

# O RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O PAI INCAPAZ – O PROBLEMA DA INTEGRIDADE PROCESSUAL

## THE RECOGNITION OF SOCIO-AFFECTIVE PARENTHOOD AND THE LEGALLY INCOMPETENT FATHER – THE PROBLEM OF PROCEDURAL INTEGRITY

### Gustavo Osna

Professor dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5723-1166> E-mail: [gustavo@mosadvocacia.com.br](mailto:gustavo@mosadvocacia.com.br)

### Hugo Cremonez Sirena

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Licenciado em Letras Português/Inglês pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogado, sócio-fundador da Mattos, Osna Sirena Sociedade de Advogados, com atuação específica nas áreas de Direito Civil, com ênfase em Contratos, Direito de Família, Sucessões e Agronegócios. Professor de Direito de Família no Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Professor em cursos de especialização e de pós-graduação. Palestrante e Mentor de Oratória. Idealizador do Canal Aula a Dois. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7227-9352> E-mail: [hugo@mosadvocacia.com.br](mailto:hugo@mosadvocacia.com.br)

**Resumo:** A incapacidade civil é tema de central relevância nos estudos de direito civil. Quando, porém, a ele são acrescidas outras frentes de análise, a questão ganha importância ainda maior. É o caso, por exemplo, da filiação socioafetiva judicialmente reclamada em face de pretense pai incapaz. E isso porque, em termos objetivos, a incapacidade impõe uma reformulação na relação processual, como forma de se garantir a genuína integridade processual. O presente estudo busca apreciar essa temática, propondo novos alinhamentos para o processo civil.

**Palavras-chave:** Filiação socioafetiva. Incapacidade. Integridade processual.

**Abstract:** Legal incapacity is an issue of particular importance on Civil Law. Nonetheless, it becomes even more relevant whenever related to other fields. That is what occurs, for instance, when one analyses the subject of the socio-affective parenthood claimed against a legal incompetent father. On this kind of situation, the incapacity requires that civil litigation gets reshaped, in order to achieve its integrity. This essay investigates this issue, providing new alternatives to procedural law.

**Keywords:** Socio-affective parenthood. Incapacity. Processual integrity.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Reconhecimento de filiação socioafetiva: da admissão à facticidade – **3** Considerações finais – Referências

---

## 1 Introdução

É cada vez mais corriqueiro que, em sua atuação cotidiana, o direito processual civil se depare com possíveis colisões entre diferentes garantias fundamentais. Trata-se de decorrência direta da própria natureza *conflituosa* que dá fundo à aplicação da matéria – colocando de forma contínua, em lados antagônicos, interesses providos de pertinência jurídica.

Quando nos deparamos com o tema da filiação socioafetiva, vê-se que essa problemática ganha coloridos ainda mais vivos. E isso porque, pela sua própria natureza, a potencialidade dos conflitos afetos à declaração de paternidade socioafetiva é profunda, o que reclama uma resposta mais enérgica e precisa, exatamente para dar vazão a contendas que tenham esse pano de fundo.

A proposta do estudo ora introduzido é combinar fatores de direito material e de direito processual, apurando uma vertente específica da declaração judicial de filiação socioafetiva: a integridade processual afeta à composição do polo passivo de ações dessa natureza, notadamente em casos nos quais o pretense pai – acionado judicialmente – não pode expressar, de maneira autônoma, a sua vontade – como se dá nas hipóteses de incapacidade civil e de conseqüente interdição. É imprescindível verificar como se processa a composição processual subjetiva, em casos que estejam envoltos nestas nuances materiais.

Assim, para bem compreender o objeto que compõe a essência do presente estudo, este artigo é dividido em quatro partes formais, que podem ser sintetizadas em dois blocos: no primeiro, apurar-se-á os contornos materiais da filiação socioafetiva, desenvolvendo as suas peculiaridades e as suas principais características. Sob a perspectiva de um direito de família arraigado no afeto, aprofundar-se-á a ideia de superação do paradigma da consanguinidade, para demonstrar o protagonismo da socioafetividade na conformação de laços de parentesco – notadamente, aqui, de filiação.

Ainda neste primeiro momento, mas já buscando promover uma transição à segunda parte deste estudo, explorar-se-ão as diferentes vias de reconhecimento da filiação socioafetiva – extrajudicial e judicial –, abordando as vicissitudes de cada uma. E é exatamente a partir deste ponto que se lançam as balizas do ponto

nevrálgico desta pesquisa: na via judicial, como se dá a representação processual do pretense pai socioafetivo que é acionado para responder a uma ação declaratória de paternidade socioafetiva, mas que não o pode fazer de maneira autônoma, em virtude de incapacidade civil seguida de interdição? Quem representaria ou substituiria o réu em casos dessa natureza?

Sabe-se que o pleito declaratório de filiação socioafetiva deve ser manejado em face do pretense pai, exatamente para que se permita um exercício pleno do seu direito de defesa, a partir das possibilidades admitidas pelo contraditório. E mesmo quando o potencial pai socioafetivo é falecido, mostra-se possível o ajuizamento da mesma ação, mas, agora, impondo aos herdeiros que ocupem, via litisconsórcio necessário, o polo passivo da demanda, exatamente para permitir a mesma possibilidade de defesa.

Acontece que, neste contexto, há uma terceira hipótese que não é legalmente disciplinada, mas que precisa ser endereçada de maneira detida: e quando o pretense pai é interditado, assumindo a condição de absolutamente incapaz? Como se processa a sua defesa em âmbito processual, considerando que as restrições a si impostas não o permitem falar em seu próprio nome?

Essas são questões centrais para a compreensão integral do tema que ora se lança. Por isso, elas comporão o *leitmotiv* da presente pesquisa, propondo-se a respondê-las, uma a uma, na medida em que os estudos avançam.

## 2 Reconhecimento de filiação socioafetiva: da admissão à facticidade

### 2.1 A paternidade socioafetiva e seu tratamento jurídico

Para apresentar o tema, imaginemos inicialmente a seguinte situação: uma jovem, maior de idade, plenamente capaz para a prática dos atos da vida civil, reclama a existência de um vínculo paterno-filial – de natureza socioafetiva – em relação a seu padrasto (companheiro de sua genitora), considerando os contornos fáticos do convívio desfrutado entre ambos ao longo de vários anos. Para formalizar o reconhecimento de tal relação, ajuíza a competente medida judicial de reconhecimento de paternidade socioafetiva, distribuindo-a perante a vara de família competente.

Se se interrompesse a descrição desta realidade neste ponto, estar-se-ia diante de um contexto absolutamente truísta, que compõe o pano de fundo de incontáveis ações judiciais manejadas diariamente perante o Poder Judiciário pátrio. No entanto, a essa conjuntura adicionam-se dois fatos: o primeiro, o pretense pai socioafetivo ser formalmente interditado, submetido ao regime jurídico da curatela, por conta de limitações apontadas pela atual companheira e reconhecidas juridicamente; o segundo,

a curadora do pretense pai socioafetivo ser, também, genitora da autora da ação (a pretensa filha socioafetiva). Eis, aí, o ponto nodal do debate a ser travado, que repercute em algumas indagações elementares: como se desenvolveria a dinâmica processual de uma demanda com essa roupagem? Considerando a inequívoca limitação experimentada pelo pretense pai socioafetivo e a manifesta parcialidade da curadora (genitora da autora da ação), de quem é a legitimidade passiva para responder à ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva?

Antes de se costurar respostas que consigam enfrentar satisfatoriamente as perguntas postas, parece fundamental que se retroceda um passo, buscando desenvolver – ainda que de maneira vaga – a atual conjuntura jusfamilista baseada no *afeto*. E isso porque somente imerso neste contexto é que se consegue compreender, na essência, a concepção atual da filiação socioafetiva e os seus principais desdobramentos.

Quando, sob o ponto de vista jurídico, fala-se em núcleo familiar, é imperioso assumir uma superação do paradigma consanguíneo do vínculo de parentesco, reconhecendo que as relações intrafamiliares vão muito além do mero laço biológico. Esse processo de *desbiologização do parentesco*<sup>1</sup> acaba por deslocar o eixo central da composição do seio familiar, dotando o *afeto* de um protagonismo na responsabilidade pela tessitura dos elos familiares: de fato, “cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares”.<sup>2</sup>

Assim, o ambiente familiar – *rectius*, o vínculo entre os membros de uma mesma família – passa a ser definido por critérios de pertencimento e de reconhecimento. A família passa a ostentar o *status* de uma organização afetiva, formada por membros que se perfilham e se assumem parte indissociável de um mesmo núcleo. E, exatamente por conta deste aspecto, vê-se consolidarem uma multiplicidade de vertentes familiares e de formatações de laços familiares: a paternidade socioafetiva emerge neste caldo plural.

A paternidade socioafetiva tem como fundamento prático a expressão da “posse de estado de filho”.<sup>3</sup> Ou seja, uma condição putativa de filiação, da qual se extraem efeitos jurídicos inerentes ao vínculo paterno-filial, ainda que ausente o laço biológico originário entre os envolvidos – já que ordenamento jurídico prestigia outras formas de consolidação de parentesco civil para além do elo biológico.<sup>4</sup> Dito

<sup>1</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. p. 442.

<sup>2</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito civil*. Orientação de Giselda M. F. Novaes Hironaka. Coordenação de Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008. v. 7 – Direito de Família. p. 28.

<sup>3</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 37.

<sup>4</sup> Ao encontro desta observação, a posse do estado de filho é reconhecida como vertente genuína de parentesco, nos termos do art. 1.593, do Código Civil de 2002, que prestigia outras origens de relações familiares para além da consanguinidade. Neste mesmo sentido, merece nota o Enunciado nº 256, da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

de outra maneira, tem-se que a expressão cotidiana de afeto entre dois indivíduos, com a consumação extrínseca de características que forjam a relação paterno-filial, torna um pretense *pai* e um pretense *filho* em legítimo *pai* e legítimo *filho* – com todos os desdobramentos jurídicos afetos ao liame reconhecido.

Quando se fala em expressão cotidiana de afeto para a consolidação da posse de estado de filho, pressupõe-se, em verdade, o preenchimento de três requisitos fundamentais próprios à consumação do vínculo paterno-filial socioafetivo: o trato (pelo *tractus*, o tratamento entre as pessoas deve ser diagnosticado como se expressasse uma genuína relação de filiação), a reputação (pelo *reputatio*, é preciso que o(a) potencial filho(a) socioafetivo(a) seja socialmente encarado(a) como membro genuíno da prole) e o nome (pelo *nomem*, há uma utilização ostensiva do nome de família por aquele que reclama pela existência de um vínculo paterno-filial socioafetivo).<sup>5</sup> No entanto, a partir das características de cada um desses elementos, é possível apurar que, em última análise, todo o contexto da paternidade socioafetiva acaba por desaguar em um ponto essencial:

o que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal.<sup>6</sup>

Pois bem. Independentemente da vertente que se adote para conceber os contornos materiais da filiação socioafetiva, é fato que ela jamais pode ser presumida. Tanto assim que o ordenamento jurídico fincou algumas balizas – judiciais e extrajudiciais – para que o seu reconhecimento seja formalmente consumado. Dessa maneira, há de se promover uma investigação minuciosa, para apuração do preenchimento dos requisitos – *fáticos* – capazes de emanarem a plenitude dos efeitos – *jurídicos* – do vínculo paterno-filial socioafetivo.

Para a dinâmica extrajudicial, o reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva passou a ser reconhecido como uma possibilidade, desde que preenchidos requisitos próprios da ritualística registral. E, neste particular, o Provimento nº 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça, lançou os pressupostos básicos – mais tarde, aperfeiçoados e lapidados pelo Provimento nº 83/2019: (i) exige-se que o(a) filho(a) socioafetivo em potencial conte com, ao menos, doze anos de idade

<sup>5</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil* – Famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 233.

<sup>6</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 567.

completos; (ii) impõe-se a oitiva prévia de membro do Ministério Público, sendo seu parecer favorável *conditio sine qua non* para a formalização registral do vínculo socioafetivo; (iii) é imprescindível que os genitores deem sua anuência para que o registro da filiação socioafetiva se processe, sem que isso desconstitua o vínculo biológico reconhecido – formatando hipótese genuína de *multiparentalidade*; (iv) de maneira peremptória, “somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno” (art. 14, §1º, do Provimento nº 63/2017). Preenchidos tais requisitos, com a apuração objetiva de expressões concretas de afeto entre os envolvidos, o pleito de reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva é processado diretamente em cartório e provido.

A via judicial, por outro lado, se torna a única opção quando o trâmite extrajudicial não encontra lugar – é o caso, por exemplo, da existência de restrições etárias ou mesmo de objeção por algum dos envolvidos. Exatamente por conta desta contextualização mais complexa, o caminho judicial da declaração de filiação socioafetiva será tratado em tópico separado. Ainda mais para as hipóteses de reconhecimento *post mortem* de paternidade socioafetiva ou, ao encontro do que fora lançado no início do presente estudo, quando a filiação socioafetiva é reclamada em face de incapaz. Como proceder neste caso, do ponto de vista procedimental? É necessário aprofundar o debate, para trazer respostas prospectivas a respeito.

## 2.2 Paternidade socioafetiva e construção judicial

É inequívoco que, no atual contexto jusfamilista, há uma relação umbilical entre a afetividade e o direito fundamental à felicidade.<sup>7</sup> E isso porque, agora, o núcleo familiar é traçado sob uma faceta eudemonista, a qual define a realização e a plenitude de seus componentes como o propósito central da própria disciplina prestada pela ciência jurídica. Daí surgem, por exemplo, questões de ressignificação das famílias, como é o caso do reconhecimento da multiparentalidade: por meio do Recurso Extraordinário nº 898.060, o Supremo Tribunal Federal definiu a tese de repercussão geral segundo a qual “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”.<sup>8</sup>

Pela tese de repercussão geral aprovada pelo STF, restou consolidado que os vínculos paterno-filiais *socioafetivos podem ser reconhecidos concomitantemente*

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 84.

<sup>8</sup> STF. *RExt 898.060*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 13 nov. 2022.

aos biológicos, e até mesmo apesar da existência destes. A questão, agora, é apurar como é que tal reconhecimento se processa pela via judicial.

Conforme brevemente enfrentado no item anterior, restou consolidado que, pela leitura jusfamilista atual,

a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.<sup>9</sup>

E é exatamente neste campo que o instituto da filiação socioafetiva floresce. Acontece, porém, que este vínculo paterno-filial jamais pode ser presumido, havendo a necessidade de se apurar o preenchimento de seus requisitos, para, ato contínuo, oficializar-se a relação – seja judicial, seja extrajudicialmente.

Pela via judicial, o ordenamento jurídico estabeleceu um rito próprio, viabilizando o manejo de medida declaratória a esse fim. Ato contínuo, por conta de sua natureza jurídica, é possível afirmar que a pretensão declaratória de filiação socioafetiva é imprescritível, podendo ser exercida a qualquer momento, sem que o decurso do tempo influencie em sua efetivação.<sup>10</sup>

A legitimidade ativa para a propositura da ação é exclusiva do pretense filho, que deverá ser representado ou assistido – a depender das suas condições de incapacidade –, para que se viabilize o ajuizamento da demanda e se preencham as exigências processuais próprias ao caso, exatamente por se tratar de um direito de natureza *personalíssima* e, portanto, intransmissível. Quanto à legitimidade passiva *ad causam*, a ação é proposta em face do potencial pai (ou da potencial mãe) socioafetivo(a), havendo de se demonstrar, cabalmente, a existência de expressões fáticas que caracterizem a *posse de estado de filho*.

A envergadura assumida pela filiação socioafetiva – transcendendo o enlace consanguíneo – é tamanha que, dentro desta perspectiva, admite-se a possibilidade de ajuizamento da ação de declaração de paternidade socioafetiva em um momento posterior ao falecimento do pretense pai. Nessa hipótese, reconhece-se em jurisprudência a necessidade de que todos os herdeiros componham, via *litisconsórcio*

<sup>9</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). *Doutrinas essenciais – Família e sucessões: relações de parentesco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 392.

<sup>10</sup> A ideia da imprescritibilidade das ações declaratórias foi lapidarmente desenvolvida por Agnelo Amorim Filho, em um dos artigos mais importantes acerca do tema, no qual se ratifica a característica de “imprescritibilidade das ações declaratórias, da ação de divisão, de várias ações de estado, inclusive a investigatória de paternidade” (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p. 7-37, out. 1961. p. 36).

*passivo necessário*, o polo processual que seria ocupado pelo potencial pai, se vivo estivesse. Neste caso, em sendo julgada procedente a pretensão intentada, a filiação socioafetiva *post mortem* é reconhecida para fins de se apurar a existência de um vínculo consumado em *vida* e apenas declarado em *morte*. Trata-se de uma medida absolutamente bem recebida pela jurisprudência pátria.<sup>11</sup>

Com o eventual acolhimento do pleito declaratório de filiação socioafetiva, reconhece-se a plenitude dos efeitos jurídicos afetos à relação paterno-filial. E isso sem que haja qualquer hierarquização em relação a outros potenciais vínculos de natureza biológica. Em poucas palavras: os laços biológicos e os laços socioafetivos, para os fins jusfamilistas, inspiram absolutamente as mesmas proteções e os mesmos desdobramentos jurídicos.

### 2.3 O problema concreto: reconhecimento de filiação socioafetiva de incapaz

Na linha das considerações trazidas nos tópicos anteriores, é possível estabelecer alguns pilares essenciais para o presente estudo. Primeiramente, o fato de o reconhecimento de paternidade socioafetiva ser, hoje, uma realidade indelével de nosso ambiente jurídico. Além disso, a necessária consequência de que, quando indispensável, também o Judiciário pode agir ativamente em relação a esse fator. Tendo em vista que nem sempre o vínculo de filiação socioafetiva poderá ser extrajudicialmente chancelado, a construção de técnicas processuais ligadas a esse elemento se torna nuclear.

Considerando que o liame de paternidade em questão decorre de um particular elemento *volitivo*, o acertamento da situação não comporta desafios procedimentais mais amplos quando *todos* os atores podem atuar livremente em juízo. Nessa circunstância, é possível apurar, com *imediatez*, os anseios e as expectativas de *pai* e de *filho*; inexistente, assim, maior obstáculo a esse exercício cognitivo.

Diversamente, foi salientado que o problema assume coloração diversa em hipóteses nas quais o pleito de reconhecimento ostenta condição *post mortem*. E isso porque, nessa circunstância, torna-se inviável colher qualquer oitiva ou manifestação de vontade do possível pai. Por força disso, é preciso ressignificar

<sup>11</sup> *Vide*, para fins meramente ilustrativos, o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.688.470/RJ), pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Autos nº 5001462-92.2019.8.13.0133; Autos nº 0014153-68.2014.8.13.0112), pelo Tribunal de Justiça do Paraná (Autos nº 0006069-20.2021.8.16.0025; Autos nº 0014588-19.2017.8.16.0188), pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Autos nº 5000109-24.2013.8.21.0062; Autos nº 0028992-34.2018.8.21.7000), entre tantos outros.



o processo. Nessa linha, em favor do diálogo e da melhor apreciação do tema, firmou-se entendimento quanto à necessidade de *integração ampla* do polo passivo da medida judicial. Partindo dessa premissa, reconheceu a imperatividade de que (diante da *impossibilidade* de direcionamento da pretensão em face do potencial pai) *todos* os herdeiros sejam reunidos no feito, assegurando sua maior legitimidade.<sup>12</sup>

No presente tópico, contudo, pretendemos expor uma situação material diversa e bastante particular. Trata-se da hipótese em que se vislumbra o reconhecimento de paternidade *socioafetiva*, mas o potencial pai: (i) embora *vivo*; (ii) padece de *incapacidade* capaz de inibir sua livre expressão de vontade, tendo conduzido à sua interdição. Nesse caso, acaba sendo atingido um ponto-cego, incompatível com as respostas previamente formuladas.

De fato, a circunstância descrita no parágrafo anterior forma um percurso repleto de indagações. Caso configurada, a quem seria conferida legitimidade passiva para uma potencial demanda? Esse elemento asseguraria um adequado entendimento do problema e das suas inúmeras nuances? Em caso negativo, de que maneira seria factível aprimorar o cenário?

A resposta à primeira das questões possui aparência simples. Entretanto, é precisamente por força dela que o desenho assume natureza mais penumbrosa do que se poderia supor. Tratando-se de pai *vivo*, nada haveria que maculasse sua possibilidade de ser arrolado na demanda judicial. Seria em face dele, e notadamente pela sua impossibilidade de realizar eventual reconhecimento extrajudicial ligado à matéria em questão, que a medida de filiação socioafetiva deveria ser direcionada.

Ocorre que, em que pese não seja o bastante para impedir sua inserção no polo passivo da disputa, a incapacidade traria um comprometimento inarredável à sua *participação* em juízo. Em termos técnicos, em que pese seja conferida ao sujeito *capacidade de ser parte*,<sup>13</sup> não lhe é atribuída em sua plenitude a *capacidade processual*.<sup>14</sup> Sua atuação, nesse palco, passaria pelo *medium* e pelo reequilíbrio decorrentes da figura do curador.

<sup>12</sup> Sobre a pertinência da temática da participação no processo, propondo sua recompreensão e sua dinâmica, ver, TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

<sup>13</sup> “Capacidade de ser parte é a capacidade de processar e ser processado, de figurar como autor ou como réu de uma ação. Essa capacidade é amplíssima. Todas as pessoas naturais (art. 2º do Código Civil), assim como todas as pessoas jurídicas (art. 40 e ss. Do Código Civil) possuem capacidade de ser parte, pouco importando idade, capacidade civil” (VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. *Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 228).

<sup>14</sup> “Capacidade processual é a capacidade de exercer seus direitos processuais. Uma coisa é ter direitos, outra coisa é poder exercê-los. O incapaz tem direitos, mas não pode exercê-los. Ter capacidade de ser parte não significa ter capacidade processual. Têm capacidade processual as pessoas naturais capazes e as incapazes, desde que devidamente assistidas ou representadas” (VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. *Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 229).

É precisamente aqui que a moldura processual poderia comprometer apreciação dos elementos determinantes para o reconhecimento da paternidade. E isso porque, como não poderia deixar de ocorrer, a *impossibilidade* de expressão de vontade por parte do pai, somada à sua atuação judicial concretizada por meio de um *agente*, pode trazer arestas em diferentes pontas. De um lado, há o real risco de desalinhamento de vontades, contrariando o que deveria ser basal à socioafetividade; de outro, surge espaço para uma precarização do debate e das informações que lhe são subjacentes, obstando a efetividade da atuação jurisdicional.

Realmente, considerando seu possível distanciamento ou a sua eventual posição ocupada no arranjo familiar, haveria como assegurar que a vontade expressa pelo curador possuiria, de fato, completa harmonia com aquela que (se viável) seria manifestada pelo representado? Como permitir que sua participação fosse revestida de elementos fáticos e probatórios completos, evitando um empobrecimento do processo?

Embora a primeira pergunta leve a um debate complexo, e traga consigo âleas próprias a toda situação de agência,<sup>15</sup> as indagações finais parecem justificar especial atenção. De modo geral, elas possuem ampla coincidência com a própria motivação pela qual, em hipóteses de reconhecimento *post mortem*, é imposta a conformação do litisconsórcio passivo por *todos* os herdeiros. No caso aqui proposto, contudo, ainda não parece ter sido oferecida idêntica solução – embora os *mesmos motivos* se façam presentes.

Realmente, no caso aqui proposto, consideramos que a eventual integração do polo passivo por parte de eventuais herdeiros, embora relevante para o próprio acertamento judicial, dependeria de seu ingresso na disputa por meio da *assistência simples*. Sob esse ângulo, pode-se então afirmar que ela seria, ao menos, factível.

Ora, conforme posto de maneira clássica por Moacyr Amaral Santos:

o interesse que legitima o terceiro a agir como assistente de uma das partes, conquanto não seja um simples interesse de fato, mas um interesse jurídico, não se confunde com direito seu, que não está em lide. O assistente intervém fundado no interesse jurídico, que tem, de que a sentença não seja proferida contra o assistido, porque proferida contra este poderia influir desfavoravelmente na sua situação jurídica.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Sobre o tema, ver, JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, Amsterdam, v. 3, n. 4, 1976.

<sup>16</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 51.

Desse modo, a subsunção da figura à situação proposta decorre dos próprios desdobramentos jurídicos decorrentes da relação de parentesco, a ser originada pelo reconhecimento de filiação.<sup>17</sup>

Partindo desse suporte, parece então haver espaço para a intervenção, permitindo-se um olhar mais amplo sobre o objeto litigioso. De todo modo, acreditamos que essa resposta, embora disponível, não é plenamente satisfatória.

## 2.4 O reconhecimento em face de incapaz e a necessária integração do polo passivo

Verdadeiramente, se foi visto no tópico anterior que o problema posto pode ser parcialmente solvido pela admissão de terceiros sob o regime da assistência simples, é imprescindível conferir, aqui, lentes mais críticas a esse aspecto. Em síntese, há dois motivos centrais que parecem denotar a insuficiência desse modelo: (i) primeiramente, o fato de a natureza *voluntária* da intervenção, nos atuais parâmetros, poder ser tolhida pela ausência de *capacidade jurídica pessoal* dos possíveis assistentes; e, (ii) além disso, a existência de *limites procedimentais* ligados à própria técnica interventiva em questão.

Iniciando pelo primeiro dos pontos, é necessário recordar que a possibilidade de atuação no feito na condição de *assistente simples* pressupõe uma manifestação de vontade do possível interveniente. É por força desse elemento que se reconhece, aí, a existência de modalidade interventiva *voluntária*, e não *forçada*; para *assistir* a alguém deverá o interessado, além de demonstrar a existência do pertinente liame jurídico, conduzir ao Judiciário essa pretensão.<sup>18</sup>

Diante disso, a temática da *capacidade jurídica pessoal* pode representar um óbice sensível à conformação do debate. Trata-se, nos dizeres de Cappelletti e de Garth, das “inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes

<sup>17</sup> Vale sublinhar, nesse ponto, a própria possibilidade ampla de requerimento de alimentos que é posta pelo Código Civil de 2022. Em seus termos, “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (art. 1694).

<sup>18</sup> “O primeiro ponto a ser referido consiste na previsão genericamente trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 de que a atuação do assistente é viável sempre que, ‘pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas’, houver requerimento de ‘terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas’ (art. 119). Como consequência, constata-se, de antemão, que se trata de modalidade voluntária de intervenção. A ampliação subjetiva da disputa ocorre a partir de requerimento formulado pelo próprio terceiro – que, com isso, procurará atuar em favor da posição que pode lhe beneficiar, mas que não é sua. Pressupõe, então, um interesse próprio, de caráter jurídico, que dialogue com as pretensões intrínsecas ao litígio principal” (VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. *Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 312).

que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário”. Esclarecendo o ponto, afirmam ainda:

num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos.<sup>19</sup>

Ora, compreendendo esse primeiro vetor, nota-se que o gargalo aqui sinalizado é efetivo e concreto: embora os eventuais herdeiros possam *ingressar voluntariamente* na disputa, não há regra que imponha sua inequívoca *ciência* quanto à existência da medida judicial – normatizando a sua notificação ligada a esse particular.

Considerando esse pano de fundo, surge o risco concreto de que a demanda se desenvolva sem que os possíveis *intervenientes* sequer tenham conhecimento. E essa extemporaneidade traz consequências concretas, notadamente por força do segundo elemento acima indicado: os limites que particularizariam a atuação do assistente simples.

Com particular importância nesse ponto, é oportuno lembrar que o próprio Código de Processo Civil estabelece a necessidade de que o assistente receba o processo “no estado em que se encontre” (art. 119). A situação se dá, conforme Celso Agrícola Barbi, na medida em que “a adoção de regra diferente levaria a verdadeiro tumultuo no processo, especialmente quando este já estiver em fase adiantada”.<sup>20</sup> Não obstante, é fácil notar que sua aplicação pode limitar, sobremaneira, o espaço de debate e de participação ainda disponível ao assistente.

Tendo em vista essas diferentes peças, a mera autorização da *assistência*, em hipóteses como aquela aqui indicada, pode fragilizar de modo significativo o debate. Além do alto risco de que a intervenção não se perfectibilize, sua concretização estará, sempre, sujeita a limites. Isso, em um palco no qual o elemento determinante para a disputa (isso é, o dado *volitivo* do possível pai; seu real *intento*) *não pode ser imediatamente aferido* – gerando uma inevitável barreira.

Diante desse cenário, como seria possível minimizar o problema? De que maneira enriquecer o debate, assegurando a procura pela *real vontade* que (se possível) seria expressa pelo demandado?

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988. p. 22-23.

<sup>20</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. p. 292.

Essa espécie de reflexão nos parece revelar a necessidade de que, em certa medida, a mesma preocupação que orientou a construção jurisprudencial ligada ao reconhecimento de filiação *post mortem* seja aqui identificada. Ali, a pedra angular estabelecida para majorar o polo passivo da disputa parece dialogar com a necessidade de que também os herdeiros pudessem participar do debate e otimizar seu acerto. Aqui, em que pese o réu siga dispondo de capacidade de ser demandado, a inviabilidade de hígida expressão da sua vontade parece justificar tratamento análogo.

É nesse sentido que, por mais que potencial *pai socioafetivo* siga figurando em juízo, parece necessário minorar as áleas existentes. Para tanto, consideramos, de maneira harmonizadora e construtiva, que a propositura de medida provida dos contornos aqui descritos seja sucedida da *imperativa notificação* de potenciais herdeiros necessários do demandado.<sup>21</sup> Como consequência, na hipótese de vislumbrem intervir no feito, poderão fazê-lo desde seu início – em pres-tígio ao debate e à tentativa de capturar com maior acuidade possível a vontade (não) expressa pelo réu.

Nesse ponto, vale recordar que, como posto por Arenhart, não basta no atual momento a percepção de que o processo civil deve ser *instrumental*.<sup>22</sup> É preciso dar um passo além e arguir: a que se presta essa *instrumentalidade*? Se o processo é *instrumento*, para qual fim deve estar vocacionado?

Em nosso atual arranjo constitucional, a resposta parece categórica, coincidindo com a adequada *tutela dos direitos*.<sup>23</sup> Sob esse ângulo, é preciso que a disciplina se adapte para encarar esse desafio,<sup>24</sup> formando o caldo no qual se situam

<sup>21</sup> Nesse ponto, vale destacar, defendendo de maneira geral a valorização da atividade judicial vocacionada à ampliação subjetiva da demanda, COSTA, Moacyr Lobo da. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1961; CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz – A intervenção iussu iudicis no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 200, 2011.

<sup>22</sup> “Tratar, pois, da instrumentalidade, isoladamente de alguma finalidade pré-determinada, é tratar do vácuo, do vazio, já que nada representa. A noção de instrumentalidade somente adquire algum sentido se acoplada a um fim, que se tome por parâmetro de utilização. Se o instrumento pode ser utilizado para diversos fins, deve haver, segundo a noção dos resultados e fins buscados, algum que se tome por mais adequado e específico para a obtenção deste objetivo. Assim, ao tratar da instrumentalidade do processo é imperioso também aludir aos fins a que o processo se destina, sob pena de não dizer nada. Explorar, pois, os fins do processo é essencial para a determinação da noção de instrumentalidade e para saber quando o processo realmente será instrumental” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 35).

<sup>23</sup> Ver assim, por todos, todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: RT, 1993.

<sup>24</sup> Sobre essa necessidade de acoplamento entre *estrutura e função* do processo, ver, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*. São Paulo: RT, 2017. Em relação a esse aspecto, vale ainda lembrar que, nos dizeres de Dinamarco, “o direito processual predispõe meios hábeis à imposição das normas, soluções e resultados indicados pelo direito material. Para tanto, concebem-se técnicas e

o *problema* e a potencial *solução* aqui apresentados. Por meio deles, deseja-se conferir máxima efetividade e natureza dialógica à apreciação de um elemento extremamente complexo: o respeito de uma *vontade* e de uma *voz* que, no momento oportuno, foram (por motivos externos) *silenciadas*.

### 3 Considerações finais

Após a devida lapidação das ideias afetas ao tema central desta pesquisa, é possível extrair alguns importantes arremates relacionados ao estudo. E para uma melhor compreensão, parece oportuno que sejam lançados de maneira esquemática e didática, destacando-se a essencialidade das conclusões alcançadas:

- (i) a filiação socioafetiva emerge como uma conquista fundamental de um direito de família que propõe, para o tema do parentesco, a superação do paradigma biologizante, destacando-se o central papel do afeto na forja das relações intrafamiliares;
- (ii) os critérios de definição dos núcleos familiares – assumidos em vertentes plurais e múltiplas – são deslocados da mera compatibilidade consanguínea, para se arraigar em balizas de reconhecimento e pertencimento, tendo a afetividade como genuíno crivo de constituição de laços familiares;
- (iii) para as relações paterno-filiais advindas dos enlaces de afetividade, adota-se a *posse de estado de filho* como elemento fundante para se apurar, em termos concretos, se os traços *fáticos* expressados têm o condão de refletir efeitos *jurídicos* de filiação socioafetiva. Em caso positivo, a declaração de paternidade socioafetiva reflete desdobramentos plenos, sem qualquer distinção ou hierarquia se comparada a eventuais relações paterno-filiais consanguíneas;
- (iv) o reconhecimento da paternidade socioafetiva pode ser processado extrajudicialmente, a partir de requerimento próprio, delineado por provimento editado pelo Conselho Nacional de Justiça. Nas hipóteses em que o processamento extrajudicial não comporta cabimento, a medida judicial se torna a única via capaz de dar vazão à pretensão declaratória de filiação socioafetiva;
- (v) a ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva deve ser proposta em face do pretenso pai, que responderá à pretensão, nos limites das potencialidades afetas aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

---

oferecem-se espécies diferentes de processos, provimentos, procedimentos variáveis mediante a necessidade de cada espécie de situação da vida comum etc. – tudo a partir de uma regra de adaptabilidade que é inerente à condição instrumental do processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 177-178).

- Há, inclusive, a possibilidade de referida ação ser manejada em face do pai socioafetivo já falecido; nesta hipótese, a medida judicial *post mortem* é respondida por todos os herdeiros, que comporão, obrigatoriamente, o polo passivo da demanda, via litisconsórcio passivo;
- (vi) a grande questão a ser desvelada está, porém, na hipótese de o pretense pai ser vivo, mas incapaz e, por isso, não poder responder à ação por si. Neste caso, não há disciplina legal que imponha o litisconsórcio necessário dos herdeiros, exatamente por conta da natureza personalíssima do debate – que, por sua própria definição, imporá uma atuação *ad personae* do demandado;
  - (vii) uma primeira alternativa, que aparentemente é aquela hoje disponível, consiste na singela admissão da intervenção voluntária dos herdeiros na ação pela via da *assistência simples*. No entanto, esse cenário traz consigo alguns embaraços procedimentais significativos;
  - (viii) para contornar tais obstáculos, o que se propõe é, exatamente, a imprescindível comunicação processual de todos os potenciais herdeiros necessários do demandado, como maneira de prestigiar, da forma mais fidedigna possível, a real vontade do réu como pretense pai socioafetivo. Dessa maneira, garante-se a possibilidade de aqueles diretamente interessados no debate ingressarem no feito desde o seu início, garantindo-se a plenitude do atendimento do direito de defesa afeto ao debate;
  - (ix) tal saída parece ser a opção ótima capaz de dar à *instrumentalidade* processual o atingimento de seu desígnio finalístico, que é, em termos precisos, a adequada tutela dos direitos postos em debate.

## Referências

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p. 7-37, out. 1961.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1.
- CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz – A intervenção iussu iudicis no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017.

- COSTA, Moacyr Lobo da. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1961.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito civil*. Orientação de Giselda M. F. Novaes Hironaka. Coordenação de Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008. v. 7 – Direito de Família.
- JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, Amsterdam, v. 3, n. 4, 1976.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). *Doutrinas essenciais – Família e sucessões: relações de parentesco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil – Famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: RT, 1993.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 200, 2011.
- TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.
- VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. *Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2021.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OSNA, Gustavo; SIRENA, Hugo Cremonez. O reconhecimento de filiação socioafetiva e o pai incapaz – O problema da integridade processual. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 1, p. 51-66, jan./mar. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.01.003.

---

Recebido em: 29.11.2022

Aprovado em: 08.01.2023