

FLÁVIO TARTUCE

DIREITO CIVIL

DIREITO DE FAMÍLIA

5



14.^a edição

Revista, atualizada e ampliada

Sala de Aula Virtual

FLÁVIO
TARTUCE



EDIÇÃO
2019





DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO. DISPOSIÇÕES GERAIS, FILIAÇÃO, RECONHECIMENTO DE FILHOS, ADOÇÃO E PODER FAMILIAR

Sumário: 6.1 Disposições gerais quanto ao parentesco – 6.2 Filiação. Regras gerais. As antigas presunções de paternidade e as questões de biodireito. O criticável art. 1.601 do Código Civil e a parentalidade socioafetiva. Aprofundamentos quanto à posse de estado de filhos. A multiparentalidade como realidade jurídica da filiação. Primeiros impactos da decisão do STF, prolatada em repercussão geral (STF, RE 898.060/SC, julgada em 21.09.2016) – 6.3 Reconhecimento de filhos 6.3.1 Introdução; 6.3.2 Reconhecimento voluntário; 6.3.3 Reconhecimento judicial 6.3.4 Questões controvertidas quanto à ação investigatória de paternidade – 6.4 Adoção – 6.5 Poder familiar – 6.6 Resumo esquemático – 6.7 Adendo especial 6.7.1 Art. 1.601 – 6.8 Questões correlatas – Gabarito.

6.1 DISPOSIÇÕES GERAIS QUANTO AO PARENTESCO

O direito parental ou relações de parentesco traz como conteúdo as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas que mantêm entre si um vínculo familiar, sobretudo de afetividade. Segundo Rubens Limongi França, parentesco vem de “parente”, do latim *parens-tis*, participio passado do verbo *pario-ere*, que significa

parir, dar à luz, gerar. Define o jurista que o parentesco “é o liame que vincula as pessoas oriundas de uma ascendência comum (parentesco consanguíneo), ou jungidas quer pela transmissão do pátrio poder (parentesco civil) quer pelos efeitos do matrimônio (parentesco afim) (LIMONGI FRANÇA, Rubens *Instituições...*, 1999, p. 291). O conceito é clássico, devendo a expressão pátrio poder ser substituída por poder familiar.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz, igualmente em uma visão clássica conceitua o parentesco como: “O vínculo existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro e entre adotante e o adotado” (DINIZ Maria Helena. *Código Civil...*, 2005, p. 1.295).

Em sentido amplo, a matéria engloba, no atual Código Civil, disposições gerais (arts. 1.591 a 1.595), regras quanto à filiação (arts. 1.596 a 1.606), preceitos sobre o reconhecimento de filhos (arts. 1.607 a 1.617), normas referentes à adoção (arts. 1.618 a 1.629) e comandos relacionados ao poder familiar (arts. 1.630 a 1.638).

De início, do conceito de Rubens Limongi França e Maria Helena Diniz poder ser apontadas três formas ou modalidades de parentesco, levando-se em conta a sua origem:

- a) *Parentesco consanguíneo ou natural* – aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou *de sangue*, ou seja, que descendem de um ancestral comum, de forma direta ou indireta. O termo *natural* é criticado por alguns, pois traria a ideia de que as outras modalidades de parentesco seriam *artificiais*.
- b) *Parentesco por afinidade* – existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. Lembre-se que marido e mulher e companheiros não são parentes entre si, havendo vínculo de outra natureza, decorrente da conjugalidade ou convivência. A grande inovação do Código Civil de 2002 é reconhecer o parentesco de afinidade decorrente da união estável (art. 1.595 do CC). O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do

cônjuge ou companheiro (art. 1.595, § 1.º). Na linha reta, até o infinito, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. Por isso, repise-se, é que se afirma que *sogra é para a vida inteira*.

- c) *Parentesco civil* – aquele decorrente de outra origem, que não seja a consanguinidade ou a afinidade, conforme estabelece o art. 1.593 do CC.

Tradicionalmente, no que tange ao parentesco civil, este sempre foi relacionado com a adoção, que ainda será estudada. Entretanto, diante dos progressos científicos e da valorização dos vínculos afetivos de cunho social, devem ser reconhecidas outras formas de parentesco civil: aquela decorrente de técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial heteróloga – com material genético de terceiro) e a parentalidade socioafetiva (Enunciados n. 103 e 256 do CJF/ STJ, da *Jornadas de Direito Civil*).

A valorização da parentalidade socioafetiva foi confirmada na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em outubro de 2006, com a aprovação do Enunciado n. 339 do CJF/STJ, prevendo que “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. O mesmo ocorreu na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, com o seguinte enunciado, de autoria de Heloísa Helena Barboza, professora Titular da UERJ: “o reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais” (Enunciado n. 519 do CJF/STJ). Quanto ao projeto que visava ao Estatuto das Famílias, o seu art. 9.º pretende incluir expressamente na ordem legal brasileira a previsão pela qual o parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade ou da afinidade.

Com grande impacto para o reconhecimento de que a parentalidade socioafetiva é forma de parentesco civil, cite-se, mais uma vez, a decisão do Supremo Tribunal Federal do ano de 2016, em que se analisou repercussão geral sobre o tema. Conforme a tese firmada, “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem

biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Recurso Extraordinário 898.060/SC, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840).

Além de reconhecer a possibilidade de vínculos múltiplos parentais, uma das grandes contribuições do aresto foi consolidar a posição de que a socioafetividade é forma de parentesco civil, em posição igualitária diante do parentesco consanguíneo. Nesse sentido, destaque-se o seguinte trecho do voto do Ministro Relator: “a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais; (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)”.

Sem prejuízo do que foi estudado no Capítulo 1 da presente obra, voltaremos a comentar, de forma ainda mais aprofundada, tais formas de parentesco, no presente capítulo.

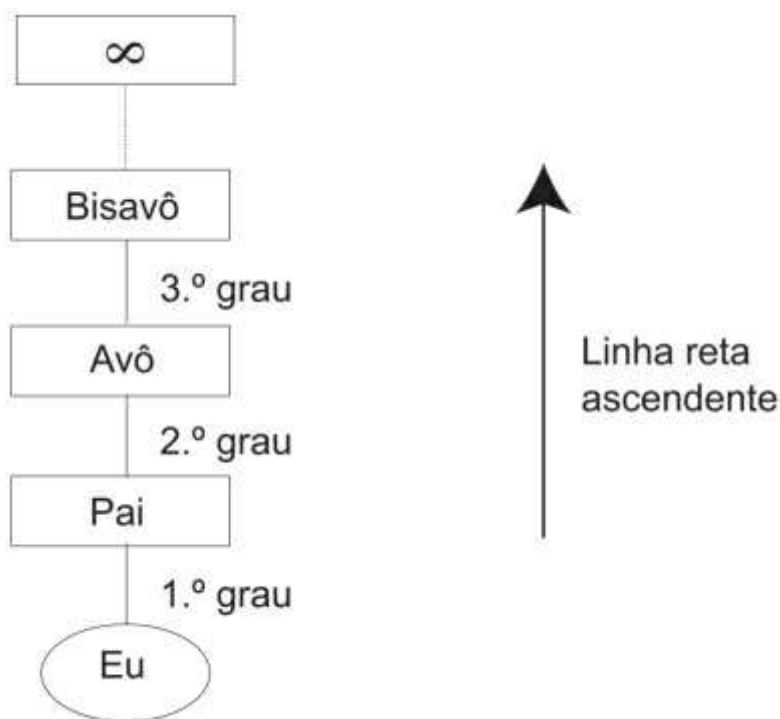
Aqui, o momento é de lembrar como se contam os graus de parentesco consanguíneo e por afinidade. Começaremos pelo parentesco consanguíneo.

Enuncia o art. 1.591 do atual Código Civil que são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. O parentesco na linha reta é contado de forma muito simples: à medida que se sobe (linha reta ascendente) ou se desce (linha reta descendente) a *escada parental*, tem-se um grau de parentesco. Nesse sentido, é clara a primeira parte do art. 1.594 do CC/2002, no sentido de que: “Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelc

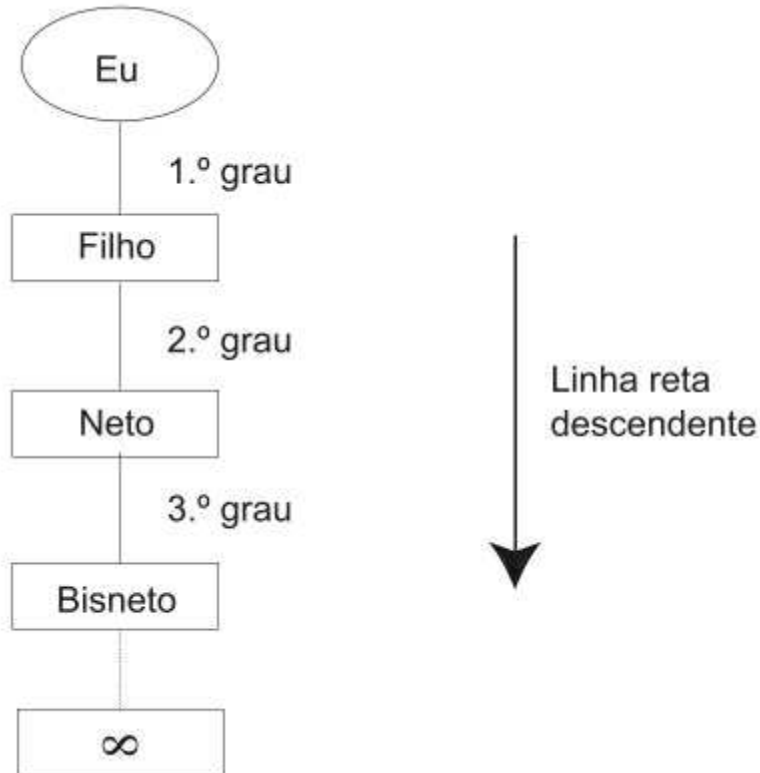
número de gerações”.

Para facilitar a compreensão do tema, é interessante sempre levar em conta você mesmo (o “eu” dos esquemas abaixo, termo utilizado para facilitar a compreensão da matéria, com fins didáticos).

Assim, o grau de parentesco entre *eu* e meu pai é de primeiro grau na linha reta ascendente. O parentesco entre *eu* e meu avô é de segundo grau na linha reta ascendente. O parentesco entre *eu* e meu bisavô é de terceiro grau na linha reta ascendente, e assim de forma sucessiva. Esquemmatizando:



Por outra via, o parentesco entre *eu* e meu filho é de primeiro grau na linha reta descendente. O parentesco entre *eu* e meu neto é de segundo grau na linha reta descendente; entre *eu* e meu bisneto o parentesco é de terceiro grau na linha reta descendente, e assim sucessivamente. Vejamos:



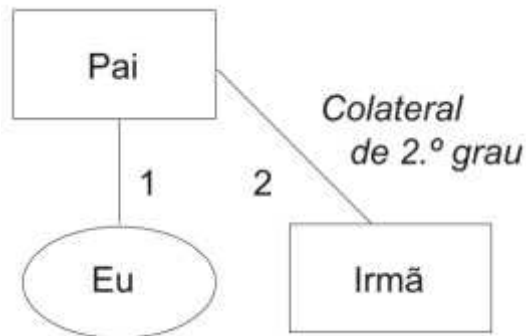
Muito simples, portanto. Simples demais é a contagem de graus de parentesco, seja na linha reta ascendente ou na descendente.

As maiores dificuldades encontradas pelos estudiosos do Direito de Família se referem à contagem de grau de parentesco colateral ou transversal, que merecerá maior detalhamento. Enuncia o art. 1.592 do CC/2002 que “são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”. A grande inovação desse dispositivo está na redução do limite do parentesco colateral, que, pela codificação anterior, era de sexto grau (art. 331 do CC/1916). Agora, como se nota, o limite é o quarto grau, o que está de acordo com a busca da facilitação do Direito Privado (*princípio da operabilidade*). Todavia, aqui pode ser feita a crítica de que o atual Código Civil restringiu as relações familiares, quando a tendência é justamente a oposta.

Completando a nova regra, a segunda parte do art. 1.594 do CC preconiza que se conta, na linha colateral, o número de graus também de acordo com o número de gerações, subindo de um dos parentes até o ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente. Assim, a premissa fundamental é a seguinte: deve-se subir

ao máximo, até o parente comum, para depois descer e encontrar o parente procurado.

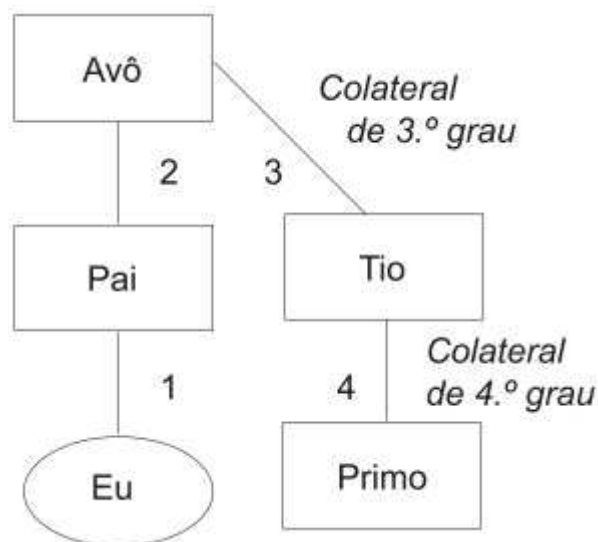
Primeiramente, ilustrando, qual é o grau de parentesco entre *mim* e minha irmã? Deve-se subir um grau até o pai (ancestral comum), para depois descer até a irmã. A conclusão é que o parentesco é colateral em segundo grau:



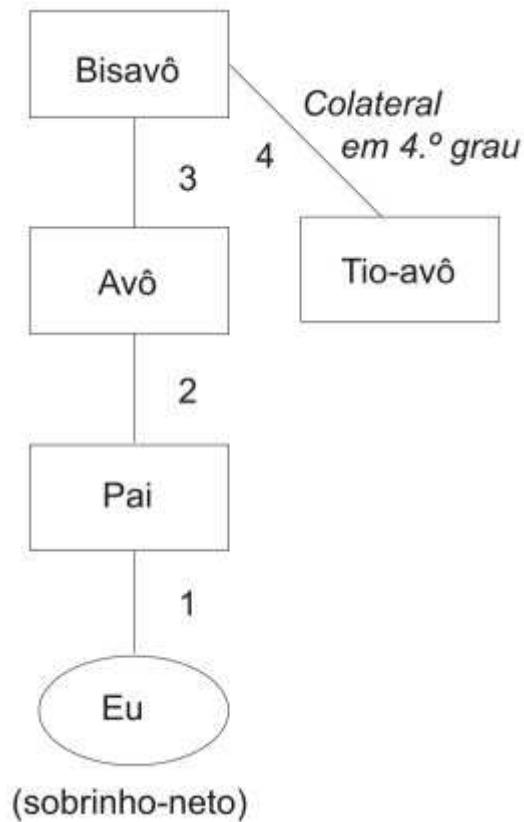
O mínimo parentesco colateral existente é de segundo grau, justamente diante da regra de subir ao máximo, até o tronco comum, para depois descer. *Não há, portanto, parentesco colateral de primeiro grau.*

Quanto aos irmãos, vale ainda dizer que estes podem ser classificados em *bilaterais* ou *germanos* (mesmo pai e mesma mãe) e *unilaterais* (mesmo pai ou mesma mãe). Os irmãos unilaterais podem ser *uterinos* (mesma mãe e pais diferentes) ou *consanguíneos* (mesmo pai e mães diferentes).

Em outro caso típico, qual é o grau de parentesco entre *mim* e meu tio? Ora, devem-se subir dois graus até o avô, que é o ancestral comum. A atenção aqui deve ser redobrada, pois o erro mais comum, aqui, é subir até o pai, o que não está correto. Repita-se: deve-se subir até o avô, que é o tronco comum, para depois descer ao tio. Portanto, o parentesco é colateral de terceiro grau. Ato contínuo, percebe-se que o grau de parentesco entre primos (*eu* e o filho do meu tio) é de quarto grau, o máximo previsto em lei. Essas duas relações de parentesco constam do esquema a seguir:



Por fim, o que desperta algumas dúvidas no meio jurídico, surge a questão: qual o grau de parentesco entre sobrinho-neto e tio-avô? No caso em questão, o ponto-chave está em escolher um *papel* ou *personagem* entre os dois. Escolheremos ser o sobrinho-neto, o que torna a análise mais fácil. A pergunta então é: qual o grau de parentesco entre *mim* e o meu tio-avô (irmão do meu avô). Deve-se subir o máximo, até o bisavô (terceiro grau), para então descer até o tio-avô. A resposta é que o parentesco é colateral de quarto grau, mais uma vez o máximo previsto em lei. Vejamos:



Superadas essas regras básicas, é fundamental ressaltar que o parentesco natural colateral ainda pode ser assim classificado, o que remonta à doutrina clássica do Direito Civil:

- Parentesco colateral igual* – situação em que a distância que separa os parentes do tronco comum é a mesma quanto ao número de gerações. É o que ocorre no parentesco entre irmãos, pois se sobe uma geração e desce-se também uma geração (*parentesco colateral de segundo grau igual*). Ocorre o mesmo no parentesco entre primos, pois se sobem duas gerações e descem-se duas gerações (*parentesco colateral de quarto grau igual*).
- Parentesco colateral desigual* – hipótese em que a distância que separa os parentes do tronco comum não é a mesma. Em outras palavras, a medida de subida de gerações não é igual à medida da descida. É o que acontece no parentesco entre tio e sobrinho (*parentesco colateral de terceiro grau desigual*: “subi dois e descí um”) e sobrinho-neto e tio-avô (*parentesco*

de quarto grau desigual: “subi três e desci um”).

O parentesco natural pode ainda ser *duplicado*. A título de exemplo, ilustre-se com a situação em que dois irmãos se casam com duas irmãs. Nessa situação, os filhos que nascerem dos dois casais serão parentes colaterais em linha duplicada.

Sem prejuízo de todos os esquemas demonstrados, será exposta, ao final do capítulo, uma tabela englobando todas as hipóteses de parentesco consanguíneo.

Superada a análise do parentesco consanguíneo, vejamos a contagem de graus no parentesco por afinidade, aquele existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, conforme aqui comentado.

Para cima, haverá parentesco por afinidade na linha reta ascendente em relação à sogra, à mãe da sogra, à avó da sogra e assim sucessivamente até o infinito. O mesmo deve ser dito em relação ao sogro, ao pai do sogro, ao avô do sogro, e assim de forma sucessiva.

Para baixo, haverá parentesco por afinidade na linha reta descendente em relação ao enteado, ao filho do enteado, ao neto do enteado etc. Aqui estão presentes os impedimentos matrimoniais como visto, eis que não se extingue o vínculo, mesmo que com a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável. Vejamos o esquema a seguir:



No que concerne ao parentesco por afinidade colateral, aquele existente entre cunhados (irmã ou irmão do cônjuge ou companheiro), não há qualquer impedimento matrimonial. Por isso, cunhados podem ser casar livremente.

O mesmo deve ser dito em relação aos enteados entre si. Esclarecendo, imagine-se que um homem, que tem um filho de um relacionamento anterior, casa-se com uma mulher que tem uma filha, igualmente de outra relação. Esses filhos podem se casar, não havendo impedimento decorrente da lei, sendo ambos afins colaterais. De toda sorte, com a constante valorização da parentalidade socioafetiva, fica em xeque tal possibilidade de casamento, sob os enfoques moral e ético. Vale o contra-argumento segundo o qual os impedimentos matrimoniais, obrigatoriamente, devem

decorrer da norma jurídica. Eis uma situação concreta que deve ser debatida mais profundamente nos próximos anos, em especial diante da decisão do STF que reconheceu, de forma consolidada, ser o vínculo socioafetivo formador de parentesco civil (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, com repercussão geral, publicado no seu *Informativo* n. 840).

Superadas as regras gerais sobre o parentesco, passa-se ao estudo da filiação.

6.2 FILIAÇÃO. REGRAS GERAIS. AS ANTIGAS PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE E AS QUESTÕES DE BIODIREITO. CRITICÁVEL ART. 1.601 DO CÓDIGO CIVIL E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. APROFUNDAMENTOS QUANTO À POSSE DE ESTADOS DE FILHOS. A MULTIPARENTALIDADE COM REALIDADE JURÍDICA DA FILIAÇÃO. PRIMEIROS IMPACTOS DA DECISÃO DO STF, PROLATADA E COM REPERCUSSÃO GERAL (STF, RE 898.060/SC, JULGADA EM 21.09.2016)

A filiação pode ser conceituada como a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Em suma, trata-se da relação jurídica existente entre os pais e os filhos. O dispositivo inaugural quanto ao tema, o art. 1.596 do CC/2002, foi exaustivamente analisado no Capítulo 1 desta obra, consagrando o *princípio da igualdade entre filhos* e repetindo o que constava no art. 227, § 6.º, da CF.

O art. 1.597 da atual codificação civil é o dispositivo que traz as presunções de paternidade, merecendo redação destacada para um estudo aprofundado:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;