incapacidade absoluta confere poderes gerais sobre a pessoa e bens do interdito.¹²

Coube à Lei n. 13.146 empreender uma série de modificações no Código Civil.¹³ Algumas lacunas, contudo, ficaram evidentes como resultado desse processo e exigem enfrentamento doutrinário.

A doutrina, por exemplo, já criticava a ausência de enfrentamento, pelo ordenamento jurídico, das circunstâncias de intervalos de lucidez. Pelo novo regime,

¹² BARBOZA, Heloísa Helena. Curatela em nova perspectiva. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 6, p. 89.

¹³ BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 janeiro 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017.

deve haver espaço, inclusive prevalente, para a abordagem dos intervalos de loucura (circunstância na qual se presume mais lucidez à pessoa e, assim, mais autonomia). A perspectiva generalizante irrefletida de uma teoria que se ocupa de incapacidades pode gerar exclusão apriorística da pessoa em relação ao mundo jurídico, de maneira que, em razão dos intervalos de loucura, não se preservava o exercício da autonomia privada nos períodos de lucidez.

Ainda que o ordenamento jurídico não preveja a situação da incapacidade intervalada por períodos de lucidez, talvez pela dificuldade de aferição de sua concretização, tal ideia pode ser a base para a releitura da teoria das incapacidades, que não mais deve ser interpretada de modo generalizado. Isto porque, hodiernamente, é de todo precipitado dizer ser uma pessoa absolutamente incapaz para a prática de todos os atos da vida civil, haja vista que tal declaração trata-se de uma exclusão, apriorística, plena e efetiva da pessoa do mundo jurídico, ainda que protegida por outrem.¹⁴

Se a incapacidade passa a ser, nos casos de deficiências (inclusive as decorrentes de transtornos mentais), sempre relativa e a medida de cuidado deve, necessariamente, contemplar a proporcionalidade em todos os casos, talvez caiba menção a tais intervalos, para que o curatelado possa ser ouvido, eventualmente, cogitando-se, nesse caso, do fenômeno da assistência ou mesmo do apoio à tomada de decisão.

Os efeitos de toda essa reviravolta são diversos, e sua pluralidade e extensão justificam o aparte de abordagem desses aspectos, no presente trabalho.

A pessoa vulnerável, capaz ou não, faz jus a cuidado, apoio e proteção. Valem-se, assim, das medidas de cuidado disponíveis.

3 MEDIDAS DE CUIDADO: CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Tendo em vista que o presente ensaio não se ocupa da incapacidade relativa dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, dispensa-se, aqui, a atenção à tutela.

¹⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 134.

A mais famosa e já conhecida medida de cuidado do ordenamento jurídico brasileiro é a curatela. É medida de cuidado da qual se lança mão em última hipótese, submetida a constante revisão quanto à espécie, extensão e duração.

A tomada de decisão apoiada tem, igualmente, natureza jurídica de medida de cuidado, disponibilizada pelo Estado à pessoa vulnerável capaz, a seu pedido, em decorrência de alguma mitigação em seu discernimento, exercida por pessoas com as quais estabeleça vínculo de confiança.

Na lição de Nelson Rosenthal¹⁵, o art. 116 da Lei n. 13.146 (BRASIL, 2015) teria criado um *tertium genus* de modelo protetivo de pessoas em situação de vulnerabilidade, ao lado da tutela e da curatela. Segundo o mesmo autor, essa importante inovação já era aguardada, concretizando o art. 12.3 do Decreto 6.949/09, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos seguintes termos: “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

A tomada de decisão apoiada é limitada quanto à legitimidade para o seu pedido e à extensão dos poderes de atuação do apoiador. Difere-se, assim, da curatela.

Confrontada com a curatela, a tomada de decisão apoiada apresenta estrutura e função bem distintas. Embora ambas se constituam judicialmente e tenham por função atender o melhor interesse da pessoa com deficiência, tem como traço diferencial a existência ou não de capacidade de exercício em cada caso.¹⁶

A tomada de decisão apoiada é legalmente definida como 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.

¹⁵ ROSENTHAL, Nelson. A tomada de decisão apoiada. **Nelsonrosenthal.info** (sítio da internet): 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenthal.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decisão-Apoiada>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. Curatela em nova perspectiva. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 6, p. 95.

É mecanismo de apoio ao exercício da capacidade legal, de forma a ajudar que a pessoa com limitação possa manter a sua autonomia, por meio do recebimento do “apoio de terceiros no processo de tomada de decisão, sobretudo aquelas que implicarem efeitos jurídicos para si e/ou terceiros”.¹⁷

Assim, o apoio pode envolver esclarecimentos acerca dos fatores circundantes à decisão, incluindo a ponderação sobre seus efeitos, além do auxílio na comunicação dessa decisão aos interlocutores. Tudo para que a pessoa possa decidir de acordo com as suas preferências, mas com ciência de todos os efeitos de sua escolha, incluindo-se aqueles mais gravosos. Ao fim, importa em garantir à pessoa o direito de decidir.¹⁸

Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa.

(...) a Tomada de Decisão Apoiada objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais.¹⁹

É comum na doutrina a tentativa de aproximação da tomada de decisão apoiada a institutos análogos havidos no direito estrangeiro. Vale dizer, não obstante o novo modelo jurídico inspirar-se na legislação italiana, que, por meio da Lei 6/2004, introduziu no Código Civil (arts. 404 a 413) a figura do *amministratore di sostegno* (administrador de apoio), e ingressar no Brasil quase que simultaneamente com sua introdução no art. 43 do Código Civil da Argentina, a vigor

¹⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência**: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 5, p. 70.

¹⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência**: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 5, p. 71.

¹⁹ ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. **Nelsonroselvald.info** (sítio da internet): 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonroselvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decisão-Apoiada>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

em 2016,²⁰ é fundamental, para que se aplique o instituto da tomada de decisão apoiada, que o deficiente seja capaz. Em outras palavras, não pode enquadrar-se na categoria daqueles relativamente incapazes, que não possam exprimir sua vontade, por lhes faltarem ou terem reduzido o discernimento. Portanto, no Brasil, a tomada de decisão apoiada não prescinde da vontade do deficiente e não substitui ou dispensa suas disposições de vontade.

Para formular o pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar um termo, em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito a vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devam apoiar.

De acordo com o Código Civil (§2º, art. 1.783-A), o pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio. Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o Juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após a manifestação do Ministério Público, deve ouvir pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

A decisão tomada pela pessoa apoiada tem validade e efeitos perante terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. Os terceiros podem solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, a questão deverá ser decidida judicialmente, ouvido o Ministério Público.

Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, pode a pessoa apoiada ou qualquer outra apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao Juiz. Sendo procedente a denúncia, ao juiz cabe destituir o apoiador e nomear, ouvido o apoiado e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. Também os apoiadores têm

²⁰ ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. **Nelsonroselvald.info** (sítio da internet): 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonroselvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decisão-Apoiada>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

a prerrogativa de solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada.

Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela. Em outras palavras, os apoiadores deverão prestar contas anualmente ao Juiz e ao Ministério Público. Ao término do acordo para a tomada de decisão apoiada, há previsão de prestação de contas finais.

Há quem defenda que a tomada de decisão apoiada possa abarcar aspectos existenciais, a exemplo da administração de sustento italiana. Contudo, essa não é a única compreensão possível da figura, haja vista que ela não substitui a curatela. Ao contrário, a tomada de decisão apoiada pressupõe a atuação do vulnerável. E mais: se nem mesmo a curatela, medida de cuidado mais interventiva reservada às pessoas com incapacidade relativa declarada, pode voltar-se às questões existenciais, não parece autorizado à tomada de decisão apoiada, sem previsão legal, buscar ocupar-se de tais matérias. E ainda que insuficiente o apoio, o apoiador não possui sequer legitimidade para pedir a curatela da pessoa vulnerável. Caso os demais legitimados não o façam, resta ao apoiador intervir junto ao Ministério Público.

O art. 6º é expresso em estabelecer que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para o exercício de direitos existenciais. Vale dizer, a curatela restringe-se tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não podendo alcançar o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

É bem verdade que o novo Código de Processo Civil alargou os poderes do curador, ao prever que a autoridade do curador se estende à **pessoa** e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz. Entretanto, a despeito da opinião de respeitada doutrina,²¹ segundo a qual, excepcionalmente, a curatela pode abranger a prática de atos de preservação de interesses existenciais do curatelado diante de falta de discernimento ou competência, o que a lei prevê é que a curatela afeta exclusivamente atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial.

Ora, frise-se, se nem mesmo a curatela pode atingir direitos existenciais, não é a tomada de decisão apoiada, que se implementa em um cenário de plena capacidade do apoiado, que pode fazê-lo.

²¹ SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

Em suma, o instituto da tomada de decisão apoiada se baseia numa convenção, cuja natureza é *sui generis*. Não se trata de representação, uma vez que os apoiadores não atuam em nome do apoiado, representando-o perante terceiros. Não se confunde com mandato sem representação, porque os apoiadores não agem por sua própria conta, em benefício do apoiado. É instituto único, em que apoiado e apoiadores agem em conjunto, em benefício daquele.

Do ponto de vista do apoiado, é viável definir a tomada de decisão apoiada como instituto hábil para a somar ao exercício da capacidade (que é plena), do qual a pessoa, em razão da deficiência, pode lançar mão quando não se sentir apto à prática individual de determinados atos. É apoio casuístico, na hipótese de autoconsciência de diminuição de discernimento para autodeterminação, que não importa curatela. É específica e para ato determinado. Tem prazo e extensão igualmente fixados e depende da vontade da pessoa apoiada para a sua instituição e execução.²²

Mas qual pode ser a real utilidade prática da tomada de decisão apoiada? O apoiado enfrentará todo o processo judicial para contar com a ajuda de pessoas que já são de seu círculo de convivência e confiança?

Em razão dessa teia normativa, a utilidade que parece prevalente da tomada de decisão apoiada deve ser percebida no âmbito dos negócios jurídicos patrimoniais, que, por sua vez, sujeitam-se aos princípios²³ fundantes do direito

²² SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 321.

²³ Princípios são normas, não necessariamente generalistas, abstraídas das obrigações políticas associativas e, assim, genuínas, impassíveis de pré-determinação de aplicabilidade, havidas num determinado contexto sócio-jurídico, delineado pelas práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscrevem. Tais princípios consideram a trajetória pretérita do direito, para a atitude interpretativa criativa construtiva, de modo a possibilitar a continuidade do processo em desenvolvimento, sem jamais aprisionar-se ao passado ou esboçar projeções desarrazoadas para o futuro (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003). A aplicação desses princípios, segundo Dworkin (2003), passa por duas dimensões de prova: a adequação, que sugere que a interpretação que for adotada deve fluir ao longo de todo o texto, de maneira padronizada, na crença de que a continuidade o precedeu; e a justificação, por meio da qual a aplicação de determinado princípio deve ser passível de justificar-se como capaz de continuar o projeto de desenvolvimento do conteúdo coerente do direito. Diante disso, os princípios jurídicos não admitem ser hierarquizados ou ponderados, pois isso acabaria, em última análise, por definir regras de aplicação, de modo a mitigar a consideração das peculiaridades do caso concreto (FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Extinção das obrigações por novação: em busca da definição conceitual a partir da jurisprudência do STJ. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira;

privado. Interessa ao estudo, precipuamente, o contributo do princípio da boa-fé objetiva.

Em que medida o princípio da boa-fé objetiva pode contribuir para a definição de uma possível utilidade prática da tomada de decisão apoiada, para além da visão de uma medida de cuidado burocrática e judicialmente constituída, disponível à pessoa vulnerável, para contar com pessoas de sua confiança que podem auxiliá-la independentemente de todo esse procedimento? A resposta há de ser encontrada na percepção da ilicitude objetiva eventualmente imputável a quem contrata com pessoa vulnerável, por exemplo, quando ocorre inobservância de deveres anexos decorrentes da função integrativa da boa-fé objetiva. A medida de cuidado é, assim, refratária à ilicitude e à correspondente sanção do ordenamento jurídico (invalidade).

4 BOA-FÉ OBJETIVA E SEU CONTRIBUTO MARCADOR DE LICITUDE

O princípio da boa-fé objetiva, acompanhado da qualidade da probidade, confere ao direito atual a roupagem de sistema ético-jurídico, por estabelecer padrões éticos, objetivamente considerados, evidenciados na intersubjetividade.

A boa-fé objetiva independe da intenção ou convicção do integrante da relação jurídica, mas sim, do atendimento a padrões éticos juridicamente estabelecidos. Determina a tutela dos interesses legítimos da contraparte, o que é típico de um comportamento leal, probo, honesto, e formaliza dever de lisura, correção e lealdade.²⁴

São aportadas três funções ao princípio da boa-fé objetiva, que preenchem seu conteúdo deontológico. São elas a função interpretativa, a função limitadora ou de controle e a função integrativa. Cada uma delas reporta-se intimamente com a positivação do princípio, em três momentos distintos, pelo Código Civil.

A função interpretativa é reconhecida ao princípio da boa-fé objetiva em vinculação com a previsão do dispositivo normativo do art. 113 do Código Civil,

SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil**: atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 377-399).

²⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 420.

segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”.

A função de controle é consectário do que prevê o Código Civil, em seu art. 187. Relaciona-se ao abuso do direito, para limitar ou impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual. “[...] o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas.”²⁵

A positivação da função integrativa do princípio da boa-fé objetiva, que cria deveres autônomos de conduta, é reconhecida no art. 422 do Código Civil, que institui que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”.

São os chamados deveres anexos, instrumentais ou colaterais de conduta, que passam a ser observados em toda e qualquer relação jurídica, visando assim a garantir o fiel cumprimento do negócio jurídico em conformidade com sua finalidade econômico-social.

É por meio da referida função que se irradiam os deveres anexos de conduta, atribuídos pela boa-fé objetiva, os quais afluem para todo o Direito Obrigacional, e, por conseguinte, para os demais ramos do Direito. Nesse contexto, o contrato passa a ser entendido como relação jurídica complexa e dinâmica, compreendido pela obrigação principal acrescida dos deveres anexos da boa-fé objetiva, os quais devem ser observados pelas partes, alterando-se, o vínculo obrigacional estático outrora existente, restrito ao campo da prestação.²⁶

A integração reporta-se, em grande parte, aos respectivos efeitos do princípio em alusão sobre os contratos, constituindo-se no processo por meio do qual as eventuais lacunas existentes no negócio jurídico, resultantes da ausência de normas aplicáveis ao caso concreto, são preenchidas. Possibilita preencher lacunas do conteúdo contratual, conforme os citados parâmetros éticos, objetivamente apurados, e provenientes do próprio ordenamento, além de irradiar deveres anexos de conduta, que, para Teresa Negreiros,²⁷ são a especialização da exigência de as partes se comportarem em conformidade com os ditames da boa-fé.

²⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140 e 141.

²⁶ SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: modelos de aplicação e critérios de densificação. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 11, p. 144 e 145.

²⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150.

5 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA DA PARTE NÃO VULNERÁVEL NO NEGÓCIO JURÍDICO

A inobservância do conteúdo normativo do princípio da boa-fé objetiva pode qualificar como ilícita uma determinada posição jurídica.

Ato ilícito em sentido amplo significa ato antijurídico. Nessa toada, é possível afirmar que o único elemento estrutural do ato ilícito em sentido amplo é a antijuridicidade.

(...) o único elemento essencial à ilicitude é a antijuridicidade. Os demais, culpabilidade, dano e nexa causal entre culpabilidade e dano não são essenciais para a caracterização do ilícito, embora sejam requisitos para a caracterização de ilícito gerador de responsabilidade, segundo a regra imposta na cláusula geral do art. 186 do Código Civil.²⁸

Antijuridicidade é a própria contrariedade ao direito, ou seja, a situação de irregularidade em face dos preceitos normativos oriundos da lei ou das demais fontes do direito. São também antijurídicos atos ofensivos a conteúdos normativos aferíveis de princípios jurídicos, por exemplo.

Vale destacar que a própria lei afasta a antijuridicidade de algumas condutas que, em circunstâncias regulares, violam o ordenamento jurídico.

O ato ilícito em sentido estrito é composto por outros elementos estruturais, além da já explanada antijuridicidade. Integram-no a culpabilidade, o dano e o nexa de causalidade entre conduta imputável lesiva e o dano.

A ilicitude objetiva²⁹, além de também ser marcada pela inobservância do fim econômico ou social e pelos bons costumes, depende, em grande parte, da boa-fé objetiva. Como é recorrentemente afirmado, parece que o Código Civil consagrou a cláusula geral do abuso de direito, que corresponde a importante espécie

²⁸ FIUZA, César. Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade e do ilícito. *In*: FIUZA, César (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 563.

²⁹ O rol dos ilícitos objetivos no direito civil é extenso. Basta citar os exemplos das cláusulas abusivas, da publicidade enganosa ou abusiva, da cobrança indevida de quantia já efetivamente paga, dentre outras hipóteses previstas em lei, como a quebra do dever de cuidado para com a prole, ou os ilícitos contra direitos de personalidade. São, todos eles, apurados independentemente de culpa.

de ilícito objetivo, vale dizer, que prescinde de culpa para a sua configuração. Não é por acaso que vem sendo relacionado ao dispositivo do art. 187 da lei em alusão, pois, doutrinariamente, ele é considerado ponto de partida para o estudo desse fenômeno e da configuração do que tem sido chamado de ilícito objetivo (sem culpa) no ordenamento jurídico nacional da atualidade.

Outros limites à licitude são os deveres anexos de conduta, integrados à relação jurídica. Sua implementação serve para qualificar a autonomia privada. A exemplo do dever de transparência, Michael César Silva³⁰ elucida:

Nesse contexto, o sentido adequado à transparência seria de *qualificar a autonomia privada*, através da efetiva liberdade de decisão do contratante, garantida pelo fornecimento de informações adequadas e necessárias a realização da avença, as quais devem ser fornecidas desde o momento da formação do contrato, consagrando o (re)equilíbrio da relação contratual.

Logo, a violação a tais deveres pode implicar antijuridicidade. Cabe registrar, ainda, que o espectro normativo da boa-fé objetiva é determinante da tutela da confiança no direito privado.

O *princípio da confiança* destaca-se, na contemporaneidade, como sendo de fundamental importância na análise do conteúdo substancial da boa-fé objetiva. Tal fato atribui-se, em razão da *valorização da confiança*, como mecanismo de efetivação do (re)equilíbrio contratual, corporificado no ordenamento jurídico, por meio inserção de normas de ordem pública e interesse social voltadas a atribuir garantia de proteção aos legítimos interesses e expectativas criados mutuamente pelas partes na relação jurídica contratual.³¹

Em suma, a boa-fé objetiva atua, para além da interpretação dos negócios jurídicos, na integração dos deveres anexos, que impõem às relações a adoção de padrões éticos objetivos de comportamento segundo a lealdade, para a

³⁰ SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: modelos de aplicação e critérios de densificação. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 11, p. 146.

³¹ SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: modelos de aplicação e critérios de densificação. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 11, p. 147.

colaboração e cooperação entre os envolvidos, para o privilégio da confiança e para a tutela de legítimas expectativas.

Desta forma, é imprescindível que as partes atuem nas relações jurídicas obrigacionais firmadas, com observância aos deveres anexos de conduta, os quais impõem para além da obrigação jurídica principal, deveres fiduciários (obrigação complexa), os quais objetivam resguardar a legítima expectativa e a confiança mútua existente entre as partes.³²

Desconsiderar esses comandos jurídicos de comportamento negocial invoca sanções do ordenamento, dentre elas, a possível invalidade. Talvez seja a busca pelo cuidado, pela lealdade, pela colaboração e pela preservação da confiança que justifique a exigência, pela parte não vulnerável, da articulação da tomada de decisão apoiada no contexto de formação do negócio jurídico a ser firmado com pessoa vulnerável, em virtude de sua possível dificuldade na definição e manifestação de discernimento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO MEDIDA DE INTERESSE DA PARTE NÃO VULNERÁVEL

No que respeita à utilidade, como dito, a decisão tomada por pessoa apoiada tem validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. Nesse rumo, a parte não vulnerável pode exigir ou demandar o apoio ao vulnerável para a tomada de decisão, estratégia que pode integrar o conjunto de medidas adotadas para evitar possíveis alegações supervenientes de vícios ou prejuízos no âmbito do discernimento. Afinal, terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. E mais: havendo divergência de opiniões entre apoiadores, por suspeita de risco ou prejuízo relevante, abre-se caminho para a chancela

³² SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: modelos de aplicação e critérios de densificação. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 11, p. 146.

judicial, que é precedida de oitiva do Ministério Público. A robustez da segurança e estabilidade do negócio são privilegiadas pela tomada de decisão apoiada.

Significa que a tomada de decisão apoiada pode ser enxergada como expressão do cumprimento dos deveres de cuidado, lealdade, colaboração e preservação da confiança, projetados da boa-fé objetiva.

O esforço em implementar os deveres anexos de conduta possui relação direta com a minimização da possibilidade de posterior questionamento de violação positiva do contrato, bem como de pedido de invalidação do negócio.

Portanto, talvez seja exatamente na medida do cumprimento dos padrões éticos da boa-fé objetiva que reside a utilidade mais evidente do instituto da tomada de decisão apoiada, uma vez que, ao que parece, é pouco provável, na maior parte dos casos, que pessoa capaz se valha, espontaneamente, de todo o procedimento estabelecido apenas para contar com o auxílio de duas pessoas de sua confiança, que já estariam disponíveis independentemente de tal rito ou decisão judicial.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Curatela em nova perspectiva. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 6, p. 85-97.
- BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 janeiro 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017.
- BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017.
- BRASIL. Lei Federal n. 13.146, de 06 jul. 2015. Estatuto da pessoa com deficiência. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 27 jan. 2017.

- CACHAPUZ, Maria Cláudia. Argumentação, capacidade civil e discernimento: a interpretação possível após o estatuto da pessoa com deficiência. *In*: SCHWARTZ, Germano; RIBEIRO, Diogenes Hassan. (Org.). **Argumentação, capacidade civil e discernimento**: a interpretação possível após o estatuto da pessoa com deficiência. Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. 4, p. 145-162.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Extinção das obrigações por novação: em busca da definição conceitual a partir da jurisprudência do STJ. *In*: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil**: atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 377-399.
- FIUZA, César. Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade e do ilícito. *In*: FIUZA, César (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 559-568.
- MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência**: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 5, p. 58-84.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. **Nelsonroselvald.info** (sítio da internet): 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonroselvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decisão-Apoiada>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes**: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: modelos de aplicação e critérios

de densificação. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 11, p. 139-156.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

