



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

THALITA PINTO BANDEIRA DE MELO

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO DE CRIAÇÃO AFETIVO

BRASÍLIA

2014

THALITA PINTO BANDEIRA DE MELO

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO DE CRIAÇÃO AFETIVO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientador: Professor Danilo Porfírio de Costa Vieira.

BRASÍLIA
2014

THALITA PINTO BANDEIRA DE MELO

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO DE CRIAÇÃO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Brasília, _____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Danilo Porfírio de Costa Vieira (Orientador)

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus, que, na minha fraqueza, me fez forte; que tem demonstrado que a minha força vem dos montes mais altos.

Ao meu orientador, Danilo Porfírio de Costa Vieira, exemplo de profissionalismo e competência. É graças ao senhor, professor, que, hoje, sou completamente apaixonada pelo Direito Civil.

Ao Procurador Regional da República, doutor Luiz Francisco Fernandes de Souza, que me motivou, incentivou, apoiou. Obrigada por enxergar meu potencial e por mostrar-se sempre disposto a ajudar.

A minha mãe e ao meu pai, que, além de contribuírem financeiramente para a minha realização profissional, estão sempre presentes, comemorando minhas vitórias e me fazendo enxergar, sempre, quem eu realmente sou. Obrigada por torcerem sempre por mim, por abrirem mão de muitas coisas por minha causa e por estarem sempre, e em todos os momentos, ao meu lado. Hoje, eu sou quem eu sou por causa dos ensinamentos de vocês. Obrigada, também, por terem me mostrado o amor de Deus. Amo vocês.

Ao meu namorado, que carregou os meus livros, me ajudou com as referências bibliográficas, e que secou minhas lágrimas quando eu desacreditei em mim mesma e sempre tem fé em mim. Eu não teria conseguido sem você. Te amo.

Ao meu irmão, que, mesmo longe fisicamente, está sempre perto.

"Tu te tornas eternamente responsável
por aquilo que cativas".

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

A presente monografia visa analisar o direito sucessório do filho de criação, levando-se em consideração o vínculo socioafetivo existente nesse tipo de filiação. Inicialmente, analisar-se-á o instituto da filiação, tanto a tradicional como aquela constituída por meio de laços afetivos. Diferenciar-se-á os institutos da adoção e do filho de criação, de modo a compreender as previsões legais concernetes a cada instituto. O novo conceito de Direito de Família, sob a ótica do afeto, será analisado em seguida. Haverá um detido estudo quanto à sucessão, visto que é importante entender todo o processo sucessório para melhor compreensão do tema. Por fim, serão analisados julgados quanto ao tema em debate. Observar-se-á que não há um padrão nas decisões já proferidas sobre o assunto, de modo que, muitas vezes, o interesse do filho de criação em receber quinhão que lhe é de direito é confundido com mero interesse patrimonial. A igualdade entre o filho de criação e o filho biológico no direito sucessório ainda é pouco conhecida, mas, ao se levar em conta a legislação em vigor, principalmente a Constituição, vê-se que é preciso analisar a situação sob a ótica do Direito de Família contemporâneo, que tem um viés eminentemente eudemonista.

Palavras-chave: Família. Filiação. Direito Sucessório. Socioafetividade. Vocação hereditária. Afinidade. Igualdade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. DA FILIAÇÃO AFETIVA.....	10
1.1. FILIAÇÃO TRADICIONAL.....	10
1.2 .DA DIFERENÇA ENTRE FILIAÇÃO POR ADOÇÃO E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	15
1.3. DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O NOVO PARADIGMA DE FAMÍLIA.....	19
2. DA SUCESSÃO.....	26
2.1. ABORDAGEM CONCEITUAL.....	26
2.2. ABERTURA DA SUCESSÃO.....	29
2.3. DA SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	32
2.3.1. DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.....	33
2.3.2. DA SUCESSÃO DOS DESCENDENTES.....	35
3. O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO DE CRIAÇÃO: ANÁLISE DE CASOS.....	39
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

INTRODUÇÃO

No passado, o legislador emparedava a família em um conceito restrito e fechado, de modo que só era reconhecida como família a união entre um homem e uma mulher. Não era diferente o tratamento dispensado aos filhos. Só eram reconhecidos como tais, e, assim, só possuíam direitos, aqueles descendentes de homem e mulher unidos em matrimônio.

Com efeito, cada integrante do núcleo familiar assumia um posto determinado pelas leis em vigor. Tinha-se, inclusive, uma classificação relativa à filiação, em que os filhos eram divididos em legítimos e ilegítimos, sendo aqueles possuidores de mais direitos que estes.

No sistema jurídico clássico, portanto, a filiação, muitas vezes, não retratava a realidade, visto que havia apenas um conceito estritamente objetivo quanto a quem era o filho.

Com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com o advento do Código Civil de 2002, os filhos, havidos ou não entre pessoas unidas em matrimônio, bem como os adotados, passaram a ter tratamento igualitário. Ademais, a filiação tornou-se um direito fundamental, que, hoje, diferentemente do modelo antigo, dá, também, importância aos vínculos afetivos.

É que o Direito de Família contemporâneo é eudemonista. Significa dizer que a família não se constitui apenas por vínculos sanguíneos, mas, principalmente, pela afetividade entre seus membros.

A afetividade é o viés que liga toda relação interpessoal, de modo que dá origem, assim, à parentalidade socioafetiva. A paternidade e a maternidade levam em conta, por conseguinte, esse vínculo de afeto, através de atos de carinho, amor, participação no cotidiano, cuidados e preocupações.

É assim que surge a filiação socioafetiva: aquela formada não por vínculos sanguíneos, mas por vínculos de afeto entre o ascendente e o descendente.

E, em razão de a Constituição da República estabelecer, claramente, que não há distinção entre qualquer tipo de filiação, infere-se que os filhos socioafetivos tem os mesmos direitos que os filhos biológicos. Apesar de não haver previsão legal expressa quanto à afetividade, o Direito de Família vem reconhecendo esse vínculo como gerador de direitos.

Apesar disso, ainda há grande divergência quanto aos filhos de criação, aqueles que são criados por pais que não são seus pais biológicos, sem que tenha havido uma adoção nos moldes estabelecidos pela legislação em vigor, no que se refere ao direito de herança.

Inicialmente, serão abordados tópicos quanto à filiação, tanto a tradicional quanto a afetiva, com foco na igualdade entre ambas. Distinguir-se-á o filho socioafetivo do filho adotivo, com o objetivo de demonstrar que trata-se, em verdade, de dois institutos diferenciados. Por fim, far-se-á uma análise sobre o Direito de Família contemporâneo.

Em seguida, serão analisados os tópicos referentes à sucessão, onde será apresentada a ordem de vocação hereditária, em que os descendentes do *de cuius* são os primeiros a serem chamados, visto que o legislador partiu da premissa de que aqueles graus mais próximos são aqueles com quem se tem um maior vínculo.

Ato contínuo, será debatido o tema central desta pesquisa, qual seja, o direito, ou não, de o filho de criação figurar como legítimo a receber a quantia deixada por seu ascendente afetivo ao morrer. Para tanto, observar-se-ão os argumentos de alguns magistrados, através de julgados existentes que tratam do assunto em questão.

1) DA FILIAÇÃO AFETIVA

Este capítulo tem por objetivo abordar os aspectos relativos à filiação, tanto a tradicional quanto a afetiva. Analisar-se-á a legislação sobre o tema, bem como aspectos doutrinários e jurisprudenciais, principalmente no que diz respeito à afetividade no Direito de Família.

1.1) FILIAÇÃO TRADICIONAL

Ao conceituar o instituto da filiação, Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹ o analisam sob um ponto de vista técnico-jurídico. Segundo estes autores a filiação é, em verdade, uma relação de parentesco estabelecida entre pessoas constantes do primeiro grau, em linha reta. O vínculo é estabelecido entre um indivíduo e seus genitores, ou, ainda, entre o indivíduo e aqueles que, ainda que não tenham sido seus genitores, acolheram-no e o criaram como se filho fosse, levando-se em conta, portanto, o afeto e a solidariedade. Objetiva-se o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Logo, remete-se ao vínculo jurídico existente entre cada pólo (pai/mãe e filho), que leva a existência de atribuições e deveres variados.

No mesmo sentido é o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa², que afirma que, sob o aspecto do Direito, configura-se a filiação como um fato jurídico que gera muitos efeitos. Analisando-se o conceito de maneira ampla, compreende a filiação as relações jurídicas existentes entre os pais e seus filhos, relações essas que abrangem, inclusive, sua constituição, sua modificação e sua extinção. Abrange a filiação, nesse sentido, o pátrio poder, também conhecido na atualidade como poder familiar, exercido pelos pais em relação a seus filhos impúberes, abarcando, ainda, direitos protetivos e assistenciais.

¹ FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. Curso de Direito Civil – Famílias. 4. ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2012, p. 619.

² VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Direito civil: direito de família/Sílvio de Salvo Venosa. – 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010. – (Coleção direito civil; v.6), p. 223.

Em uma síntese conceitual, afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que a filiação consiste “na situação de descendência direta, em primeiro grau”.³

Portanto, ao serem analisados esses conceitos, pode-se perceber, facilmente, que a filiação é uma relação jurídica multifacetária, que envolve, concomitantemente, diferentes perspectivas, a saber: a) a filiação pela perspectiva do filho (filiação propriamente dita); b) pela perspectiva do pai (paternidade); e c) pela ótica da mãe (maternidade).⁴

Antes da promulgação da Carta Constitucional de 1988, esse instituto era regulado, exclusivamente, pelo Código Civil de 1916, que distinguia os filhos em legítimos e ilegítimos; naturais e espúrios; e adulterinos e incestuosos.⁵

Essa divisão ocorria porque a lei civil vigente à época trazia uma visão discriminatória em relação à entidade familiar, reconhecendo como tal apenas aquela oriunda do casamento. Logo, havia uma supervalorização da filiação estabelecida entre pessoas que possuíam vínculo matrimonial.⁶

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 traz, em seu corpo, o princípio da igualdade, que, relativamente ao tema, é denominado “princípio da igualdade dos filhos”⁷, ao declarar, em seu artigo 227, § 6º⁸, que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, sendo vedada qualquer tipo de

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 621.

⁴ FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. Curso de Direito Civil – Famílias. 4. ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2012, p. 619.

⁵ LUZ, Valdemar P. da. Manual de Direito de Família/Valdemar P. da Luz - 1. ed. - Barueri, SP: Maole, 2009, p. 162.

⁶ MARTINS., Geisiane Oliveira; SALOMÃO, Rosa Maria Seba. A família socioafetiva - As novas tendências do conceito de filiação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10202>. Acesso em 19 de mar 2013.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 621.

⁸ Artigo 227, §6, CF/88: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

discriminação entre eles. Esse princípio é reiterado pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1596⁹.

Em razão disso, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”.¹⁰

Com o objetivo de preservar a segurança e a paz da família e buscando a proteção ao casamento, o Código Civil de 2002 parte da premissa que o filho da mulher casada foi fecundado por seu marido.¹¹

Essa presunção existe desde o Código de Hamurabi e é formulada em razão de um raciocínio lógico: as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, e, admitindo-se a exclusividade dessas relações entre o casal, pressupõe-se que o filho nascido de uma mulher casada é de seu marido.¹²

No Direito Romano, essa inferência já existia em razão de dois brocardos: *mater sempre certa est* (a mãe é sempre certa) e *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (pai é quem demonstra as núpcias justas)

A legislação civil traz as hipóteses em que se pode presumir que os filhos foram concebidos na constância do enlace matrimonial em seu artigo 1597 e incisos, que preceituam, *verbis*:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

⁹ Art. 1596, CC: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁰ GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família/Carlos Roberto Gonçalves – 8. Ed. rev. E. atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 319

¹¹ GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família/Carlos Roberto Gonçalves – 8. ed. rev. e. atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.

¹² FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. Curso de Direito Civil – Famílias. 4. ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2012, p. 643.

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Todavia, a presunção de paternidade que consta desse artigo é *juris tantum*, ou seja, admite-se prova em contrário através de ação negatória de paternidade, diferentemente do que ocorria no código revogado, no qual não era admitida prova em contrário¹³.

Preceitua o artigo 1603, do Código Civil, que a filiação é provada pela certidão de nascimento, registrada no Registro Civil¹⁴.

Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira¹⁵, ao afirmar que, principiologicamente, a paternidade é provada por certidão extraída do Registro de nascimento. Esse documento é capaz de comprovar tudo aquilo que o Oficial de Registro inseriu, oportunamente, no Assento, a saber: data do parto, maternidade, paternidade, se a mãe é casada, sexo, lugar, data do registro, número, e outras circunstâncias que a lei prevê. Portanto, afora essas informações, que fazem parte, naturalmente, do documento, outras indicações não se provam por meio dessa certidão (como, por exemplo, a identidade do filho ou a celebração de casamento entre os genitores).

Não pode haver, de nenhuma forma, contestação do que consta no registro de nascimento, em decorrência da presunção de veracidade da filiação, e também em razão da fé pública cartorária, que resulta na força

¹³ GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Op. cit. p. 327.

¹⁴ Artigo 1603, *caput*, CC/2002: a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 357.

probante *erga omnes* da certidão. A exceção a essa força probante ocorre quando for demonstrado erro ou falsidade¹⁶.

A função do registro de nascimento é tornar público tal acontecimento e instituir a presunção de veracidade das declarações efetuadas nesse âmbito. Em observância aos artigos 50¹⁷ e 52 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6015/1973), todo nascimento que ocorre em território brasileiro deve ser registrado no prazo de 15 (quinze) dias, ou no lugar em que a criança foi concebida ou aonde residem os pais¹⁸.

Em não sendo possível provar-se a filiação pelo termo de nascimento, permite o supramencionado artigo a prova da filiação por qualquer modo admitido em direito, desde que haja começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; e quando existirem presunções vigorosas, decorrentes de fatos evidentes.

Ainda segundo a lição de Caio Mário, “pode ocorrer que não tenha havido registro ou que este não se tenha encontrado, ou mesmo que se encontre em lugar inacessível; ou ainda que do registro constem declarações inexatas. Se tal ocorrer, admite o Código que se prove a filiação por qualquer modo admissível em direito”¹⁹.

Maria Helena Diniz, ao tratar da importância do estabelecimento da condição jurídica de filho, afirma que é importante adquirir tal condição porque gera, ao filho, vários direitos: direito ao nome, à educação, à companhia de seus genitores, à sucessão na qualidade de descendente assegurada pelo Código, à sucessão legítima e a alimentos. Ademais, garante os direitos que decorrem do poder familiar e da tutela. Ocorre que, além de estabelecer direitos, tal condição impõe, também, alguns deveres,

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família/Maria Helena Diniz. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 476.

¹⁷ Art. 50, Lei 6015/1973: Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

¹⁸ GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família/Carlos Roberto Gonçalves – 8. ed. rev. e. atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 359.

principalmente o de prestar obediência e respeito aos genitores e alguns serviços que existem em decorrência de sua idade e condição²⁰.

Relativamente à presunção resultante de fatos certos, pode ser enquadrada nessa esfera a convivência familiar, também chamada de “posse de estado de filho”, caracterizada por três elementos: a *tractatus*, o *nomen* e a *fama*²¹, que serão melhor analisados posteriormente.

1.2) DA DIFERENÇA ENTRE FILIAÇÃO POR ADOÇÃO E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A adoção é diferente da filiação socioafetiva, visto que são institutos diferentes, com consequências jurídicas diferentes.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a adoção “é processo judicial que importa a substituição da filiação de uma pessoa (adotado), tornando-a filha de outro homem, mulher ou casal (adotantes).” É instituto regido pela Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), e, quando o adotado for maior de dezoito anos, depende de assistência do Poder Público e de sentença judicial, incidindo o ECA de forma subsidiária²².

A adoção é modalidade artificial de filiação, que tem por fim imitar a filiação natural, razão pela qual é denominada de filiação civil, visto que não decorre de relação biológica. Ao revés, nasce de uma determinação de vontade consubstanciada em uma sentença proferida em Juízo. Portanto, vê-se que trata-se, em verdade, de relação jurídica, que se forma não por vínculos biológicos, mas afetivos²³.

Maria Helena Diniz conceitua a adoção como sendo “um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado, um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família/Maria Helena Diniz. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 476.

²¹ GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família/Carlos Roberto Gonçalves – 8. ed. rev. e. atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 339.

²² COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Civil, Famílias, Sucessões, Volume 5/Fábio Ulhoa Coelho – 4 ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179.

²³ VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Direito civil: direito de família/Sílvio de Salvo Venosa. – 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010. – (Coleção direito civil; v.6), p. 273.

posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227, §§5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante”²⁴.

Ainda conforme a autora, trata-se de medida que possui caráter humanitário e assistencial, visto que dá a quem não tem condições naturais de ter um filho a chance de tê-los, bem como traz melhorias à condição moral e material do adotado²⁵.

É considerada ato jurídico em sentido estrito, em razão de traduzir-se em comportamento humano com efeitos previstos na legislação, expressamente, pois a adoção é disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, revela-se como “ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotado, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica”²⁶.

Conforme ensinamento de Fábio Ulhoa Coelho²⁷:

Em princípio, a adoção rompe completamente os vínculos do adotado com seus pais e parentes consanguíneos, atribuindo-lhe a situação de filho do adotante, para todos os fins. Nem mesmo a morte dos adotantes restabelece a filiação biológica dissolvida pela adoção (ECA, art. 49). O impedimento matrimonial é o único vínculo que remanesce entre, de um lado, o adotado e, de outro, seus pais e parentes biológicos (ECA, art. 41). O adotado continua não podendo se casar com a antiga irmã, por exemplo.

[...]

Rompidos, total ou parcialmente, os vínculos com seus genitores e parentes, o adotado passa a ser, para todos os efeitos legais, filho do adotante (ou dos adotantes). Isso significa que fica submetido ao poder familiar titulado por esse

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família/Maria Helena Diniz. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 523.

²⁵ Ibidem, p. 523.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 666-667.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Civil, Famílias, Sucessões, Volume 5/Fábio Ulhoa Coelho – 4 ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

último, mas tem direito aos alimentos e de participação na sucessão. Não há, como já mencionado, nenhuma diferença entre o filho por adoção e o de qualquer outra espécie de filiação ou perfilhação.

O procedimento adotivo, tanto para crianças quanto para adolescentes, é regido pela lei 12010/2009, que alterou algumas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao tema, e revogou os artigos 1618 a 1629 do Código Civil, que tratavam sobre o tema, dando, ademais, nova redação aos artigos 1618 e 1619.

A lei 12010/2009 (Lei Nacional de Adoção) garante maior rapidez aos processos adotivos, inova ao criar um cadastro nacional para fazer com que seja facilitado o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas por pessoas habilitadas, e estabelece o limite de dois anos à permanência de crianças e adolescentes em abrigos, prazo esse que pode ser prorrogado caso haja necessidade.

Segundo lição de Carlos Roberto Gonçalves²⁸, são requisitos da adoção: “a) idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, *caput*); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste, se contar mais de 12 anos (art. 28, § 2º); e) processo judicial (art. 47, *caput*); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43)”.

Quanto ao primeiro requisito, preleciona Maria Helena Diniz que a adoção pode ser singular, quando feita por pessoa solteira, ou conjunta, quando feita por casal ligado pelo matrimônio ou por união estável. Afirma, ainda, que ninguém pode ser adotado por duas pessoas que não sejam ligadas pelo vínculo do matrimônio ou da união estável²⁹.

Dispõe o artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

²⁸ GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família/Carlos Roberto Gonçalves – 8. ed. rev. e. atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 398.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família/Maria Helena Diniz. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 526.

Artigo 46, Lei 8069/1990: A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

Ao discorrer sobre o estágio de convivência no procedimento da adoção, ensina Sílvio de Salvo Venosa que o objetivo dessa fase é adaptar a convivência do filho adotivo a sua nova casa³⁰. Consolida-se, em razão desse período, a vontade de adotar e ser adotado. O juiz, bem como seus auxiliares, estarão aptos a avaliar a conveniência da adoção durante esse espaço de tempo. Afirma o autor que poderá haver dispensa do estágio de convivência caso o adotando e o adotante já tenham convivido tempo suficiente para que a análise da conveniência e da constituição do vínculo possa, de pronto, ser avaliada (art. 46, §1º, ECA³¹).

Sobre os efeitos da adoção, afirma Caio Mário da Silva Pereira³² que:

A adoção produz efeitos pessoais e patrimoniais. Em termos genéricos, dá nascimento a relações de parentesco. Ressalvam-se, contudo, os impedimentos matrimoniais, que, por motivos de caráter moral, vigoram entre adotante e adotado, entre o adotante e o cônjuge do adotado, entre o adotado e o cônjuge do adotante, e entre o adotado e o filho do adotante.

Associado o disposto no art. 227, § 5º, ao que se contém no § 6º do mesmo artigo da Constituição Federal, segue-se que o filho adotivo goza dos mesmos direitos que os filhos havidos da relação de casamento.

O principal efeito da adoção é que, a partir do trânsito em julgado da sentença proferida no procedimento judicial, confere-se ao adotado a condição de filho para todos os efeitos de direito, inclusive no que tange aos

³⁰ VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Direito civil: direito de família/Sílvio de Salvo Venosa. – 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010. – (Coleção direito civil; v.6), p. 293.

³¹ Artigo 46, § 1º, Lei 8069/1990: O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotante já estiver sob a tutela ou guarda do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 444.

direitos sucessórios, havendo total equiparação do filho adotivo ao filho biológico³³.

Especificamente no que tange aos direitos sucessórios do filho adotivo, ao ser equiparado ao filho biológico concorre ele à herança com o cônjuge ou convivente sobrevivente do *de cujus*, na qualidade de descendente do autor da herança³⁴, em conformidade com o artigo 41, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁵ (Lei 8069/1990).

Por outro lado, a paternidade socioafetiva é aquela que se estabelece independentemente do vínculo biológico ou civil, ou seja, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal³⁶:

A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira *desbiologização* da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de genes.

Portanto, esse tipo de filiação está além do vínculo genético, bem como se constitui independentemente de sentença judicial, tal qual ocorre na adoção. A filiação socioafetiva pode ser considerada verdadeira adoção de fato, visto que não há qualquer tipo de registro oficial que indica a relação de filiação estabelecida entre o filho e o pai socioafetivos.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 676/677.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família/Maria Helena Diniz. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 543.

³⁵ Artigo 41: A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais [...] §2º: É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

³⁶ FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. Curso de Direito Civil – Famílias. 4. ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2012, p. 670.

1.3) DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O NOVO PARADIGMA DE FAMÍLIA:

Ora, com a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, a família não é mais vista apenas como uma instituição, e sim como um instrumento para efetivar a livre personalidade de seus membros. A família passa a ser um núcleo social, em que seus membros são interligados através de um vínculo. Esse vínculo não necessariamente é o sanguíneo, mas um vínculo mais forte que esse: o afeto, principal característica da entidade familiar atual. A família passa a ser eudemonista.

Essa nova característica do núcleo familiar traduz a verdade socioafetiva. O afeto alcança posição de destaque no que se refere ao reconhecimento das relações estabelecidas entre pai e filho, trazendo um novo conceito de família, que se torna, sob esse enfoque, instrumento de realização de seus integrantes³⁷.

Neste sentido, a filiação socioafetiva pode ser traduzida como “o relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, que, sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha à de pai ou mãe e seu filho”³⁸.

Tal espécie de filiação é constituída pela presença de afeto e cuidados próprios do relacionamento que se estabelece na filiação biológica. Todavia, na socioafetividade, a condição de pai e filho não é estabelecida pelos genes: ao invés, a relação se estabelece entre aquele que sabe não ser genitor e aquele que é considerado como filho³⁹.

A família formada unicamente pelos laços de afeto se equipara, integralmente, à família genética. O que une as pessoas do núcleo familiar socioafetivo são os vínculos amorosos, o carinho, a ternura, a solidariedade,

³⁷ MUNIZ, Mariana Zomer de Albernaz. *A Paternidade Socioafetiva e seus Efeitos na Obrigação de Prestar Alimentos aos Filhos Afetivo*, 2011 Disponível em <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/38/42>>. Acesso em: 2 out. 2013.

³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Civil, Famílias, Sucessões, Volume 5/Fábio Ulhoa Coelho – 4 ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 178.

aspectos esses que são os verdadeiros conectivos de qualquer grupo familiar⁴⁰.

A partir dessa nova visão relativa à família, faz-se necessário compreender o real significado de paternidade, que hoje não diz respeito somente à prestação de alimentos e a direitos sucessórios, mas, segundo Mariana Zomer⁴¹

Engloba a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. É construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação "à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar" (art. 227 da Constituição). Assim, o pai é aquele quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o que contribuiu geneticamente para a sua criação biológica, ou seja, seu genitor.

Portanto, o papel do pai, hoje, não se resume à proteção patrimonial. A paternidade verdadeira revela-se nos vínculos de afeto que conectam os pais a seus descendentes⁴².

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴³, "[...] a condição paterna (ou materna) vai muito mais além do que a simples situação de gerador biológico, com um significado espiritual profundo [...]".

E continuam⁴⁴: "[...] situações há em que a filiação é, ao longo do tempo, construída com base na socioafetividade, independentemente do vínculo genético, prevalecendo em face da própria verdade biológica".

⁴⁰ LUZ, Valdemar P. da. Manual de Direito de Família/Valdemar P. da Luz - 1. ed. - Barueri, SP: Maole, 2009, p. 250.

⁴¹ MUNIZ, Mariana Zomer de Albernaz. *A Paternidade Socioafetiva e seus Efeitos na Obrigação de Prestar Alimentos aos Filhos Afetivo*, 2011 Disponível em <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/38/42>>. Acesso em: 2 out. 2013.

⁴² SANTOS, Douglas de Oliveira. *A Constituição Federal de 1988 e o surgimento da paternidade socioafetiva*. A evolução do conceito de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, [ano 18, n. 3532, 3 mar. 2013](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23844>>. Acesso em: 2 out. 2013.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Sarama, 2012. p. 638.

Para Rolf Madaleno, a "filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade; são gestos de amor que registraram a colidência de interesse entre o filho registral e o seu pai de afeto"⁴⁵.

O Código Civil não tratou expressamente da filiação socioafetiva, mas em alguns de seus dispositivos pode-se vislumbrar um certo tipo de apoio a essa questão, como se depreende através da leitura do artigo 1593, que diz: "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem". Ao se interpretar extensivamente a expressão "outra origem", pode-se alcançar o liame socioafetivo.

A Constituição Federal permite o reconhecimento da socioafetividade através de seus princípios, como o da igualdade (artigo 5º, caput), da proibição de discriminação entre a filiação (artigo 227, §6º) e o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III)⁴⁶.

Para Adauto de Almeida Tomaszewski e Manuela Nishida Leitão "o critério biológico tornou-se insuficiente, sendo necessário o reconhecimento da chamada paternidade socioafetiva, que não implica no desprezo do liame genético [...]"⁴⁷.

A verdade estabelecida por laços de afeto é um critério tão forte quanto o critério jurídico e biológico de constituição da filiação. Isso se dá porque o filho que recebe um tratamento de amor, da mesma forma que receberia caso fosse filho em decorrência de um processo natural, recebe uma base emocional forte, que lhe garante um desenvolvimento completo e diferenciado, visto que o amor é mais importante do que um elo meramente biológico⁴⁸.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. op. cit. p. 639.

⁴⁵ MADALENO, Rold. Paternidade Alimentar. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 37, 2006, p.138.

⁴⁶ BARROS, Juliana Brito Mendes de. *Filiação Socioafetiva*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/334/329>> Acesso em: 8 abr. 2013.

⁴⁷ TOMASZEWSKI, A.A.; LEITÃO, M.N. Filiação Socioafetiva: A Posse de Estado de Filho como Critério Indicador da Relação Paterno-Filial e o Direito à Origem Genética. *Revista Jurídica da UniFil*, ano III, nº3, p. 2. Disponível em <http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-1.pdf>. Acesso em 13 mar. 2013.

⁴⁸ TOMASZEWSKI, Adauto Almeida de; LEITÃO, Manuela Nishida. Op.cit.

O que caracteriza a filiação baseada em laços de afeto é a posse de estado de filho⁴⁹. Isso quer dizer que, no caso da filiação socioafetiva, o estado de filiação é estabelecido através da relação de afeto entre determinadas pessoas que se comportam como pai e filho entre si e perante os outros. Logo, a partir de uma situação fática, há produção de efeitos jurídicos, sendo a teoria da aparência projetada sobre as relações filiatórias⁵⁰.

A posse de estado de filho, no dizer de Marina Zomer⁵¹:

"Estabelece-se entre o filho e aquele quem assume os deveres de paternidade [...]. O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados."

O estado de filiação é configurado quando uma pessoa age nas condições de filho de alguém; e quando esse alguém exerce papel de pai, sem haver uma ligação genética entre ambos. Ou seja, há um prevalecimento da verdade real.

Para ser reconhecido, é necessária a presença de três requisitos: a) *tractatus* (trato); b) *nominatio* (nome); e c) a *reputatio* (fama).

O trato se refere ao modo como o pai trata aquele que considera como filho, de modo a, através de suas ações, deixar claro que o considera como tal. Traduz-se pelo comportamento que expressa amor, cuidado, carinho, ou seja, a tudo que um pai faz pelo seu filho⁵².

O nome diz respeito à utilização, pelo filho, do nome da família. Mas, há de se observar que, mesmo que não esteja presente esse requisito,

⁴⁹ PATARO, Frederico Augusto Ventura. O estado de posse de filho. Aspectos constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2003, 25 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12102>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

⁵⁰ FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. Curso de Direito Civil – Famílias. 4. ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2012, p. 624.

⁵¹ MUNIZ, op.cit.

⁵² COSTA; Juraci. Paternidade Socioafetiva. *Revista Jurídica CCJ/FURB* [online] v. 13, nº 26, 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889/1254>>. Acesso em: 10 abr 2013

sendo os outros constatados, não há descaracterização da posse do estado de filho⁵³.

A fama faz referência ao fato de terceiros, fora da relação familiar, acreditarem na relação existente entre pai e filho afetivo. Em outras palavras, o público reconhece que o filho pertence àquela família.

De acordo com Christiane Singh Bezerra e Maria Aparecida Singh Bezerra de Lima⁵⁴:

"A caracterização da posse de estado de filho prescinde a existência de vários elementos, sendo que a relação, via de regra, revela-se muito mais pelas práticas reiteradas do dia-a-dia do que por meios formais. São todas as situações comuns ao convívio familiar, que formaram provas da existência da relação sócio-afetiva, uma vez que seu cerne é justamente a aparência de filho, a presunção de filiação."

Ao se observar casos concretos, pode-se verificar que, a depender da situação, um elemento pode ser mais acentuado do que os outros. Esses elementos tem por função constatar a existência do afeto, ou seja, não se pode determinar matematicamente em que proporção cada um deve aparecer para que possa ser constatada a posse do estado de filiação⁵⁵.

A presença do nome, da fama e do trato é necessária, ainda que em poucas proporções. Sem esses três requisitos, não será reconhecida a paternidade socioafetiva, como ilustrado no acórdão a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. ANULAÇÃO DE PARTILHA. PEDIDO

⁵³ PINHEIRO, Raphael Fernando. A ação de investigação de paternidade como meio judicial para o reconhecimento da filiação socioafetiva. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11614. Acesso em 30 mar. 2013.

⁵⁴ BEZERRA, C.S; LIMA, M.A.S.B. Considerações Sobre a Filiação Sócio-Afetiva no Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Cesumar*, v.5, n.1, p. 195-208, 2005. Disponível em <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewArticle/343>. Acesso em 8 abr. 2013.

⁵⁵ ANDERLE, Elisabeth Nass. A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 7, n. 60, 1 nov. 2002](#). Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3520>. Acesso em: 25 jun. 2013.

ALTERNATIVO DE INDENIZAÇÃO. POSSE DE ESTADO DE FILHO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

A alegação da existência de paternidade e maternidade socioafetiva reclama prova cabal da posse do estado de filho. Ausência de demonstração da presença dos respectivos elementos caracterizadores, quais sejam, nome, trato e fama. A oportunização de melhores condições de vida pelo casal ao demandante não implica reconhecimento de vínculo socioafetivo, sobretudo quando não evidenciada ser essa a vontade do *de cuius* e da demandada (AC 70050955954 RS, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl).

Com a presença dos três requisitos que configuram a posse de estado de filho, estabelecida está a filiação, com a conseqüente caracterização da maternidade/paternidade socioafetiva. A partir daí, a revogação ou retratação pela vontade das partes não se torna possível. Os efeitos jurídicos começam a incidir automaticamente, como o direito a alimentos e a herança⁵⁶.

Portanto, a conclusão a que se pode chegar é que o filho socioafetivo, vinculado a seus pais por laços de afeto, é o famoso “filho de criação”. Ou seja, é aquele que não foi adotado por um processo judicial, entretanto, seu comportamento no núcleo familiar ao qual está integrado assemelha-se ao comportamento esposado pelo filho biológico⁵⁷.

⁵⁶ FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. Curso de Direito Civil – Famílias. 4. ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2012, p. 626.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 643.

2) DA SUCESSÃO

O presente capítulo tem por objetivo abordar os aspectos conceituais da sucessão e do processo sucessório, com enfoque especial na ordem de vocação hereditária, principalmente no que diz respeito aos descendentes. Indaga-se, ao final, se o Filho de Criação possui os mesmos direitos sucessórios que o filho biológico.

2.1) ABORDAGEM CONCEITUAL

O vocábulo “suceder” pode ser compreendido como substituição; tomada do lugar de terceiro no que se refere a fenômenos da área jurídica. Trata-se, portanto, de um conceito amplo. O verbo vem da expressão latina *sub cedere*, que tem justamente essa idéia de alguém tomar o lugar de outrem⁵⁸.

Daí chega-se ao conceito, em sentido estrito, de Direito das Sucessões, que pode ser definido como o compêndio de normas que tem por fim disciplinar a transferência de patrimônio de alguém, depois de seu falecimento, a seu herdeiro, em virtude de lei ou de testamento⁵⁹, em conformidade com o disposto no artigo 1786 do Código Civil⁶⁰.

O direito sucessório tem por objetivo o resguardo da propriedade privada, visto que os bens que eram da propriedade do *de cuius* serão mantidos no âmbito familiar. Naquelas sociedades em que não há direito à propriedade privada ou não há um enfoque especial na preservação da família, tal direito é inexistente⁶¹.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 1829 e 1790, em observância ao princípio da afetividade, elevou o cônjuge e o companheiro, respectivamente, a sucessores, concorrendo com os ascendentes e

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito das Sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 2

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito das sucessões/Maria Helena Diniz. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3

⁶⁰ Artigo 1786, CC: A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.

descendentes do *de cuius* no que se refere à quota-parte a ser herdada, desde que sejam observados alguns requisitos⁶².

Ora, com esse dispositivo, pode-se afirmar que o direito sucessório também busca a proteção e a continuação da família. Sabe-se que a noção de propriedade individual foi um fator capaz de agregar o núcleo familiar. Através da constituição desse núcleo familiar, hoje reunido em função do afeto entre seus membros, nasce a propriedade privada. Logo, com esses dois elementos – a família e a propriedade –, surge esse ramo do direito civil (o sucessório) como fator apto a resguardar a continuidade do corpo familiar⁶³.

A sucessão, quanto à fonte de que deriva, pode ser classificada em sucessão testamentária e sucessão legítima.

A primeira é oriunda de testamento válido ou de disposição de última vontade. Nesse caso, na presença de herdeiros necessários (cônjuge supérstite, descendentes e ascendentes, nos moldes traçados pelos artigos 1845 e 1846 do Código Civil), a liberdade de testar torna-se limitada, visto que o testador poderá dispor apenas de metade de seus bens, conforme preconiza o artigo 1789 do mesmo diploma legal. A outra metade constitui a legítima e destina-se aos herdeiros necessários⁶⁴.

A metade disponível dos bens do testador pode ser designada a quem lhe aprouver, ou seja, podem ser beneficiadas pessoas estranhas à vocação hereditária, bem como os herdeiros. Podem ser contemplados (i) pessoas que ainda não nasceram e não foram concebidas, (ii) pessoas jurídicas, e (iii) entidade que será transformada em fundação por meio do testamento⁶⁵.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009. – (Coleção direito civil; v. 7). p. 5

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito das sucessões/Maria Helena Diniz. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p.13.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 109.

O testador só terá plena liberdade em testar, ou seja, a ele só será possível dispor da totalidade de seus bens por meio de testamento, caso não tenha herdeiros necessários⁶⁶.

A sucessão legítima, por sua vez, também chamada de *ab intestato*, é aquela que se dá em virtude da lei. Dispõe o artigo 1788 do Código Civil que “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos”. Ou seja, em não havendo testamento, os bens do falecido são transmitidos aos herdeiros legítimos – aqueles indicados na lei, conforme ordem estabelecida (ordem de vocação hereditária)⁶⁷.

Alguns autores afirmam que essa modalidade apresenta-se como um testamento tácito ou presumido, em razão da presunção de que o falecido, ao não dispor, de forma expressa, de seus bens, conforma-se com o fato de que seu patrimônio pertencerá às pessoas elencadas pela legislação⁶⁸.

Já no que se refere a seus efeitos, a sucessão pode ser classificada em universal e singular.

Será universal quando houver transferência, para o herdeiro do falecido, da totalidade dos bens da herança, ou de parte indeterminada desta, tanto no que se refere ao ativo quanto ao que se refere ao passivo⁶⁹. Ou seja, o herdeiro recebe a herança em sua totalidade, ou uma fração dela, uma alíquota. Pode se dar tanto na sucessão legítima quanto na sucessão testamentária⁷⁰.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p. 14.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42.

⁶⁸ DINIZ, op. cit. p.14.

⁶⁹ Ibidem. p.17.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44

Cabe frisar que a sucessão legítima sempre ocorrerá de forma universal. Logo, a totalidade dos bens do falecido transmite-se aos herdeiros, ainda que essa totalidade seja dividida em razão da partilha⁷¹.

Por fim, a sucessão a título singular ocorre quando o testador, por ato de sua vontade, deixa para um terceiro coisa certa, que denomina-se, para fins sucessórios, de legado. Tem-se então que o legatário sucede de forma a receber apenas a coisa certa deixada, que foi individualizada pelo falecido⁷².

2.2) ABERTURA DA SUCESSÃO

O momento determinante da sucessão é a morte do titular de um patrimônio. Ou seja, é o fato jurídico morte que constitui o marco inicial para que a herança seja transmitida aos herdeiros, tanto legítimos quanto testamentários⁷³, em conformidade com o disposto no artigo 1784 do Código Civil⁷⁴.

Com a morte, que determina a abertura do processo sucessório, é transmitida aos herdeiros a herança do *de cujus*⁷⁵, ou seja, ocorre uma mutação subjetiva do patrimônio deste⁷⁶, visto que os bens do falecido não mais a ele pertencem, pois serão transmitidos a seus herdeiros. Nestes termos, herança pode ser definida como um somatório, onde estão incluídos bens, dívidas, créditos, débitos, direitos, obrigações, pretensões e ações

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 105

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45.

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito das Sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 11.

⁷⁴ Artigo 1784, CC. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 97.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito das sucessões/Maria Helena Diniz. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p.36.

titularizados pelo falecido quando em vida – a herança compreende, pois, o ativo e o passivo⁷⁷.

Por outro lado, não são parte integrante da herança (i) os direitos patrimoniais familiares; (ii) os direitos e deveres familiares; e (iii) os direitos personalíssimos. Entretanto, tais direitos podem ser defendidos pelos sucessores⁷⁸.

Maria Helena Diniz⁷⁹ esclarece que “o herdeiro não é o representante do *de cuius*, pois sucede nos bens e não na pessoa do autor da herança; assume, pois, apenas a titularidade das relações jurídicas patrimoniais do falecido”.

Cumprido ressaltar que, em razão da importância do evento morte para o processo sucessório, torna-se indispensável a prova de sua ocorrência, mediante a apresentação de atestado de óbito⁸⁰.

Com o objetivo de impedir a interrupção da cadeia dominial do patrimônio do titular da herança, a fim de que não fique, em momento algum, sem titular, o patrimônio do falecido é transferido, *in continenti*, aos herdeiros. Tal fenômeno denomina-se *saisine*. Como ainda não houve individualização dos quinhões hereditários, a herança se transfere em forma de condomínio⁸¹.

Ensina Roberto Senise Lisboa que “o Código preceitua que os bens que integram o acervo hereditário constituem uma *universalidade de direito*, que somente se dissolverá com a efetiva partilha, ao cabo do processo de inventário ou arrolamento, conforme for o caso”⁸².

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

⁷⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, v. 5: direito de família e sucessões/Roberto Senise Lisboa. – 6. ed. – São Paul: Saraiva, 2010. p. 316.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena op. cit. p. 39.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 97 e 101.

⁸² LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, v. 5: direito de família e sucessões/Roberto Senise Lisboa. – 6. ed. – São Paul: Saraiva, 2010. p. 315.

Ensina Sílvio de Salvo Venosa que “na herança, o sistema da *saisine* é o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança”⁸³.

Ora, viu-se que, com a *saisine*, o herdeiro passa a ser titular, de pronto, da herança deixada. Entretanto, o herdeiro não é obrigado a titularizar esse patrimônio. Logo, cabe a ele se manifestar, no sentido de aceitar ou renunciar o que a ele lhe cabe⁸⁴.

Aceitando-a, o herdeiro apenas confirma a atribuição de bens que já aconteceu, visto que os direitos hereditários nascem, como já dito, com a morte do autor da herança⁸⁵. Nesse sentido é o artigo 1804⁸⁶ do Código Civil, que esclarece que a aceitação tem o condão de tornar definitiva a transmissão da herança – que já ocorreu, provisoriamente, em razão do fenômeno da *saisine*.

Pois bem. Diante desse quadro, é importante, ainda, esclarecer que, conforme o artigo 1785 do Código Civil⁸⁷, a abertura da sucessão dar-se-á no último domicílio do falecido. Pressupõe-se que é neste local que estão concentrados todos os interesses do *de cuius* (sua família e seu patrimônio)⁸⁸. Trata-se, portanto, de competência absoluta, visto que este juízo encontra-se mais apto a conhecer, encaminhar e resolver os assuntos relativos à sucessão⁸⁹.

⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito das Sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 11.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 188.

⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito das Sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 16.

⁸⁶ Artigo 1804, CC. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.

⁸⁷ Artigo 1785, CC. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

⁸⁸ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões/Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 27.

⁸⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, v. 6: direito das sucessões/Washington de Barros Monteiro. – 38 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

2.3) DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Sucessão legítima, ou sucessão *ab intestato*, é aquela que se dá em observância ao que está previsto na lei. Também pode ser denominada de sucessão legal, em razão de se processar, exclusivamente, sob o império da lei, sem que haja qualquer tipo de manifestação de vontade⁹⁰.

É importante ressaltar que esse tipo de sucessão é subsidiária da sucessão por testamento. É que a existência de herdeiros testamentários não exclui o direito daqueles considerados herdeiros legítimos⁹¹. Nesse sentido é o artigo 1788 do *Codex Civilis*, que assim dispõe:

Artigo 1788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Em razão do que determina o artigo 1787 do Código Civil⁹², as pessoas legítimas a suceder são apuradas no momento da morte do autor da herança, pois é com sua morte que, em razão da saisine, seu patrimônio é transmitido automaticamente aos herdeiros.

Caio Mário da Silva Pereira⁹³ entende que essa modalidade sucessória possui quatro ordens e influências: a) histórica, porque ocorre desde os tempos mais remotos da Antiguidade; b) familiar, visto que seu objetivo é manter os bens dentro da família, tornando-se um fator, portanto, de coesão e unidade do núcleo familiar; c) individual, em razão de que a ordem de vocação hereditária segue um critério presumido de afeição, já que os herdeiros são chamados observando-se uma ordem de afeição gradativa; e d) social, porque, em não havendo herdeiro, a herança vai para o Estado.

⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. – 18. ed. – Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. p.67.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões*/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156.

⁹² Art. 1787, CC. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. – 18. ed. – Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. p.70.

2.3.1) DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

O legislador, ao estabelecer a ordem pela qual são chamados os herdeiros do falecido a suceder, e tentando adivinhar os graus de afetividade, partiu do pressuposto que aqueles parentes mais chegados são aqueles com quem se tem maior grau de afetividade. Há uma verdadeira presunção de afeto⁹⁴, bem como uma verdadeira presunção da vontade do falecido⁹⁵. Não é por outra razão que o direito à herança é estendido até o grau de parentesco em que é possível a presunção de um nexo de solidariedade entre sucessor e sucedido⁹⁶.

Parte-se da idéia de que, caso o *de cujus* tivesse por objetivo dar seus bens a um determinado alguém, teria feito por meio do testamento; como não o fez, contentou-se com o fato de que seus bens vão se incorporar ao patrimônio das pessoas arroladas pelo ordenamento. Por isso, a presunção de afeto é válida⁹⁷.

A ordem de vocação hereditária obedece ao que está estabelecido no artigo 1829 do Código Civil, que diz, *ipsis literis*:

Artigo 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I: aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II: aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III: ao cônjuge sobrevivente;
IV: aos colaterais.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 127.

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

⁹⁶ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões/Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 136.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito das sucessões/Maria Helena Diniz. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

Cada inciso do artigo supracitado corresponde a uma classe de herdeiro⁹⁸. O ordenamento estabelece que a mais próxima exclui a mais remota: havendo descendentes, não serão chamados os ascendentes; e assim por diante⁹⁹. Vale dizer, primeiramente, são chamados a suceder os sucessores da primeira classe; não existindo, são chamados os da segunda classe¹⁰⁰. Em razão disso, diz-se que a ordem é preferencial¹⁰¹.

Como se vê, a preferência é por aquelas pessoas que possuem parentesco em linha reta com o falecido: os descendentes e os ascendentes. A preferência dada a essas pessoas é mitigada pelo direito de concorrência assegurado ao cônjuge e ao companheiro. Ambos concorrem conjuntamente com os parentes em linha reta do *de cujus*¹⁰².

Os dispositivos legais que se referem à ordem de vocação para a sucessão são de ordem pública, e isso se dá porque foram elaborados em razão do bem público, para proteger direito individual¹⁰³. Ademais, a matéria relativa ao direito sucessório está diretamente ligada à proteção do núcleo familiar, que se constitui como valor fundamental para a sociedade¹⁰⁴.

Cumpra esclarecer, finalmente, que a vocação hereditária é restrita exclusivamente ao rol apresentado pelo ordenamento civil. O benefício não é estendido a terceiros, tais como afins, concubinos, etc¹⁰⁵.

⁹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, v. 6: direito das sucessões/Washington de Barros Monteiro. – 38 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 100.

⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito das Sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 112

¹⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Civil, Famílias, Sucessões, Volume 5/Fábio Ulhoa Coelho – 4 ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 271.

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 128.

¹⁰³ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, v. 6: direito das sucessões/Washington de Barros Monteiro. – 38 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

¹⁰⁴ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões/Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 137.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito das sucessões/Maria Helena Diniz. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108.

2.3.2) DA SUCESSÃO DOS DESCENDENTES

Conforme disposto no artigo 1788 do Código Civil, transcrito *retro*, a primeira classe de pessoas chamadas no processo sucessório compreende os descendentes do falecido: filhos, netos, bisnetos, e assim sucessivamente¹⁰⁶. Não há qualquer tipo de privilégio dentro dessa classe. Cumpre dizer, todos são chamados em pé de igualdade, inexistindo privilégios quanto ao sexo ou quanto à primogenitura¹⁰⁷.

Ora, são os descendentes a geração mais nova à época da morte do falecido¹⁰⁸. Ademais, a preferência à prole dá-se em razão da ordem natural das coisas. Empiricamente, chega-se à conclusão de que o ser humano se une a seus descendentes por laços muito fortes de afetividade. Pode-se afirmar, inclusive, que o bem-estar dos genitores passa, antes de qualquer outra coisa, pelo bem-estar de seus filhos. Quanto aos netos, é comum a expressão de que são *filhos duas vezes*. Portanto, diante deste retrato, a posição dos descendentes não poderia ser outra dentro da vocação hereditária¹⁰⁹.

Importante esclarecer, todavia, que a condição de descendente, por si só, não garante o direito à herança. Os descendentes que fazem parte do grau mais próximo têm preferência quanto aqueles componentes de graus mais distantes. Ou seja, os filhos tem preferência quanto aos netos¹¹⁰.

Os filhos do *de cuius* possuem igual força de direito hereditário¹¹¹ em razão de se encontrarem à mesma distância de seu genitor, o

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 128.

¹⁰⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, v. 6: direito das sucessões/Washington de Barros Monteiro. – 38 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

¹⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito das Sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 116

¹⁰⁹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões/Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 153.

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 128.

¹¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, v. 6: direito das sucessões/Washington de Barros Monteiro. – 38 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

que faz com que tenham direito de receber quota-parte equivalente, ou seja, a sucessão dá-se por cabeça (ou por direito próprio)¹¹².

Em termos mais claros: se os descendentes do autor da herança estão todos em grau semelhante, cada um receberá a mesma quota, calculada pela divisão do monte sucessório em partes iguais¹¹³.

Ocorre que, se um dos filhos do falecido já faleceu (ou seja, se é pré-morto) e deixou netos do *de cuius*, a sucessão se dá de forma diferente. Acontece que, nesse caso, há diversidade nos graus. Aqui, a sucessão não é mais por cabeça. Dar-se-á, outrossim, por estirpe¹¹⁴. Significa dizer que o monte sucessório será dividido pelo número de linhagens do autor da herança¹¹⁵.

Isso se dá porque, especialmente no que se refere à linhagem de descendentes, pode ocorrer o chamado Direito de Representação¹¹⁶, previsto no artigo 1851 da legislação civil¹¹⁷.

O Direito de Representação torna possível aos filhos representarem sua genitora ou seu genitor pré-morto na herança de seu avô ou avó, concorrendo, ao mesmo tempo, com os filhos do *de cuius*¹¹⁸.

Os representantes, na sucessão, irão herdar aquilo que caberia a seu pai, falecido no momento da abertura do processo sucessório¹¹⁹.

Maria Berenice Dias elenca os requisitos para que seja possível tal direito, quais sejam¹²⁰:

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito das sucessões/Maria Helena Diniz. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p. 163.

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 111.

¹¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito das Sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 121.

¹¹⁷ Art. 1851, CC. Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder, em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.

¹¹⁸ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões/Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 154.

¹¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito das Sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 121.

Mas para isso é necessária (a) a existência de mais de um herdeiro do mesmo grau. Também é preciso que um deles: (b) tenha morrido antes da abertura da sucessão; (c) seja excluído como indigno ou (d) por ter sido deserddado. Também é indispensável que (e) o herdeiro pré-morto ou excluído tenha descendentes. Somente implementadas todas essas circunstâncias é que se pode falar em direito de representação.

O artigo 1788 preconiza, ainda, que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes na sucessão. Isso quer dizer que ele recebe parte da herança juntamente com essa classe de herdeiros. Ao concorrer com os descendentes, o direito do cônjuge está condicionado ao regime de bens do casamento¹²¹.

O cônjuge, nessa situação, tem direito a herdar quinhão idêntico ao dos herdeiros. Todavia, se também for ascendente dos que compõem essa classe, não pode receber menos do que a quarta parte da herança. Importante frisar, neste ponto, que tal direito previsto ao cônjuge somente será observado caso seja ascendente de todos os herdeiros, não devendo prevalecer no caso de existir herdeiro que não seja, também, filho do cônjuge¹²².

Ocorre que existem três hipóteses, previstas legalmente, nas quais não se reconhece o direito de vocação do cônjuge. Nesses casos, a herança será atribuída, totalmente, aos descendentes. São esses¹²³:

- (a) se o regime de bens do casal era o da comunhão *universal* (novo Código Civil, arts. 1667 a 1671);
- (b) se o regime de bens era o da *separação obrigatória* (novo Código Civil, art. 1641);
- (c) por fim, se o regime de bens era o da *comunhão parcial*, sem que o falecido tenha deixado bens *particulares*.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 129.

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 132.

¹²² NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões/Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 142.

¹²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. – 18. ed. – Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. p. 132.

A *contrario sensu*, e à título de esclarecimento, concorrerá o cônjuge com os descendentes nos seguintes casos¹²⁴:

- (a) se o regime de bens do casal era o da separação *convencional*, isto é, aquele livremente adotado pelos cônjuges mediante pacto antenupcial *válido* (novo Código Civil, art. 1687);
- (b) se o regime de bens do casal era o da comunhão *parcial*, e o de *cujus* tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação, obviamente, apenas sobre o patrimônio *comum*);
- (c) se o regime de bens era o da participação final nos aquestos (novo Código Civil, art. 1672). Também aqui haverá herança e meação (art. 1685).

Pois bem. A Constituição preconiza, em seu artigo 227, §6º, que todos os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, e, ao mesmo tempo, proíbe sejam feitas quaisquer designações discriminatórias.

A partir disso, indaga-se se o Código Civil, ao estipular o direito dos descendentes em receber a herança, incluiu, também, o chamado Filho de Criação, ou seja, aquele filho do falecido que não possui qualquer documento que o qualifique como tal, entretanto, era tratado como filho quando em vida o falecido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), em seu artigo 41, §2º¹²⁵, afirma que é recíproco o direito sucessório entre o adotado e o adotante, desde que se leve em conta a ordem de vocação hereditária¹²⁶.

Entretanto, não há disposição que trate, especificamente, do Filho de Criação. Indaga-se se o princípio da afetividade, e a comprovação rígida de que existe, de fato, filiação socioafetiva, são suficientes para garantir a esse filho a equiparação ao filho biológico. Os tribunais de justiça estaduais ainda não são unânimes quanto ao assunto.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit. p. 132.

¹²⁵ Art. 41, § 2º, Lei 8069/90: é recíproco o direito sucessório entre adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

¹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito das Sucessões/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 119.

3) O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO DE CRIAÇÃO: ANÁLISE DE CASOS

Conforme o disposto no artigo 1829, inciso I, do Código Civil, são os descendentes os primeiros a figurarem na ordem de vocação hereditária. Dentro deste grupo, os filhos são o grau mais próximo do *de cujus*, razão pela qual têm preferência quanto aos demais (netos, bisnetos e assim por diante). Também são os filhos herdeiros necessários, razão pela qual têm direito à legítima, que corresponde a metade dos bens que compõem o monte sucessório¹²⁷.

Para que faça jus a todos esses direitos sucessórios, deve o filho existir, ou ao menos ser concebido, antes da abertura da sucessão. Nesta senda, ao filho não reconhecido, por não desfrutar, juridicamente, da condição de filho, não é transmitida a herança, razão pela qual é necessário o ajuizamento de uma ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, ainda que após o falecimento do pai. Revelada, por meio dessa ação, a filiação, adquire o autor a condição de filho, bem como a condição de herdeiro¹²⁸.

Ante o exposto, resta saber se o filho de criação tem direito a figurar no processo sucessório em posição equivalente aos filhos efetivamente registrados como tais do *de cujus*.

Sabe-se que a filiação socioafetiva não é reconhecida, expressamente, pela legislação vigente. Todavia, a jurisprudência dos tribunais brasileiros vem, reiteradamente, privilegiando os vínculos estabelecidos em laços de afeto, de forma a reconhecer a paternidade socioafetiva, muitas vezes em detrimento à paternidade biológica¹²⁹.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões/Maria Berenice Dias. 3. Ed3 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 49.

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 50.

¹²⁹ MADALENO, Rolf, 1954 – Curso de Direito de Família/Rolf Madaleno. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Foi assim no julgamento do Recurso Especial 259214¹³⁰. O relator, Ministro Luis Felipe Salomão, ao declarar seu voto, afirmou que:

Exames laboratoriais antes tão esperados para a constatação da origem genética em ação de investigação de paternidade, que tramitaram por décadas ao brigo de provas precárias, hoje não são em si suficientes à negação de laços estabelecidos nos recônditos espaços familiares.

É que a fria análise laboratorial das cadeias de ácidos desoxirribonucléicos (DNA) não se mostra capaz de traduzir, negar ou tampouco comprovar vínculos tecidos em outras bases, como no *afeto* (grifos no original).

Resumidamente, o autor ajuizou ação de anulação de registro civil em face de sua ex-mulher e das filhas desta com outro varão. Alegou o autor que, ao se casar, foi induzido a registrar como suas as filhas de sua ex-cônjuge, quando, na verdade, não eram suas filhas.

Ao julgar o recurso, o Relator afirmou que, quando se pretende impugnar a paternidade, deve-se provar a inexistência de tal vínculo tanto no sentido biológico (através de exames genéticos) quanto no sentido socioafetivo; ou, ainda, a existência de erro em razão de dolo ou coação quando do registro de filhos não biológicos na certidão de nascimento. Ao constatar a comprovação da paternidade socioafetiva durante a fase de dilação probatória, anterior à prolação da sentença, foi negado provimento ao recurso, por ser a *verdade social* bastante à manutenção do registro de nascimento.

Vê-se, portanto, que, em razão da comprovação do vínculo socioafetivo entre o autor e as filhas de sua mulher, as descendentes tiveram

¹³⁰ DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, **o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas edificadas na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.** 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantis vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido. (STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/02/2012, T4 - QUARTA TURMA – grifei)

direito ao estado de filiação, estado este que não pode ser desconstituído posteriormente, ainda que por vontade do pai afetivo.

No mesmo sentido foi o julgamento do Recurso Especial 1244957/SC¹³¹. Nesta oportunidade, o recorrido, que ajuizou ação de negatória de paternidade, aduziu que a filha registrada como sua não era sua filha biológica, de forma que o autor colocou seu nome no registro de nascimento da ré em razão de ameaças. O exame de DNA comprovou a alegação de inexistência de vínculo biológico, ensejando, desta forma, a determinação da retificação do registro civil tanto no primeiro quanto no segundo grau. A ré, alegando não haver comprovação de vício de consentimento no reconhecimento de paternidade, ajuizou o recurso em análise.

A Relatora, Ministra Nancy Andrighi, atestou que o próprio autor relatou possuir dúvidas, à época do registro da ré, quanto ao vínculo de paternidade, e, mesmo assim, procedeu ao registro, razão pela qual consolidou a existência de um vínculo fático e voluntário com a ré. Afirmou a Relatora:

Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva – relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.

¹³¹ PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha.
2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse.
3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico.

4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1244957/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 27/09/2012)

C.X.B. se apropriou da condição de filha de R.A.B., situação consolidada pelo próprio, e é esse *status* que em nome da primazia dos interesses do menor não lhe pode ser agora negado, apenas para dar guarida ao reconhecimento da inexistência de vínculo genético com aquele que, ao tempo da declaração de paternidade, sabia, ou deveria saber, não ser o pai biológico da menor.

A prevalência da filiação socioafetiva em detrimento da verdade biológica, *in casu*, tão somente dá vigência à cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.

A paternidade socioafetiva, incorporada à personalidade da recorrida, não pode ficar à deriva, em face das incertezas, instabilidades ou interesses do declarante, mesmo que vindicados sob o manto da ausência de vínculo biológico, pois este foi relegado a segundo plano, quando do nascimento da menor, não podendo agora, passados quase onze anos, ser usado para desconstituir a paternidade voluntariamente admitida pelo recorrido.

Nestes termos, foi dado provimento ao recurso, de forma que o pedido de declaração de alteração de registro civil feito pelo autor foi julgado improcedente, preservando-se, por conseguinte, a paternidade auto atribuída pelo recorrido, de modo a se resguardar, assim, o direito da descendente em “ser filha”, que não pode ser desconstituído por mero ato de vontade daquele que a registrou, voluntariamente, como tal.

Entretanto, em que pese o amplo reconhecimento da existência de paternidade socioafetiva pelos tribunais do país, inclusive, muitas vezes, de sua sobreposição à paternidade biológica em ações negatórias de paternidade ou anulatórias de registro civil, quando se trata de ações que envolvem direitos sucessórios a jurisprudência dominante é em outro sentido, especialmente no caso específico dos filhos de criação, visto não possuírem qualquer registro oficial que declare seus verdadeiros laços de parentesco.

Na apelação cível 70053554598¹³², afirmou-se que, em não havendo manifestação inequívoca de vontade dos adotantes, não há que se falar em paternidade ou maternidade socioafetiva.

Trata-se de ação de desconstituição de paternidade e maternidade registral cumulada com declaração de existência de paternidade e maternidade socioafetivas. O juízo de primeira instância extinguiu a ação sem resolução de mérito.

Alega a autora que está registrada como filha de determinado casal, mas que sempre conviveu com outro, que a criou, educou e a amou tal qual filha. A parte ré da ação em análise é o espólio de um dos integrantes do casal.

O relator, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, esclareceu que:

Com efeito, consta na petição inicial que a paternidade e maternidade biológica correspondem à verdade registral, motivo pelo qual é forçoso convir que o registro civil é válido e inexistente qualquer razão jurídica ponderável para que seja determinada a sua desconstituição.

De outra banda, é preciso ter em mira que não existe paternidade ou maternidade socioafetiva quando não se verifica a inequívoca manifestação de vontade dos pais adotantes, pois a relação de filiação socioafetiva, que é tutelada pelo direito, corresponde a uma adoção de fato, exigindo para o seu reconhecimento a posse do estado de filho, isto é, devem estar presentes os elementos

¹³² PEDIDOS DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE REGISTRAL CUMULADA COM DECLARAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DOS FALECIDOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. Se a paternidade e maternidade biológicas correspondem à registral, o registro civil é válido e inexistente razão jurídica ponderável para a sua desconstituição.

2. Não há paternidade ou maternidade socioafetiva quando não existe a inequívoca manifestação de vontade dos adotantes, pois a relação de filiação socioafetiva tutelada pelo direito, corresponde a uma adoção de fato, exigindo para o seu reconhecimento a posse do estado de filho, isto é, devem estar presentes os elementos integrativos, que são no nomen, tractatus e fama o que incoorre no caso em exame.

3. Revela-se juridicamente impossível o pedido tanto que os falecidos jamais promoveram a adoção e não deixaram patente a vontade ter a autora como filha em momento algum, nem em testamento, nem em algum escrito, nem tomou quaisquer medidas tendentes ao estabelecimento do vínculo de filiação, ficando claro que o vínculo existente era de mera guarda. Recurso desprovido.

(Apelação Cível Nº 70053554598, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 24/04/2013)

integrativos, que são no *nomen, tractatus e fama* o que incorre no caso em exame, onde a autora alega ter sido criada e tratada como filha dos falecidos, no seio da família deles, mas filha deles não era, pois tinha pais, que inclusive a registraram e jamais foram destituídos do poder familiar.

Trata-se, como se vê, do famoso caso do “filho de criação”. É que, apesar de constar, em seu registro de nascimento, o nome de duas pessoas consideradas seus pais, em verdade alega ter sido criada por outro casal, que lhe tratava como se filha fosse.

O relator deixa claro que a possibilidade de estabelecimento de adoção póstuma existe, mas, para que isso ocorresse, seria necessário uma inequívoca manifestação de vontade por parte dos adotantes, antes da prolação da sentença. Usa, para embasar seu argumento, o que dispõe o artigo 42, § 5º, da Lei 8069/1990¹³³. Alega que, nos casos de adoção póstuma, exige-se que o processo de adoção deva ter iniciado, de modo que o óbito ocorra no curso do feito.

Nesse sentido, esclarece:

É preciso frisar, portanto, que a adoção não pode, em hipótese alguma, ser feita sem a expressa, clara e incontroversa manifestação de vontade do adotante. E, por essa razão, inexistente no ordenamento jurídico pátrio, a hipótese de haver adoção socioafetiva, como se o exercício prolongado de uma guarda pudesse, pelo decurso do tempo, ensejar o reconhecimento jurídico de uma adoção.

[...]

Como tenho sustentado sempre, a pretensão da autora efetivamente não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, como bem apontou a douda sentença recorrida. Ou seja, jamais nenhum dos ‘pais adotivos’ adotou qualquer providência tendente a estabelecer o liame jurídico da filiação, sendo irrelevante o fato de que possa ter feito, em algum momento, alguma consulta a respeito do assunto.

Talvez até pudessem pretender algum dia promover a adoção, mas não o fizeram e nada demonstra que efetivamente quissem adotá-la. Assim, não se pode,

¹³³ Art. 42, § 5º, Lei 8069/1990. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

agora, deferir a adoção póstuma, pois tal pleito efetivamente não tem nenhum suporte jurídico!

Como disse antes, a adoção é ato volitivo dos adotantes (embora não prescindida do consentimento da adotada quando relativamente incapaz ou maior) e, necessariamente, é ato do qual participa o Estado.

De outra banda, destaco que inexistente o instituto da “adoção socioafetiva” e, menos ainda, da “adoção socioafetiva póstuma”. E, em hipótese alguma se pode cogitar de adoção quando não existe expressa manifestação de vontade do adotante.

Desta forma, foi negado provimento ao apelo, em razão da inexistência de manifestação expressa por parte dos réus, quando em vida, no sentido de adotar a autora, ora apelante.

No mesmo sentido foi o voto proferido quando do julgamento da apelação cível 70054860234¹³⁴, em que buscava a apelante desconstituir sentença proferida em ação de reconhecimento de sociedade afetiva.

Ao entrar com a ação originária, alegou a autora que, desde os dois meses de idade, vivera com os réus, já falecidos. Asseverou, ademais, não ter tido contato algum com seus pais biológicos, e que era tratada como verdadeira filha pelos réus da ação. Buscava, como pedido indireto, a suspensão dos efeitos da partilha transacionada entre os herdeiros, visto que não fez parte do procedimento.

¹³⁴ APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO PÓSTUMO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. FILHA DE CRIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO JURÍDICO SIMILAR AO DA ADOÇÃO PÓSTUMA. Em que pese a apelante ter pedido o reconhecimento de vínculo de parentesco em decorrência de relação socioafetiva, trata-se de pedido, substancialmente de mesma natureza, do que um pedido de adoção póstuma. **Dito isso, não há litígio quanto ao tratamento dos falecidos à apelante ter sido praticamente similar ao tratamento dispensado a uma filha. Contudo, esse tratamento, em que pese praticamente igual ao tratamento para com um filho, em face das peculiaridades do caso, não indica que os falecidos pretendiam "adotar" ou reconhecer a autora como filha - oficialmente - para fins de direito.** O detalhe esclarecedor deste processo é que os falecidos efetivaram o reconhecimento formal de outro filho de criação, demonstrando que tinham plena consciência de que poderiam igualmente fazê-lo em relação à apelante, mas não o fizeram. Circunstância que indica ter sido a apelante criada como "filha de criação", cuja condição não gera efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção "de fato" póstuma. Precedentes. Caso em que deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70054860234, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/07/2013)

Asseverou o relator, ao proferir seu voto, que o pedido aventado na ação inicial não é juridicamente impossível, ainda que possua motivação patrimonial.

Entendeu não haver litígio quanto ao tratamento dispensado pelos falecidos à apelante. Entretanto, apesar de dispensarem a ela tratamento praticamente igual ao de uma filha, tal comportamento não quer dizer que pretendiam eles adotá-la, ou reconhecê-la como filha, para fins de direito.

O relator fundamentou seu voto da seguinte forma:

O detalhe – no meu sentir – esclarecedor deste processo é que os falecidos Pedro e Brasilina efetivaram o reconhecimento formal de outro filho de criação (Pedro Sérgio Sales Soares), demonstrando que tinham plena consciência de que poderiam igualmente fazê-lo com relação à apelante MARIA, mas não o fizeram (certidão de fl. 52, não impugnada pela apelante).

Enfim, analisados os autos tenho que MARIA foi criada por PEDRO e BRASILINA como “filha de criação”, cuja relação não gera efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato.

O filho de criação, portanto, não tem direito a ser reconhecido formalmente como tal, muito menos direito a participar do processo sucessório, unicamente por não terem os pais de criação declarado, inequivocamente, que queriam adotar a criança.

Não foi diferente o entendimento esposado quando do julgamento da apelação 70041323528¹³⁵, na qual o apelante busca

¹³⁵ AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO PARENTAL. CARÁTER PATRIMONIAL. PROVA. 1. A ação de investigação de paternidade visa o estabelecimento forçado da relação jurídica de filiação. **2. Se o de cujus pretendesse reconhecer o recorrente como filho, certamente teria promovido o seu registro como filho (adoção à brasileira) ou, então, formalizado a sua adoção, ou, ainda, lavrado algum instrumento público neste sentido, mas nada foi feito, não tendo sido o autor sequer contemplado com alguma deixa testamentária, pois testamento ele fez favorecendo seus parentes colaterais. 3. Inexistente a relação jurídica de filiação, inexistente título jurídico capaz de albergar qualquer direito sucessório, pois não existe nem mesmo testamento.** Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70041323528, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 19/10/2011)

desconstituir sentença proferida em ação declaratória de reconhecimento de paternidade socioafetiva movida contra o espólio do possível pai afetivo.

Nesta oportunidade, afirmou o relator que restou comprovado, nos autos, que havia, de fato, um relacionamento afetivo sólido entre o recorrente e o *de cujus*. Ocorre que esse vínculo não tem o condão de atribuir qualificação de filho ao recorrente.

Asseverou o relator que, caso o apelado quisesse, em verdade, ver reconhecido o apelante como filho seu, teria tomado alguma medida para tal: seja através da chamada “adoção à brasileira”, seja pela adoção propriamente dita, ou, ao menos, teria, ao escrever seu testamento, contemplado o apelante, visto que, nas disposições testamentárias, foram favorecidos os parentes colaterais.

Desta forma, argumentou não haver relação jurídica de filiação, de modo que não há um título jurídico capaz de sustentar qualquer direito sucessório, visto que sequer existe disposição testamentária prevendo qualquer direito ao recorrente.

Sustentou o relator:

Assim, é preciso notar que a relação de filiação estriba-se, em princípio, na existência do vínculo biológico ou de consanguinidade e que o registro público deve, tanto quanto possível, espelhar a verdade real, isto é, a verdade biológica.

Situações existem, no entanto, onde o liame consanguíneo não se verifica e, ainda assim, persiste a relação jurídica de paternidade.

É que a paternidade, mais do que um mero fato biológico, é um fato jurídico, dada a sua expressão social. É isso o que ocorre, por exemplo, quando um homem, com a anuência materna, firma o registro de paternidade, consciente da inexistência do vínculo biológico. Nesse caso, **ex vi legis**, ao pai registral não é dado arrepender-se e buscar a revogação do seu ato (art. 1º da Lei nº 85630/92).

Além disso, encontram-se precedentes jurisprudenciais convalidando registros que não revelam a verdade real (biológica), considerando-se a situação como se de adoção se tratasse, sendo chamado por alguns de “adoção à

brasileira”. Aliás, para a definição do vínculo de paternidade, vem sendo cada vez mais prestigiado o critério da verdade socioafetiva e até, não raro, em detrimento da própria verdade biológica. Mas somente existe relação de filiação socioafetiva, como critério de verdade em matéria de filiação, se houver o indispensável registro civil formalizado pelo ‘pai’, que não foi o genitor.

[...]

Assim, o efetivo exercício da posse de estado de filho resulta, primeiro da declaração de paternidade e, segundo, do exercício dessa paternidade, o que conduz à indelével confirmação desse estado de família, que, como estado de família, tende à estabilidade e à universalidade.

Conclui que a relação socioafetiva é estabelecida espontaneamente, através de afeto e manifestação expressa do genitor ou genitora em estabelecer, de fato e de direito, uma relação de filiação. Em não sendo esse o caso, a filiação não existe. Reforçou, por fim, que o amor não gera nenhum efeito jurídico, por ser apenas sentimento.

Não obstante esse entedimento esposado acima, o mesmo tribunal, em Ação Investigatória de Paternidade Socioafetiva, adotou posicionamento diferente. No caso em questão, a mãe ainda é viva, e o pai, falecido.

Em primeiro grau, relativamente à mãe, o juiz reconheceu a existência de maternidade socioafetiva. No que se refere ao pai, decretou a impossibilidade jurídica do pedido em razão de sua morte, razão pela qual julgou a ação extinta sem julgamento de mérito.

Os autores da ação, que buscavam o reconhecimento da posse de estado de filho e consequente filiação socioafetiva, eram registrados sob os nomes dos pais biológicos.

Em razão da parcial procedência da ação, os autores apelaram¹³⁶, oportunidade em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

¹³⁶ APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. POSSE DE ESTADO DE FILHO CONFIGURADA.

entendeu ser possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva póstuma, o que gera consequências patrimoniais no que se refere à possibilidade de os autores serem inseridos no rol de herdeiros necessários do *de cuius*. Extrai-se do voto:

Todavia, e conquanto reconheça ser necessário ter parcimônia no trato com o assunto, é inquestionável que traz reflexos no plano fático das mais variadas nuances, extravansando o âmbito familiar e adentrando inclusive no campo sucessório, estou convencido da viabilidade jurídica de buscar-se em juízo a perfilhação socioafetiva, porquanto tal providência permite atribuir um contorno jurídico à situação fática vivenciada pelos envolvidos, reconhecendo-se efeito daí decorrentes.

De se ver, pois, que o relator reconheceu que o tema é controvertido e polêmico, visto que o reconhecimento da filiação socioafetiva, além de consolidar uma situação de fato, também gera efeitos em outros planos, especialmente no plano patrimonial, já que o filho socioafetivo, por ser filho tal qual os biológicos, possui, também, direitos sucessórios.

Salientou o relator:

Como se sabe, a partir da Carta Federal de 1988, a família e, de modo especial, a filiação e a paternidade, sofreram evidente guinada e ampliação em relação àqueles conceitos que norteavam o CCB/1916, e a interpretação das regras legais atualmente vigentes deve ser generosa, no sentido de abarcar a consideração de liame de filiação originado de relação mantida exclusivamente no plano socioafetivo, dando-se efetividade à norma do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece que o direito ao reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível, imprescritível e exercitável

REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA RECONHECER A PATERNIDADE CONSUBSTANCIADA NA SOCIOAFETIVIDADE. 1) Acertada a decisão interlocutória do magistrado singular, que, sendo o destinatário da prova, amparado no que estabelecem os artigos 130 e 131 do CPC, entendeu desnecessário colher novos depoimentos a respeito de fato já esclarecido nos autos. 2) Inexistente violação ao princípio da identidade física do juiz, seja porque não se reveste de caráter absoluto, seja porque no caso o magistrado sentenciante sequer desceu ao exame da prova produzida, dado que julgou pela impossibilidade jurídica do pedido. 3) Possibilidade jurídica do pedido de declaração de paternidade socioafetiva. Fundamentação consubstanciada em doutrina e precedentes jurisprudenciais. **4) Os autores comprovaram a posse do estado de filho em relação ao falecido mediante prova documental vasta e também testemunhal que dão conta da presença de seus elementos caracterizadores, quais sejam, nome, trato e fama.** AGRAVO RETIDO DESPROVIDO E PRELIMINARES REJEITADAS, À UNANIMIDADE. APELO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70049187438, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 06/09/2012)

sem qualquer restrição, de maneira que a verdade genética, assim, ainda que na maior parte das vezes seja o elemento que prepondera, deve ser tida apenas e tão-somente como um dos dados apoiadores da filiação.

Em outras palavras, partindo sempre da premissa de que a vida é mais rica do que a norma (*e a união estável serve de exemplo*), não verifico óbice no sistema para o processamento do pedido, pelo revés. **Entendo existir um direito subjetivo de postular-se em juízo o reconhecimento do vínculo e, se cabalmente demonstrada a presença dos elementos formadores da paternidade socioafetiva (*nome, trato e fama*), deve-se declarar a existência, validade e eficácia de tal relação fática no plano jurídico.**

Reconheceu o relator, pois, que, com o advento da Carta Magna de 1988, a filiação tomou novas direções, em razão de estabelecer igualdade entre os filhos. Ora, antes disso, quando ainda estava em vigor o Código Civil de 1916, havia diferenciação entre os descendentes: possuíam mais direitos aqueles que eram filhos **biológicos** de seus genitores.

Com a Constituição Federal, e com o Novo Código Civil, tal diferenciação não mais persiste: os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, informadores de todo o sistema jurídico, estabelecem que não há que se fazer diferença entre filiações.

Esclarece o relator que o processo está permeado de provas que atestam a paternidade socioafetiva, de forma que não restam dúvidas de que o tratamento dispensado pelo pai e pela mãe aos seus filhos socioafetivos não foi diferente em relação ao restante da prole (filhos biológicos). Atestou, ainda, que, no núcleo familiar e em ambientes externos, como a escola e a sociedade, os pais adotaram tal postura para com os autores da ação, ora apelantes, com atitudes claras nesse sentido. Ressaltou que terceiros consideravam que os apelantes eram filhos do casal, até porque assim o eram apresentados no meio social. Concluiu afirmando que os documentos e depoimentos acostados aos autos evidenciam que os apelantes eram reconhecidos pelo sobrenome do pai.

Desta forma, o relator deixou claro que estavam presentes todos os requisitos caracterizados da posse de estado de filho, quais sejam, o trato, o nome e a fama.

A conclusão do voto deu-se nos seguintes termos:

Ocorre que, por outro lado, a ação declaratória de paternidade socioafetiva se presta justamente para os casos que se ressentem desta prova da “*inequívoca manifestação de vontade*” de adotar, pois não há como deixar de reconhecer que fatalmente as pessoas nem sempre são precavidas e a realidade é mais forte que as teses, daí revelando-se imperioso percorrer o caminho longo, difícil e tortuoso, do rito ordinário e da ampla instrução probatória que deverá ser profunda o suficiente para convencer o julgador da presença da posse de estado de filho.

E é isso, com a devida vênia pela compreensão em sentido diverso, que, no caso, extrai-se da prova harmônica colhida durante a instrução do processo, que consagra a indubitável existência de uma relação de paternidade socioafetiva de Sico referentemente a Daniel e Sílvia, que autoriza atribuir contornos jurídicos a esta relação, sob pena de, respeitosamente, cometer-se flagrante injustiça com os demandantes, que jamais tiveram contato com os pais biológicos, por haverem encontrado nos pais socioafetivos, que a vida lhes oportunizou, incondicional alento amoroso, fraterno e paternal.

Afirmando ser a realidade mais forte que as outras teses, o relator reconheceu a paternidade socioafetiva, em razão do vasto conjunto probatório trazido aos autos. Tal paternidade, assim como a biológica, surte efeitos jurídicos, dentre eles, sucessórios.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe à baila diversos princípios, entre eles o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade entre as filiações, o da liberdade, o da solidariedade e afetividade e o da proteção integral da criança e do adolescente. A relação entre ascendentes e descendentes não é mais tão estanque quanto no modelo clássico, visto que hoje prepondera, como frisado durante todo o trabalho, a afetividade, e não apenas vínculos de sangue.

O homem foi colocado no centro do sistema jurídico graças ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se vê do artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Nesta perspectiva, o filho passa a ser visto como sujeito de direito, donde se infere que a filiação socioafetiva, por garantir a formação e o bem estar do indivíduo, passa a ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

A interpretação sistemática do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente com a Constituição Federal permite o reconhecimento da filiação socioafetiva, ainda que não haja previsão legal específica quanto a esse instituto.

No que concerne ao filho de criação e seu direito à herança, deve-se reforçar a aplicação direta dos princípios constitucionais de família, buscando-se, por conseguinte, a eficácia social de determinadas normas e posicionamentos já existentes quanto à filiação socioafetiva. O filho de criação merece ser tutelado pela ordem jurídica vigente, sendo equiparado, nas mesmas condições, às outras classes de filiação (a biológica e a adotiva, por exemplo), eis que a Carta Magna não admite, expressamente, qualquer forma de discriminação relativa ao instituto da filiação.

Significa dizer que, ainda que o filho não tenha sido adotado nos moldes previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda que conste, em sua certidão, o nome de seus pais biológicos, e não o de seus pais afetivos, em sendo reconhecida a paternidade afetiva, através da presença do

trato, da fama e do nome, devem ser garantidas a esse filho – que não é diferente, de maneira alguma, dos demais – as mesmas garantias daquele filho que possui vínculo genético com seus ascendentes.

Deste modo, presente a afetividade entre o filho de criação e seus ascendentes, quando estes morrem, faz ele jus a receber quinhão da herança, visto que, por ser descendente, faz parte do primeiro grupo a ser chamado a suceder quando da abertura do procedimento sucessório.

A filiação socioafetiva é um fenômeno sociológico, e traduz uma realidade vivida entre ascendente e descendente, de modo que pode o sistema jurídico tutelá-la de forma efetiva.

Dispõe o artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”.

O vínculo entre ascendentes e descendentes firmado com base em laços de afeto é expressão direta do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, explicitamente previsto na Constituição em vigor. Desta forma, ainda que não haja previsão legal, merece ser protegido por toda a legislação vigente, de modo que o filho de criação, que é filho socioafetivo, deve ter seus direitos resguardados.

Ademais, é sabido que o legislador, ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, partiu do pressuposto que aqueles graus mais próximos do falecido consistem naquelas pessoas com os quais tem o *de cuius* uma relação mais próxima, mais afetiva.

Pode-se dizer, então, que o filho de criação, ao ser tratado, criado e *amado* como se filho biológico fosse, também deve ser considerado como descendente, tal qual ocorre com o filho adotivo, razão pela qual merece ver reconhecido seu direito à herança.

É que o objetivo de todo o procedimento sucessório é resguardar os bens do falecido dentro de seu núcleo familiar. Ora, se restar

devidamente comprovado que o falecido considerava o “filho de criação” como seu próprio filho, o filho socioafetivo constitui, por conseguinte, família do falecido.

Desta forma, não há outra conclusão senão a de que, por ser filho, por ser família, por ser descendente, merece o filho de criação figurar como herdeiro do *de cuius* no processo sucessório, sendo-lhe resguardados os mesmos direitos daqueles que são filhos de sangue.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERLE, Elisabeth Nass. *A Posse de Estado de Filho e a Busca pelo Equilíbrio das Verdades da Filiação*. Jus Navigandi. Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3520>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BARROS, Juliana Brito Mendes de. *Filiação Socioafetiva*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/334/329>> Acesso em: 8 abr. 2013.

BEZERRA, C.S; LIMA, M.A.S.B. *Considerações Sobre a Filiação Sócio-Afetiva no Direito Brasileiro*. Revista Jurídica Cesumar, v.5, n.1, p. 195-208, 2005.

Disponível em:

<<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewArticle/343>>. Acesso em 8 abr. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei n 10406, de 10 de Janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 08 set. 2013

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 259214*. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 16/02/2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1244957/SC*. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 07/08/2012, Dje 27/09/2012

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70041323528*, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7ª Câmara Cível, Julgado em 19/10/2011.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70049187438*, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, 8ª Câmara Cível, Julgado em 06/09/2012.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível 70053554598, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7ª Câmara Cível, Julgado em 24/04/2013.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível 70054860234, Rel. Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, Julgado em 04/07/2013.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Acórdão n.381473, 20090020136564HBC, Relator: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 01/10/2009, Publicado no DJE: 19/10/2009. Pág.: 194.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, Famílias, Sucessões, Volume 5/Fábio Ulhoa Coelho – 4 ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179.

COSTA; Juraci. *Paternidade Socioafetiva*. Revista Jurídica CCJ/FURB [online] v. 13, nº 26, 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889/1254>>. Acesso em: 10 abr. 2013

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 5: Direito de Família/Maria Helena Diniz. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 476

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 6: direito das sucessões/Maria Helena Diniz. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*/Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. *Curso de Direito Civil – Famílias*. 4. ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2012, p. 619.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional*/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 621.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*/Carlos Roberto Gonçalves – 8. Ed. rev. E. atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 319

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões*/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, v. 5: direito de família e sucessões*/Roberto Senise Lisboa. – 6. ed. – São Paul: Saraiva, 2010. p. 316.

LUZ, Valdemar P. da. *Manual de Direito de Família*/Valdemar P. da Luz - 1. ed. - Barueri, SP: Maole, 2009, p. 162.

MADALENO, Rolf, 1954 – *Curso de Direito de Família*/Rolf Madaleno. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. *Paternidade Alimentar*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 37, 2006, p.138.

MARTINS., Geisiane Oliveira; SALOMÃO, Rosa Maria Seba. *A família socioafetiva - As novas tendências do conceito de filiação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10202>. Acesso em 19 de mar. 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, v. 6: direito das sucessões*/Washington de Barros Monteiro. – 38 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

MUNIZ, Mariana Zomer de Albernaz. *A Paternidade Socioafetiva e seus Efeitos na Obrigação de Prestar Alimentos aos Filhos Afetivo*, 2011 Disponível em <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/38/42>>. Acesso em: 2 out. 2013.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões*/Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 27.

PATARO, Frederico Augusto Ventura. *O estado de posse de filho. Aspectos constitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2003, 25 dez. 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12102>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 359.

PINHEIRO, Raphael Fernando. *A ação de investigação de paternidade como meio judicial para o reconhecimento da filiação socioafetiva*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11614>. Acesso em 30 mar. 2013.

SANTOS, Douglas de Oliveira. *A Constituição Federal de 1988 e o surgimento da paternidade socioafetiva*. A evolução do conceito de paternidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3532, 3 mar. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23844>>. Acesso em: 2 out. 2013.

TOMASZEWSKI, A.A; LEITÃO, M.N. *Filiação Socioafetiva: A Posse de Estado de Filho como Critério Indicador da Relação Paterno-Filial e o Direito à Origem Genética*. Revista Jurídica da UniFil, ano III, nº3, p. 2. Disponível em

<http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-1.pdf>. Acesso em 13 mar. 2013.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito civil: direito de família*/Sílvio de Salvo Venosa. – 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010. – (Coleção direito civil; v.6), p. 223.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Direito das Sucessões*/Sílvio de Salvo Venosa. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009 – (Coleção direito civil; v. 7). p. 2