

A EVOLUÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO CONCERNENTE AO FILHO DE CRIAÇÃO

Maria Rodrigues Machado Filha de Melo¹
Marcelo Henrique de Sousa Torres.

RESUMO

O Direito Sucessório do Filho de Criação é justificado pela posse de estado de filho, tendo em sua essência, uma relação afetiva duradoura demonstrada de forma particular e socialmente provada, no dia a dia, por meio de tratamento paterno ou materno filial como se pai ou mãe e filho biológicos fossem, caracterizando assim, a filiação socioafetiva. O estudo teve como base de pesquisa no seu aspecto geral, doutrinas, artigos e em sua grande maioria jurisprudências que reforçam o direito sucessório desse novo estado de filho. Quanto ao cerne do tema em questão a doutrina ainda é escassa, fazendo-se necessário um estudo teórico de artigos especializados, e para fundamentá-lo, fez-se uso de julgados dos mais variados tribunais, justificando o tema com diversas decisões Jurisprudenciais que serão explicitadas durante o desenvolvimento deste estudo.

Palavras-chave: Filho de criação, posse de estado de filho, filiação socioafetiva.

A BRIEF STUDY OF SUCCESSION LAW OF FOSTER CHILD

ABSTRACT

The Succession Law of Creating Son is justified by the son's state ownership, having at its core, a lasting emotional relationship demonstrated in particular and socially proved way, in day by day, through a paternal or maternal filial treatment as if father, mother and son biologic were, characterizing the socio-affective affiliation. The study had as basement, the source in their general appearance, doctrines, articles and, for the most part, jurisprudence that reinforce the succession law of this new son's state. On the point of question the doctrine is still scarce, making it necessary a theoretical study of specialized articles and, to base it, the search for many cases in Law Decisions, which will explicated during the development of this study.

Keywords: Son of creation, possession of son status, socio-affective affiliation

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNI-RN.
E-mail: mariarodrigues.barsa@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tema a seguir debatido se refere ao Direito Sucessório do filho de criação, por ser considerado ainda pouco explorado, o que gera um cenário de opiniões dissonantes nos Tribunais pátrios, compreendida a partir das jurisprudências divulgadas a respeito da temática aventada.

A presente obra se apresenta pertinente e relevante para a seara jurídica, tendo em vista desvelar um assunto inovador e pouco debatido na academia. Além do mais, o caminho para a elaboração da presente pesquisa se tornou árduo, em virtude da escassez de doutrina em torno do assunto.

A problemática permeada nesse artigo versa sobre os moldes e possibilidades que o direito sucessório alcança e ampara o sujeito de direito aqui enfocado, é dizer, o filho de criação.

Para elucidar tal querela foi necessário eleger como objetivo principal o exame da insípida doutrina que se posiciona no tocante, bem como, e destacadamente, da jurisprudência já construída no país, tudo sob a luz do ordenamento legal brasileiro existente no que atine o procedimento juridicamente adotado em questões sucessórias. Por outro lado, em sede de objetivos específicos fez-se necessário abordar, a título basilar, alguns ditames principiológicos que norteiam o direito construído e as relações sociais hodiernamente.

Urge destacar que a metodologia deste trabalho figura-se por corresponder a adoção do método dedutivo, baseada na análise da Constituição Federal, legislação infraconstitucional, e, notadamente, jurisprudências, porquanto a análise interpretativa de julgados de Tribunais de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal, são pilares centrais para o deslinde da problemática apresentada.

Nessa senda, ciente dos Princípios da Afetividade, da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade, dentre outros, o estudo realizado direciona a importância gerada pelos laços socioafetivos, os quais tendem a justificar o direito sucessório do filho que, mesmo não sendo biológico, foi criado no amor de sua família, assim como no respeito à livre escolha de quem se dispõe a acolher alguém como filho por amor e afeto.

Em seguida, será demonstrado como se comportava o Instituto Filiatório no Período Romano, pois a história, por meio de seus registros, nos permite compreender a realidade e nela intervir, além de demonstrar que a sociedade é interpretada, também, através da evolução histórica e reformulações de paradigmas.

Neste ensejo, compreendendo o destaque reservado aos princípios no ordenamento jurídico pátrio, será apresentado princípios fulcrais que lastreiam o estudo em questão, o qual seja, o direito sucessório do filho de criação com base na socioafetividade e que estão alinhado a porção jurídica constitucional e civil.

No decorrer, será explicitado acerca da filiação socioafetiva, em consonância à doutrina e à jurisprudência modernas as quais aduzem que, a paternidade ou maternidade é fato social e não biológico. Por fim, pautado em todo embasamento outrora apresentado, adentrará no cerne do estudo em questão, buscando desbravar esse território ainda tão pouco conhecido e estabelecer um posicionamento fundamentado para a problemática suscitada.

2 INSTITUTO FILIATÓRIO NO PERÍODO ROMANO

A história é sempre um mecanismo eficaz de compreensão da realidade. É ela que nos indica os caminhos por onde seguir, pois considera adequadamente o passado em permanente revisitação ao presente.

A importância desse capítulo desnuda-se ao concluirmos que a problemática permeada no conjunto dessa obra passou a ser enfrentada e pensada em sua gênese, ainda que apresentada de forma tímida, no período romano. Período este que apresentou o âmbito jurídico com diversos institutos relevantes e ainda hoje aplicáveis.

Neste contexto a história através de seus registros permite compreender a realidade e nela intervir, possibilitando alcançar conhecimentos perpassados através das gerações, apropriar-se dele e produzir transformações. Transformações estas que ocorrem, majoritariamente, de forma paulatina e espontânea, dada a dinâmica intrínseca à construção social.

É com base neste arranjo acima ventilado que o tema família e sua condição histórica nos oportunizam pensar a questão da filiação. Deve-se observar como se deu e o que isto representou no período Romano.

A perpetuação familiar no período Romano dava-se com fundamentos exclusivos na religião, com a finalidade de culto aos antepassados e para perpetuar ensinamentos dos falecidos.

A expressão latina *Pater poder* era o exercício concedido ao chefe que exercia sobre o grupo familiar, um domínio que se estendia até a sua morte, razão pela qual os grupos familiares eram tão numerosos e todos os seus descendentes deviam-lhe obediência incondicional, inclusive os filhos casados, e todos ligados a ele. Assim, *Pater* não significava pai e sim chefe.

Eram, portanto, parentes, as pessoas que estivessem sob o poder do mesmo *pater*, ligadas pelo parentesco masculino. Eram essas pessoas agnadas e o parentesco daí resultante denominava-se *agnatio*.

A autoridade do *paterfamilias* sobre os que dele dependiam era quase absoluta, chegando a ser comparado ao mesmo poder que tinha em relação aos seus escravos, tendo a faculdade de rejeitá-los quando recém-nascidos e abandoná-los. A relativização de tanto poder se dá pelo fato daquela autoridade não ter autonomia de mata-los, em respeito à Lei das XII Tábuas.

Embora tivesse sobre os mesmos o direito de vida e morte (*jus vitae necisque*), tal medida extrema dependia da consulta aos membros da família mais próximos, (*concilium propinquorum*). Como cita Cretella Júnior (2009, p. 81), “o *paterfamilias* dispõe do patrimônio da família como, coisa sua, enquanto vivo, deixando-o por testamento a quem quiser, mesmo em prejuízo dos herdeiros”.

A grande diferença entre o parentesco Romano e o da modernidade está exatamente no fato de que, para o primeiro bastava estar sob o poder do *pater* para serem agnados entre si, ao passo que para o segundo basta haver relações sanguíneas ou de afetividade.

O parentesco pelo sangue, com relação à família materna ou paterna, chamava-se *cognatio* e não produzia efeitos civis. Por essa razão é que Meira *apud* Cassettari, (2014, p. 8), afirma que “na Roma antiga, o filho era parente dos seus irmãos, das suas irmãs, do seu pai e dos seus próprios filhos (agnado, mas não era parente da própria mãe, para efeitos civis, no casamento *sine manu*)”.

Ou seja, *Sine manu*, Como ensina Crettella Júnior (2009, p. 77), é o casamento no qual a mulher casada ainda se encontra sob o poder de seu pater de origem em contraposição ao (*manus*) no qual a mesma é colocada sob o poder do marido.

Neste contexto, em se tratando de descendência, Crettella Júnior (2009, p. 99), refere-se à questão da adoção atribuindo-lhe significativa importância para os romanos, em razão, principalmente, a fim de garantir herdeiros a quem não os tem, por razão de questão familiar, bem como no intuito de assegurar a existência de um sucessor ao príncipe, atribuindo, assim a condição de "*jus civitatis*" a quem não antes não era pertencente a este grupo.

Além disso, ainda no período romano, a complexa relação humana dava-se devido à criação de normas morais e jurídicas que atingiam as pessoas em seu comportamento, religiosidade e patrimônio. A família era tida como entidade e se organizava ao redor da figura masculina. Nela predominava o autoritarismo do homem, não havendo reconhecimento de direitos dos demais membros que compunham a família, mulher e filhos, como cita Venosa (2004):

A figura paterna, detentora do *pater* poder, representa a única autoridade naquele grupo, cabendo a ele o direcionamento dos membros da unidade familiar e dos escravos, a perpetuação da referência aos mortos e a proteção do patrimônio da família.

A ideia de família surgiu muito antes do direito, dos códigos, da ingerência do estado e da igreja na vida das pessoas. Com a queda do Império Romano (476 d.C) transferiu-se a autoridade para a figura do papa fazendo com que a Igreja Católica definitivamente fosse a fonte máxima de poder na Idade Média.

Nessa toada, segundo Welter (2004), nasce o direito canônico, o qual ainda possui reflexos em ordenamentos jurídicos modernos, assim, a expressão, do certo e errado, era estabelecida pelo ente simbólico maior existente na religião em especial, de acordo com o parâmetro de justiça Divina, sendo, portanto, as regras criadas e ditadas por ele.

O Direito Canônico e a força da Igreja foram decisivos para este momento histórico que, inclusive, determinou este formato e o manteve por longo tempo. En-

tretanto, o curso do tempo também proporcionou aspectos dinâmicos na relação familiar, como, por exemplo, o estabelecimento da família pelo vínculo religioso, em vez de laços de sangue.

Para o Direito Canônico, o conceito de parentesco é diferente do pregado pelo Direito Romano, pois enfatiza o caráter patrimonialista, por ser contra o divórcio e considerar um instituto contrário à família e interesses dos filhos, por prejudicar a formação.

Assim como anota Groeninga (2003):

Em verdade, família é um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração. Há que se considerar ainda neste conjunto de eventos, a sucessão como um dos dados mais relevantes para se discutir o direito da pessoa.

Dessa forma, abstrai-se que o conceito, as características e a configuração relacionados à família são mutáveis, a depender sua qualificação da evolução histórica e mudanças sociais percebidas e conquistadas no momento em análise. Percebe-se que a moldura a qual se revela a família não é engessada, ao revés, apresenta-se de forma dinâmica, assim como qualquer relação social se revela.

4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO SUCESSÓRIO NA RELAÇÃO SOCIOAFETIVA.

No ordenamento pátrio brasileiro, a fonte mais difundida do direito é a lei. Entretanto, é certo que, mesmo que se atribua interpretação extensiva ou busque-se compreender o espírito da lei, o processo legislativo não é apto a acompanhar a velocidade dos fenômenos sociais, os quais estipulam novos anseios e querelas enfrentadas pela sociedade. Circunstancias que necessitam de garantias e/ou respostas jurídicas. Diante desta inaptidão da lei para acompanhar o ritmo da sociedade e fornecer através de um corpo legal escrito as respostas necessárias àqueles que a peticionam, descortina-se a importância de estudar os princípios, haja vista que estes se revelam como fontes subsidiárias significativas na aplicação do direito.

Nessa toada, alia-se a importância defendida dos princípios a aplicação constante pelos órgãos constitucionais competentes de seus preceitos, atribuindo-lhes, assim, a certeza popular da sua utilidade e o reconhecimento da sua valia à seara jurídica. Ademais, há determinados princípios reconhecidos pela ciência do direito, após uma análise aprofundada das regras de condutas percebidas nos segmentos sociais. (BEVILAQUA, 1929)

Dessa forma, deduz-se que fundações unicamente estáticas são incompatíveis com o funcionamento das sociedades humanas, haja vista a dinamicidade, sendo reconhecida a força dogmática dos princípios uma vez que são “proposições básicas que fundamentam a ciência. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base, a estrutura, o fundamento que irá informar e inspirar as normas jurídicas” (MARTINS, 2014, p. 64).

Nesse contexto, impõe-se versar acerca de alguns princípios que reservam certo alinhamento com a temática aventada no obra em epígrafe.

O Princípio da Dignidade Humana é um preceito dos mais abrangentes, pois dele irradia uma coleção de princípios éticos, destacadamente aqueles identificados como direitos fundamentais, tais como a liberdade a igualdade e muitos outros. Tal princípio está amparado expressamente em nosso direito positivo no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, caracterizado como Constitucional.

Compulsando a legislação regional, abstrai-se que o mencionado princípio é hoje decididamente considerado pela Constituição, como um dos escopos da República Federativa do Brasil em que pese ser um Estado Democrático de Direito. Defende-se o respeito a personalidade humana, como um Direito Fundamental.

O princípio da dignidade da pessoa humana em destaque intenta garantir ao ser o tratamento digno em todas as esferas de sua existência. Sarlet (2012) conclui que tal ditame principiológico corresponde a uma qualidade considerada como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passa a ser habitualmente definida como elemento constituidor do próprio valor que identifica o ser humano como tal.

Constatam-se diversas circunstâncias fáticas que atraem a aplicação prática no que concerne o princípio em comento, é dizer, a proteção aos interesses da criança e do adolescente visando ver concretizados seus direitos fundamentais, tais como ensina Barbosa *apud* Cassettari (2014, p. 108):

Direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, assegurando-lhes, enfim, o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Em tempo, tamanha é a importância desse princípio, no que tange à socioafetividade, que sua invocação se encontra na grande maioria dos julgados que serão expostos posteriormente, senão em todos, provavelmente isso se deva ao fato do seu alcance e amplitude.

Embora o Direito das Famílias tenha conquistado diversos avanços, ainda há o que se evoluir em termos de concepção acerca dos institutos familiares, de modo a minorar a pragmatização que ainda subsiste em alguns segmentos sociais, refletida, conseqüentemente, na legislação em vigor, afinal, torna-se inapropriado e anacrônico, em face da atual conjuntura da organização familiar, afirmar que o casamento persiste como a única entidade familiar considerada “legítima”.

Sendo a Dignidade da Pessoa Humana o princípio base das constituições democráticas, não importa a entidade familiar escolhida, ao cônjuge ou companheiro devem ser garantidos os mesmos direitos, não por se achar que casamento e união estável sejam iguais, mas, pelo conhecimento de que a Constituição prega um outro importante princípio fundamental, o da Igualdade.

Noutro pórtico, o princípio da igualdade e do respeito às diferenças constituem princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, uma vez que se manifestam como pilares e sustentáculos à dignidade e à justiça.

A aplicação desse princípio pressupõe recorrer a construção que motivou sua entrada no complexo universo masculino e feminino que, entrelaçados aos fatores culturais e econômicos, construiu uma ideologia autorizadora da desigualdade de gêneros sustentada em uma suposta superioridade masculina. Um dos reflexos atribuído a esse princípio na seara do direito sucessório, e resguardado pela atual Constituição no seu art. 227, CF, é a vedação ao tratamento diferenciado entre os filhos.

Outrossim, o princípio da responsabilidade, assim como a cidadania, é outro ditame norteador do comportamento humano por estar presente nos atos praticados

pelo homem ou até mesmo nos que este deixa de fazer. Segundo Pereira, (2013, p. 233)

O princípio da Responsabilidade tornou-se palavra de ordem na contemporaneidade. Em tudo e por tudo ela se presentifica. Desde os mais simples atos da vida, começando pela célebre frase de Saint Exupéry quando “O pequeno príncipe” diz “tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”, até no fundamento mais contemporâneo e mais profundo do discurso psicanalítico, nas palavras de Jacques Lacan, ao dizer que todo sujeito deve ser responsabilizado pelos seus atos.

O princípio da responsabilidade possui aplicação e previsão legal prática no atual contexto jurídico vivenciado, é dizer, a responsabilidade defendida atrelada a este princípio indica o sentimento de uma obrigação derivada de assumir as consequências jurídicas de um fato, representado no fato, a título exemplificativo, dos pais serem responsáveis pelos filhos menores, pois essa responsabilidade advém do poder familiar anotado no art. 932, I e II do Código Civil.

Outro princípio que se destaca no contexto abarcado, é o da paternidade responsável, por sua importância tão abrangente, tornou-se norma jurídica, sendo, portanto, constitucional e um dos pilares do Direito de Família. Sobre o mesmo aduz Pereira, (2013, p. 243):

O Princípio da Paternidade Responsável interessa não apenas as relações interpriativas, mas também ao Estado na medida em que a irresponsabilidade paterna, somada às questões econômicas, tem gerado milhares de crianças de rua e na rua. Portanto, é um princípio que se reveste também de caráter político e social da maior importância.

Tal princípio em baila remete-se a ideia de corresponsabilidade existente entre pessoas que, seja por laços consanguíneos e/ou afetivos, mantem-se unidas por meio de um vínculo social.

Em relação ao Princípio da Solidariedade, aquele autor (2013, p. 232/233), aduz que, “o Princípio da Solidariedade como princípio norteador do Direito de Família advém da ideia que traduz uma relação de corresponsabilidade entre pessoas unidas”.

Outra diretriz principiológica merecedora de atenção é a afetividade, a qual passou a ter mais expressividade a partir da diminuição da dependência econômica da mulher com sua inclusão mais expressiva no mercado de trabalho. Almejando definir o afeto familiar, Sergio Resende de Barros (2002, p.9) defende que corresponde a um “afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência- [...]”

Dessa forma, deduz-se que o princípio da afetividade mostra-se significativo no Direito de Família, uma vez que o fundamenta no equilíbrio das relações e na união de vidas sobreposta aos interesses econômicos, hereditário ou biológico.

Outro princípio proeminente quanto a problemática enfrentada no presente estudo, é o da pluralidade das entidades familiares, o qual recebeu novo destaque com a Constituição de 1988, uma vez que esta garante interpretação extensiva às entidades de família existentes, como depreende-se da análise do art. 226 da CF.

O referido princípio preocupa-se em trazer à lume a possibilidade de colocar como formas principais outras configurações de família, cujo trato e guarda perpassa pela efetividade do princípio em debate, lastreando-se na proposição de sua inegável existência e da proteção que a ela deve ser dispensada pelo Estado (PEREIRA, 2013).

Por fim, master destacar o princípio da vedação do retrocesso social, trata-se de um instituto relativamente recente a ser debatido no âmbito jurídico, o qual objetiva a ampliação dos direitos sociais firmados no espaço infraconstitucional de modo a impedir a vigência de medidas retrocessivas, a fim de garantir um certo patamar de contribuição social do Estado coerente com a dignidade da pessoa humana, focando, notadamente, nos direitos sociais. (SOUZA, 2009)

Vê-se que aludidos princípios refletem a nova lógica e sistemática a qual o Direito Civil, principalmente a esfera do Direito da Família, tem-se moldado e que alicerçam a temática aqui engendrada.

5 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Os efeitos da proteção Constitucional dispensada à família fazem-se presentes nas mais remotas formas de relação familiar, exigindo do ordenamento jurídico uma nova interpretação da realidade atual.

A nova tendência dessa família tem como base o afeto, o qual se caracteriza por meio da harmonia de sentimentos provados no dia a dia, em consequência disso, chega-se à afetividade, traduzida no respeito recíproco de todos os seus membros.

Em concordância com a Constituição e o Código Civil, o que existem são os filhos, sua origem torna-se irrelevante, visto ser o afeto o vínculo dessa relação.

Consoante a doutrina e a jurisprudência modernas a paternidade é fato social e não biológico². Como confirma Pachá (2012, p. 71/74), ao comentar uma de suas decisões:

No auge das minhas reflexões silenciosas, pedi que Juninho entrasse na sala. Já havia terminado a audiência. Correndo, rindo muito, passou ao largo do lugar onde sentava Túlio (seu pai biológico) e, de braços abertos, mergulhou no colo de Emerson, acariciando seu rosto. O contraste entre as cores das peles e a intensidade do afeto era o quadro eloquente de que o preconceito é uma invenção despropositada e decadente que não deveria encontrar eco na humanidade. Juninho, aos seis anos, já era um indivíduo. Sabia seu nome. Reconhecia seu lugar. Tinha referência da figura paterna e identificava Emerson como seu pai. Uma certidão de nascimento era somente um corte no enredo da existência. Um corte importante é verdade, um instrumento de inclusão social. Mas... Decidi preservar a história de Junior escrita a partir do documento. Muito mais que um vínculo biológico, a paternidade é uma obra de construção cotidiana.

Observa-se com isso que o direito de família destacou-se dos demais ramos do direito tanto no que diz respeito às novas famílias quanto em relação à filiação. Os antigos conceitos de reconhecimento apenas genético cederam lugar ao afeto.

² Dos quais Maria Berenice Dias no ensina: Negatória de Paternidade. Anulação de Registro. Caracterização da Filiação socioafetiva. Impossibilidade. 1. Entre a data do nascimento da criança e o ajuizamento da ação transcorreu mais de seis anos. 2. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. 3. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação do registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico e sim o do pai afetivo. 4. reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível. 5. Hipótese do que a doutrina e jurisprudência nomeiam de adoção à brasileira. Negado Provimto ao Apelo. Apelação Cível nº 70012250528, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relatora Maria Berenice Dias.

Com essa nova realidade o legislador ver-se na obrigação de fazer valer esse novo aspecto social. O que nem sempre é possível devido à lentidão no processo legislativo, gerando com isso lacunas no ordenamento jurídico.

A filiação anteriormente era considerada como um critério absoluto a partir da descoberta do DNA, no entanto, a evolução social mostra que tal critério não é mais suficiente para determiná-la ou identifica-la. Na contemporaneidade visa-se o respeito a inúmeros valores que se sobrepõem à mera origem genética, tais como a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

A afetividade passou a ser considerado o elo que dá estabilidade às relações familiares, promovendo a igualdade entre irmãos biológicos e não biológicos, a harmonia entre pais e filhos socioafetivos e demais parentes advindos dessa nova relação.

A filiação socioafetiva, assim como a biológica, gera sua parentalidade e a esta é dada a denominação de parentalidade socioafetiva, isso tem sido objeto de discussão em ações negatórias de paternidade, embora reste provado que a paternidade biológica não deva prevalecer sobre a afetiva se provado os laços que a fortalece, não podendo, portanto, a filiação socioafetiva vir a ser desconsiderada. De igual modo o vínculo criado com a parentalidade dessa relação não pode ser rompido em nome do melhor interesse da criança.

Ainda em nome desse mesmo interesse é que a dupla paternidade e maternidade socioafetiva se dá em pelo menos três hipóteses: como ensina Cassettari (p.147), “Quando for possível somar a parentalidade biológica e socioafetiva sem que uma exclua a outra, e, ainda, na adoção homoafetiva, ou na reprodução medicamente assistida entre casais homossexuais”.

6 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO DE CRIAÇÃO

Embora o tema ainda busque aceitação plena em nossos tribunais, muitas decisões têm trazido resultados positivos no que tange ao reconhecimento do direito sucessório do filho de criação, muitas vezes em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa.

Neste contexto, e de maior relevância ainda, deve-se destacar, o respeito à Constituição Federal de 1988, a qual aduz no seu art. 227, § 6º, serem proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Para a investigação de paternidade biológica, são utilizados, procedimentos técnicos, como o exame de DNA, bastando o confronto do material genético de ambas as partes de onde demanda a confirmação de a quem cabe o título de sucessor ou sucedido.

Na investigação de paternidade ou maternidade socioafetiva, embora não se possa contar com dispositivos de tanta precisão imediata, tanto quanto àquele, sua importância não pode ser tratada com menor valor, mesmo que para isso faça-se necessário demandar muito mais tempo.

A investigação afetiva consiste em provar uma relação de cuidados nutridos reciprocamente com solidez de vínculo entre as partes, caracterizando-se, por meio dessas atitudes vivenciadas no dia a dia, a “posse do estado de filho”, ligada ao princípio da aparência ou exteriorização da condição filial.

Vale ressaltar os casos “acidentais” de paternidade biológica nas suas mais diversas formas em que um ser pode ser gerado, muitas vezes até mesmo sem o consentimento ou desejo de quem lhe deu origem.

Como poderá ser comprovado em julgados posteriores, o ideal seria a concentração das paternidades biológica, jurídica e socioafetiva, embora nem sempre isso seja possível, levando-se em conta as mais diferentes razões de distanciamento por parte de quem apenas é a fonte geratriz.

Em contraposição a toda essa problemática, embora a paternidade socioafetiva possa parecer frágil por ter origem na aparência, é esta aparência que dá segurança jurídica imprimindo um caráter de seriedade à relação.

A estrutura do relacionamento socioafetivo é, na maioria das vezes, ainda mais forte que a biológica, pelo fato da mesma ter como base, a liberdade de escolha, fundada na troca recíproca, espontânea e pacífica de carinho, dedicação e demais valores básicos e essenciais à dignidade da pessoa humana gerado por quem ama e tem afeto³.

³ AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA.

Perseguindo essa mesma linha de raciocínio Fachin apud Cassettari (2014, p.14) em linguagem poética e precisa sobre o tema, com muita propriedade e sensibilidade, afirma que

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isto o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclama visceralmente em todos os momentos, inclusive naquele em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos. Outro pai nova família.

Em tempo, vale lembrar que a filiação sócioafetiva não se constitui apenas pelo relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, segundo Lemos (2014, p. 16)

Por uma questão de coerência com tudo que se defende acerca do instituto, e para não criar uma interpretação anti-isonômica, e por isso inconstitucional, não podemos anuir com tal entendimento, pois essa parentalidade pode se formar, também, após a maioridade daquele que é tratado como filho.

Ainda que o tempo seja um limitador, não é possível ao legislador ignorar uma demanda expressa através de uma relação, especialmente quando esta deriva

DECLARAÇÃO PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desprezo à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho", que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004).

da noção de família sob seus mais diversos aspectos. Nesse sentido, é mister aduzir que há direitos sucessórios e que o filho de criação deve gozar destes.

Considerando a historicidade, podemos observar que, antes do advento da atual Constituição, existia, como ensina Cassettari (2014, p. 109), uma classificação feita por nossos doutrinadores hierarquizando a ordem filiatória, “filhos legítimos (de pessoas casadas); filhos ilegítimos [de pessoas não casadas (...)]; filhos adotados (fruto da adoção); filhos sacrílecos (filho de pessoa que fez voto de castidade)”.

A Constituição Federal atual estabeleceu o direito de igualdade entre os filhos independentemente da situação, se havidos ou não na constância do casamento ou por adoção, proibindo qualquer discriminação. Com essa unificação acarretou, também, a impossibilidade de discriminar o filho socioafetivo.

Comprovadamente, constata-se que ainda não há uma unanimidade nesse sentido em nossos Tribunais, assim como comentado no julgado emitido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e que versa sobre a condição do filho de criação, em não conceder a este o direito de herança⁴.

Ver-se na atualidade, por meio de muitos julgados, que o entendimento doutrinário e jurisprudencial se posiciona favorável em afirmar que a filiação não é apenas determinada pela origem genética, mas também aquela com base nos laços de afeto, uma vez que a concepção atual de família está fundamentada na afetividade, tendo sido construída a filiação sociológica⁵.

⁴ ALVARA JUDICIAL. LEVANTAMENTO DE VALORES DE CONTA CORRENTE DE FALECIDA. FILIAÇÃO NÃO COMPROVADA. O parentesco constitui relação jurídica que deve ser comprovada documentalmente, e é vínculo que une duas pessoas ao tronco ancestral comum. A condição de filho de criação, a par do seu significado afetivo, não constitui relação jurídica. Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 70010943199, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves). “FILHO DE CRIAÇÃO. ADOÇÃO DE FATO. NULIDADE DE PARTILHA. 1. Hipótese em que era perfeitamente lícito o julgamento antecipado. 2. No sistema jurídico brasileiro não existe a adoção de fato e o filho de criação não pode ser tido como adotado ou equiparado aos filhos biológicos para fins legais, tais como direito à herança. Considerações sobre os limites de elasticidade do Sistema Jurídico, na busca das soluções mais justas. 3. Não se admite ação declaratória sobre a existência de fato. (Apelação Cível nº 596038091, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Sérgio Gischkow Pereira).” “DECLARATÓRIA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Para que alguém possa ser considerado herdeiro é necessário ostentar um título jurídico, seja decorrente da relação de parentesco, observada a ordem da vocação hereditária, seja decorrente de um testamento. 2. Se o recorrente não foi adotado pelo de cujus, nem foi reconhecido por ele como filho, nem é herdeiro testamentário, não possui condição de herdeiro. 3. A possível condição de “filho de criação” não confere capacidade sucessória. Recurso desprovido.

⁵ RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. [...] O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo

A família socioafetiva vai sendo formada pelos cuidados e compromissos recíprocos reforçados diariamente. Na esteira dessa concepção alguns julgados vêm sendo prolatados pelas Cortes Superiores, a exemplo do REsp. 833.712⁶.

Alguns exemplos de ações negatórias de filiação socioafetiva podem ser citados como possibilidade e impossibilidade. Haverá tal possibilidade, se o filho ajuizar ação para conseguir declaração de que não terá mais pai ou mãe registral, visto que com eles não tem vínculo de sangue inexistindo também vínculo de socioafetividade.

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. (STJ - REsp: 878941 DF 2006/0086284-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/08/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.09.2007 p. 267)

⁶ "DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES. A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registraes, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso Especial provido." (STJ; REsp 833.712; Proc. 2006/0070609-4; RS; Terceira Turma; Relª Min. Fátima Nancy Andrigli; Julg. 17/05/2007; DJU 04/06/2007).

Em contrapartida, não há possibilidade de nulidade do assento de nascimento mesmo com realização de exame de DNA negativo. Como mostra a seguir, um dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com existência de vínculo afetivo, sem vício e consolidado por mais de 23 anos⁷.

Pode-se notar a falta de consenso entre tribunais do mesmo Estado enquanto um está preso ao direito positivado, fazendo valer apenas provas documentais, o outro se justifica para dar esse mesmo direito de suceder, à veneração respeitosa do princípio da dignidade da pessoa humana, declarando o reconhecimento do direito atribuído e todos os seus consectários.

7 CONCLUSÃO

A provocação acadêmica de produzir um artigo que verse sobre temas jurídicos revelou uma lacuna no que se refere à temática do Direito Sucessório do Filho de Criação, pois segundo Cassettari (2014), o assunto é novo, embora não seja novidade.

Ainda gera resistência, como tudo que é novo, e como diz Caetano Veloso: *“e a mente apavora o que ainda não é mesmo velho/e foste um difícil começo/afasto o que não conheço/e quem vem de outro sonho feliz de cidade”*.

No contexto brasileiro, é inadmissível entender a filiação apenas por fatores biológicos que unem pais e filhos. Mas é possível conceber relações pelo afeto que vem sendo percebido nas instituições familiares modernas.

⁷ APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA. Desconstituição da filiação pela nulidade do assento de nascimento. Reconhecimento espontâneo e consciente da paternidade. Vício de consentimento inexistente. Realização de teste de paternidade por análise de DNA. Exclusão de paternidade biológica. Irrelevância. Existência de sólido vínculo afetivo por mais de 23 anos. Filiação socioafetiva demonstrada. Desconstituição da paternidade vedada. Recurso parcialmente provido. É irrevogável e irretratável a paternidade espontaneamente reconhecida por aquele que tinha plena consciência de que poderia não ser o pai biológico da criança, mormente quando não comprova, estreme de dúvidas, vício de consentimento capaz de macular a vontade no momento da lavratura do assento de nascimento. A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filio e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica (TJSC; AC 2011.005050-4; Lages; Rel. Des. Fernando Carioni; j. 26.04.2011; DJSC 10.05.2011; p.433).

Vale ressaltar o reconhecimento jurídico tem facilitado para esse entendimento, não havendo como reprovar tal conduta, pela simples necessidade de se prestigiar o bem-estar de crianças que passam a ser inseridas em uma família.

Porém a falta de amparo legal limita o poder familiar nestes casos restringindo o âmbito de incidência do Direito de Família, a não reconhecer juridicamente este tipo de filiação, o que resta demonstrado que o filho socioafetivo não tem acesso aos direitos sucessórios dos seus pais que assim o queriam.

Então a verdadeira filiação não é somente a determinada pela origem genética, mas também aquela auferida pelos laços de afeto, sendo que na concepção atual as relações paterno-filiais são fundamentadas na afetividade.

Tendo a construção da terceira filiação, que é a sociológica, e a essencial por se constituir do afeto que une pais e filhos, mesmo que haja ou não o vínculo biológico entre eles.

O ordenamento jurídico pátrio reconhece o valor do afeto, quando estabelece a adoção, que é baseada na escolha afetiva, ou seja, na vontade e no afeto de ambas as partes e que independe do vínculo biológico.

Denominaram de paternidade socioafetiva, porque na realidade das famílias brasileiras ela pode ser equiparada a paternidade decorrente da adoção.

Contanto no estado de filho afetivo, devem ser cumpridas as mesmas condições do estado de filho biológico, já que a filiação deveria ser uma imagem refletida entre pais e filhos, sem discriminação.

Portanto os laços de amor, carinho e solidariedade veem com a convivência e não apenas da ligação sanguínea, a filiação então se constrói, revelando-se não apenas pela descendência genética, mas no comportamento que extrapola cuidados, carinho e tratamento, seja em público ou na intimidade do lar, o afeto verdadeiramente paternal.

A prova disso é que o afeto tem sido reconhecido na esfera jurídica, e pela própria sociedade quando não reprova esse ato por priorizar o bem estar daquela criança ou maior que passa a ser inserido em um ambiente familiar.

Porém há uma falta de amparo legal e por isso muitas vezes a família socioafetiva sofre injustiças quando há recusa por parte do judiciário a alguns processos nesse sentido.

Enquanto os tribunais não chegam a um consenso, embora a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, não mais admitam discriminação em se

tratando de filiação, mesmo assim, vemo-nos obrigados a conviver com ela sem sabermos até quando, ao invés de desde logo já se ir construindo um mundo melhor de se viver *“Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral; tem um quê de pacificador atemporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto-ternura. O afeto-dignidade”* (HIRONAKA, 2007).

9 REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, M. **Juventude e Sexualidade**, UNESCO: Brasília, 2004.

Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004.

Apelação Cível nº 70013740618, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves.

BARBOSA, Augusto César Teixeira. Sala dos Doutrinadores - Artigo Jurisdição. Jurisway 15/11/2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**, acessado no site <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>, no dia 17.7.2009.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao

CAHALI, Francisco José; NOVAES, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CASSETTARI, Christiano. **MULTIPARENTALIDADE E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA**. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Flávia Lages de, História do Direito Geral e do Brasil, 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2009.

CRETELLA JUNIOR, Jose. **Curso de direito romano**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Rosana. Da filiação. In Pereira, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira, Direito de Família Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia**, coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Direito das Famílias - em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira, org. Maria Berenice Dias Comentado. São Paulo: RT, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. Revista IBDFAM, Ed. 2014, - Família e Sucessões

VENCESLAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Direito de Família, Vol. VI . 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. A secularização do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

(SOUZA, 2009) disponível em
http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Direito/72277-ITALO_ROBERTO_FUHRMANN_E_SOUZA.pdf, acessado em 05/08/2015.

Barros– A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.4, n.14, p. 9, jul./set. 2002.

(BEVILAQUA, 1929) Teoria Geral do Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

(DILL; CALDERON, 2010) disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?>