

O filho após a Constituição de 1988, os avós e o Provimento 83 do CNJ

*Gabriela Franco Maculan Assumpção

**Isabela Franco Maculan Assumpção

**Leticia Franco Maculan Assumpção

Introdução

Após a publicação do Provimento nº 83/2019, do CNJ, que alterou o Provimento nº 63/2017, o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais foi restringido: agora, para reconhecimento socioafetivo de crianças menores de 12 anos de idade, é necessária a via judicial. Também em decorrência do novo provimento, na via extrajudicial, passou a ser possível a inclusão de apenas um ascendente socioafetivo, ao contrário do que ocorria na vigência do Provimento 63/2017, que possibilitava a inclusão de dois ascendentes, desde que por meio de procedimentos independentes.

O Provimento nº 83/2019, do CNJ esclareceu que o ônus da prova da afetividade cabe àquele que requer o registro, tendo sido introduzido rol não taxativo de provas que podem ser apresentadas, se existentes, como: a) apontamento escolar como responsável ou representante do aluno em qualquer nível de ensino; b) inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência privada; c) registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; d) vínculo de conjugalidade, por casamento ou união estável, com o ascendente biológico da pessoa que está sendo reconhecida; e) inscrição como dependente do requerente em entidades associativas, caso de clubes recreativos ou de futebol; f) fotografias em celebrações relevantes; e g) declaração de testemunhas com firma reconhecida (art. 10-A, §2º, do Provimento n. 83 do CNJ). A ausência desses documentos não impede o registro do vínculo socioafetivo, desde que justificada a impossibilidade, cabendo sempre ao registrador civil das pessoas naturais atestar como apurou o vínculo de socioafetividade. Dentre as provas possíveis, não relacionadas no referido Provimento 83, está a escritura pública de reconhecimento da parentalidade socioafetiva, como defende Flavio Tartuce¹.

¹ TARTUCE, Flávio. O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI309727,81042-O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justica+e+o+novo>. Acesso em 16 out. 2019.

Se o filho tiver entre 12 e 18 anos de idade, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento. Se for maior de 18 anos de idade, o próprio filho deverá requerer o reconhecimento socioafetivo, em conjunto com o genitor.

O mais importante para o presente artigo, foi a determinação feita pelo Provimento 83/2019 de atuação do Ministério Público em qualquer causa envolvendo a paternidade socioafetiva. Não houve restrição às hipóteses envolvendo pessoa menor de 18 anos de idade, de modo que o Registrador Civil sempre deverá encaminhar o procedimento ao Ministério Público, para parecer. Se o parecer for desfavorável, o Oficial do Registro Civil não poderá dar prosseguimento ao pedido extrajudicial, devendo arquivar o procedimento. Já se o Ministério Público deixar de se manifestar, como é possível, tendo em vista a sua independência, poderá o Registrador Civil dar prosseguimento ao pedido extrajudicial.

2 A decisão proferida pelo Ministério Público de Belo Horizonte/MG em um caso de reconhecimento de paternidade socioafetiva

Em caso concreto de pedido extrajudicial de reconhecimento de maternidade socioafetiva, foi um Registrador Civil surpreendido com a seguinte determinação do Ministério Público:

Sr. Oficial, o Ministério Público requer que o pedido de reconhecimento socioafetivo seja requerido e assinado por xxxxx e xxxxx, avós afetivos.² (excluimos o nome dos envolvidos)

Sim, o Ministério Público, para dar prosseguimento ao pedido extrajudicial de reconhecimento de maternidade socioafetiva, exigiu que os avós socioafetivos, genitores da mãe socioafetiva, comparecessem concordando com o pedido. Trata-se de determinação sem qualquer fundamento legal e, como demonstraremos, que fere a Constituição Federal, trazendo um tratamento jurídico diferente ao filho somente por ser socioafetivo.

Essa determinação do Ministério Público nos fez lembrar do procedimento para adoção que havia antigamente³, antes da promulgação da Constituição de 1988.

² Processo nº 7450, sendo o despacho datado de 28 de agosto de 2019.

Naquela época, não havia uma preocupação com os interesses do adotando, de modo que não existia vínculo algum entre o adotado e a família adotiva, mas apenas com os adotantes em si. É o que constava expressamente no art. 376, do Código Civil de 1916, *in verbis*:

Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) **limita-se ao adotante e ao adotado**, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, á cujo respeito se observará o disposto no art. 183, ns III e V. (sem grifos no original)

Em 1965, foi publicada a Lei nº 4.655⁴, na qual havia previsão de que o vínculo de adoção se estendesse à família dos legitimantes, desde que os seus ascendentes dessem adesão ao ato de adoção, mas, ainda assim, na sucessão não concorria com filho legítimo superveniente à adoção. É o que previa o art. 9º, abaixo reproduzido:

Art. 9º O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção (Cód. Civ. § 2º do art. 1.605).

§ 1º O vínculo da adoção se estende à família dos legitimantes, quando os seus ascendentes derem adesão ao ato que o consagrou.

§ 2º Com a adoção, cessam os direitos e obrigações oriundos, da relação parentesco do adotado com a família de origem. (sem grifos no original)

É surpreendente que há tão pouco tempo tenha existido uma disposição legal tão contrária ao que hoje se compreende como o correto. O direito de família avançou muito no último século e a percepção da família como ambiente de amor, não apenas decorrente dos vínculos biológicos e não mais voltada para a proteção do patrimônio, substituiu o entendimento que havia antes:

[...] só há muito pouco tempo o Estado Brasileiro voltou seus olhos para os interesses das crianças e dos adolescentes, ranço de uma concepção legislativa que não enxergava além do homem contratante, patriarca e proprietário. (RIBEIRO; SANTOS E SOUZA, 2012, P. 29)

³ Para um resumo histórico sobre a adoção, ver Marone, Nicoli de Souza. A evolução histórica da adoção. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-146/a-evolucao-historica-da-adocao/>. Acesso em: 16 out. 2019.

⁴ Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 16 out. 2019.

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à vida, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Depois de 1988, tanto a adoção quanto qualquer outro procedimento de reconhecimento de filiação obrigatoriamente tem como objetivo o atendimento dos interesses da criança ou do adolescente. Filho é filho, sem qualquer designação que o diferencie, não podendo haver qualquer tratamento discriminatório. Foi deixado para trás o individualismo que existia nas relações familiares:

O tratamento específico do tema infância e juventude, postando crianças e adolescentes como sujeitos (e não como objetos) do direito, evidencia uma emancipação cultural e social de nosso tempo, alcançando esses indivíduos à definitiva condição de cidadãos. (RIBEIRO; SANTOS E SOUZA, 2012, p. 30 e 31).

3 A Constituição de 1988 e a filiação

A Constituição de 1988 veda a discriminação entre filhos. Todos os filhos têm os mesmos direitos e deveres, sejam eles filhos biológicos, socioafetivos ou adotivos. Não importa a origem da filiação: filho é filho. O direito de filiação foi positivado no art. 227, § 6º da Lei Maior, que consagrou a igualdade jurídica entre os filhos:

Art. 227, § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Com a imposição da igualdade jurídica entre os filhos, a Constituição de 1988 proibiu “a abominável hipocrisia que rotulava os filhos pela condição dos pais. Portanto, adotando não apenas o princípio da isonomia, mas, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, definiu o texto constitucional, ser incabível dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação”. (CASTELO, 2019)

A igualdade entre os filhos contém dois significados, um formal e outro material. A não discriminação ou igualdade em sentido formal é a proibição do uso de termos como “legítimos”, “naturais”, “bastardos”. Já no sentido material, a não discriminação impede qualquer distinção ou diferença de regime jurídico que consubstancie num desfavor ou

numa desproteção. O filho não pode sofrer discriminação relativa ao fato ou as circunstâncias de seu nascimento. (LOUREIRO, 2009, p. 1.126)

A igualdade entre os filhos é absoluta, não se admitindo quaisquer distinções, devendo os filhos receber igual tratamento, formal e material. (GIANCOLI, 2009, p. 223) Muito bem esclarece Belmiro Welter que a palavra filho “não mais admite qualquer adjetivação”: filho é filho. (WELTER apud Dias, 2009, p.448)

Hoje falamos em paternidade ou maternidade socioafetiva, que se sobrepõe à biológica: “Essa igualdade é também fruto da desbiologização e do princípio da afetividade, porquanto a filiação passou a levar em conta, sobretudo, da presença do vínculo afetivo, ampliando-se o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco socioafetivo”. (CASTELO, 2019)

O Superior Tribunal de Justiça, considerando a igualdade entre os filhos, já determinou que a existência de vínculo com o pai de registro não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Para o STJ, pois, os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são compatíveis, inclusive para fins sucessórios. Do voto do Ministro Villas Bôas Cueva, extrai-se: “A pessoa criada e registrada por pai socioafetivo não precisa, portanto, negar sua paternidade biológica, e muito menos abdicar de direitos inerentes ao seu novo *status familiae*, tais como os direitos hereditários”. Tendo em vista esse entendimento, a 3ª Turma do STJ deu provimento ao recurso de um homem, reconhecendo seu direito de receber a herança do pai biológico, mesmo já tendo recebido patrimônio do pai socioafetivo. (CUEVA, REsp. 1.618.230-RS, DJ 07/12/2017) É o admirável mundo novo, aqui, no sentido positivo da palavra.

4- O princípio da continuidade no registro civil das pessoas naturais e o reconhecimento de paternidade

Importante esclarecer, ainda, que, tendo em vista o princípio da continuidade dos registros, se José é reconhecido como filho socioafetivo por João, na hipótese de José já ter filhos antes do reconhecimento, deverá ser feita a averbação, no registro dos filhos de José, do nome de João como avô socioafetivo.

O princípio da continuidade, segundo o qual cada assento registral deve apoiar-se no anterior, formando um encadeamento histórico ininterrupto, apesar de ter sua

aplicação mais divulgada no registro de imóveis, também é plenamente aplicável ao Registro Civil das Pessoas Naturais. No caso que serviu de exemplo, José é filho socioafetivo de João, João é avô socioafetivo dos filhos de José. Simples assim. Aliás, o fato de ser filho de João faz parte da qualificação de José. Não importa se José é filho socioafetivo ou se é filho biológico, mesmo porque essa circunstância sequer será objeto de publicidade. João é pai de José, logo, em virtude do princípio da continuidade registral, João é avô dos filhos de José.

Para que seja feita a averbação, basta a apresentação, ao Registrador Civil responsável pelos registros de nascimento dos filhos de José, de pedido de averbação feito pelo interessado instruído com a certidão de nascimento de José atualizada, já com o nome de João figurando como pai. É o que determina o art. 97 da Lei de Registros Públicos.

Conclusão

A Constituição de 1988 veda a discriminação entre filhos. Todos os filhos têm os mesmos direitos e deveres, sejam eles filhos biológicos, socioafetivos ou adotivos. Não importa a origem da filiação: filho é filho. O direito de filiação foi positivado no art. 227, § 6º da Lei Maior, que consagrou a igualdade jurídica entre os filhos:

Não é possível exigir, no procedimento previsto o Provimento nº 83/CNJ, que haja concordância dos avós para que seus nomes figurem no registro. Havendo o reconhecimento socioafetivo por parte dos genitores, automaticamente os ascendentes dos genitores passam a figurar como avós no registro de nascimento da pessoa que foi reconhecida.

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva é a forma que a lei encontrou de trazer à legalidade uma formação familiar existente na prática, mas até então carente de proteção. O vínculo existente entre duas pessoas, que faz com que se reconheçam como pai (ou mãe) e filho, é independente da existência de similar vínculo entre os demais parentes. A decisão do Ministério Público, ao exigir a anuência dos “avós socioafetivos”, mostra, na melhor das hipóteses, um excesso de zelo com a concepção de família biológica e legítima, que já foi superado com a Constituição de 1988 e com o fim da distinção entre os filhos. Na pior das hipóteses, mostra um apego à ideia de família meramente baseada na sucessão de bens, sem considerar a evolução do direito de família que, cada vez mais e em todos os âmbitos,

tem reconhecido o afeto como elemento central da instituição e a hereditariedade biológica como elemento secundário.

Filho socioafetivo, reconhecido judicial ou extrajudicialmente, é filho. A palavra filho, depois da Constituição de 1988, não admite qualquer adjetivação. Qualquer outro entendimento seria discriminatório e, portanto, inconstitucional: **com a Constituição de 88, filho é filho completo, filho tem que ter amor e basta.**

Referências

CASTELO, Fernando Alcântara. A igualdade jurídica entre os filhos: reflexo da constitucionalização do direito de família. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/dir.familia/a.igualdade.juridica.entre.os.filhos.pdf>. Acesso em 16 out. 2019.

CÓDIGO Civil de 1916. Lei n.º 3.133, de 8 de maio de 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 out. 2019.

Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965. Disponível em: [planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1965/4655.htm). Acesso em: 16 out. 2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas, REsp 1.618.230-RS, DJ 07/12/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1618230&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 16 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

MARONE, Nicoli de Souza. A evolução histórica da adoção. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-146/a-evolucao-historica-da-adocao/>. Acesso em: 16 out. 2019.

MINISTÉRIO Público De Minas Gerais. Processo nº 7450, de 28 de agosto de 2019.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de Adoção comentada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

TARTUCE, Flávio. O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI309727,81042-O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justica+e+o+novo>. Acesso em 16 out. 2019.

*Gabriela Franco Maculan Assumpção - Graduada em Direito pela PUC/MG. Foi Oficial Substituta no Cartório de Registro Civil e de Notas do Distrito do Barreiro, em Belo Horizonte, MG. Estagiária de Direito na JHCG Advocacia.

**Isabela Franco Maculan Assumpção - Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, pós-graduada em Direito Inglês e mestranda em Direito Internacional Público. É Oficial Substituta no Cartório de Registro Civil e de Notas do Distrito do Barreiro, em Belo Horizonte, MG. Autora de diversos artigos na área do Direito Civil e Direito Notarial.

*** Letícia Franco Maculan Assumpção – Graduada em Direito pela UFMG, pós-graduada, mestre e doutoranda em Direito. Oficial do Cartório do Registro Civil e Notas do Distrito de Barreiro, em Belo Horizonte, MG. Diretora do Instituto Nacional de Direito e Cultura – INDIC. Professora e co-coordenadora da Pós-Graduação em Direito Notarial e Registral na parceria INDIC-CEDIN. Vice-Presidente do Colégio Registral de Minas Gerais e Diretora do Recivil e do CNB/MG. Autora dos livros Notas e Registros, Casamento e Divórcio em Cartórios Extrajudiciais do Brasil e Usucapião Extrajudicial, além de diversos artigos na área do direito notarial e registral.