



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS -**  
**FAJS**

**CHEILA MARIA PEREIRA NASCIMENTO**

**A PROBLEMÁTICA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO  
DE CRIAÇÃO**

**BRASÍLIA**

**2015**

**CHEILA MARIA PEREIRA NASCIMENTO**

**A PROBLEMÁTICA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO  
DE CRIAÇÃO**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB, como  
requisito parcial para obtenção do título de  
bacharel em Direito.

Orientador: Msc Danilo Porfírio Vieira de  
Castro.

**BRASÍLIA**  
**2015**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha família e a todas as pessoas que participaram da minha educação como ser humano.

Agradeço aos meus mestres por toda dedicação e incentivo.

Agradeço ao meu marido, incentivador e companheiro de todas as horas. Agradeço a Laura e Miguel por serem a luz do meu caminho.

Agradeço a Deus por ter me permitido compartilhar este momento com todos eles.

“A educação não muda o mundo.

A educação muda pessoas.

Pessoas mudam o mundo”.

Paulo Freire

## RESUMO

A presente monografia tem por objeto o estudo dos novos contornos das conformações familiares e sua evolução jurídica e social antes e após o advento da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de analisar a situação jurídica do denominado “filho de criação”, em relação ao seu reconhecimento como filho socioafetivo e ao seu direito sucessório. Inaugurou-se uma nova fase no Direito de Família, em consonância com os novos preceitos Constitucionais da valorização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Essa nova realidade só se concretizou devido à mudança de paradigma familiar, que antes se concentrava no modelo de família tradicional matrimonializada e patrimonializada, e agora não mais se esgota nesses modelos, avançando para a valorização do afeto como principal elemento na constituição dos novos modelos de família. A família deixou de ser vista somente como instituição e passou a ser um instrumento de valorização da dignidade da pessoa humana. Mas, apesar de todo o avanço experimentado, ainda subsistem situações no direito de família que não foram previstas ou contempladas pelo ordenamento jurídico pátrio. O denominado “filho de criação” se encontra entre aqueles que, querendo ver sua condição jurídica de filho socioafetivo reconhecida, tem hoje como único recurso ingressar com o pleito junto ao Poder Judiciário para fazer valer seus direitos. Novos conflitos clamam por novas soluções e é nesse ponto que o Poder Judiciário vem atuando, auxiliado pela doutrina civilista e constitucional, para tentar preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio. Este trabalho tem por objetivo principal discutir a situação jurídica do filho de criação, à luz da Constituição Federal, do Direito de Família e de decisões Jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** Pluralidade. Famílias. Paradigma. Filiação. Direito sucessório. Filho de criação. Socioafetividade. Posse de estado de filho. Decisões. Tribunais.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 PLURALISMO NO DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>11</b>
1.1 Modelo Tradicional .....	12
1.2 Novo Paradigma.....	15
1.3 Princípios.....	17
1.3.1 Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana .....	18
1.3.2 Princípio da Igualdade .....	19
1.3.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso .....	21
1.3.4 Princípio da Afetividade .....	22
1.3.5 A Aplicação do Princípio da Boa Fé no Direito de Família .....	26
1.3.6 Princípio da Solidariedade e Princípio do Cuidado .....	27
1.4 Modelos De Famílias .....	32
1.4.1 Modelos Plurais e a Constituição Federal .....	32
1.4.2 Família Matrimonial.....	34
1.4.3 Família por União Estável entre Homem e Mulher.....	35
1.4.4 Família Homoafetiva .....	37
1.4.5 Família Mosaico ou Pluriparental .....	38
1.4.6 Família Monoparental, Parental/Anaparental .....	38
1.4.7 Família Eudemonista .....	39
<b>2 FILIAÇÃO E DIREITOS SUCESSÓRIOS.....</b>	<b>41</b>
2.1 Tipos de filiação.....	41
2.1.1 Conceito de Filiação .....	41
2.1.2 Breve Histórico.....	42
2.1.3 Filiação à Luz da Constituição e do Direito Civil.....	44
2.1.4 Critérios para a Determinação da Filiação .....	45
2.1.5 Filiação Biológica .....	46
2.1.6 Filiação Adotiva.....	47
2.1.7 Filiação Afetiva.....	49
2.2 Direito sucessório.....	50
2.2.1 Conceito de Sucessão .....	50
2.2.2 Direito das Sucessões .....	50
2.2.3 Sucessão <i>Causa Mortis</i> .....	51
<b>3 FILIAÇÃO DE CRIAÇÃO E AFETIVIDADE.....</b>	<b>54</b>
3.1 O filho de criação e a afetividade .....	54

3.1.1	Conceito.....	54
3.1.2	Posse de Estado de Filho .....	57
3.1.3	Análise Jurisprudencial .....	60
3.1.4	O Filho de Criação e o Direito Sucessório.....	71
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>73</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>80</b>

## INTRODUÇÃO

O antigo modelo tradicional de família, fundado no matrimônio e voltado para a proteção do patrimônio, cedeu espaço para as novas conformações familiares fundadas no afeto e na solidariedade entre seus membros. Esse novo momento experimentado no Direito de Família é resultado de um longo processo pelo qual passou a sociedade e o direito de forma geral.

Essa nova visão do Direito de Família é fruto da mudança de paradigma das relações familiares. O afeto passou a ser o elemento mais importante dessas novas relações familiares, não mais atreladas a existência de uma relação matrimonial reconhecida juridicamente.

Ante essa nova perspectiva familiar, o poder patriarcal que antes dominava as famílias tradicionais, cedeu lugar à igualdade de deveres e direitos entre homens e mulheres na condução dos interesses da família e no cuidado e educação dos filhos. Isso em parte se deu em razão de mudanças estruturais ocorridas na sociedade, como o aumento do número de mulheres no mercado de trabalho e também no crescente número de famílias chefiadas por mulheres.

Também em relação à filiação, se operaram importantes mudanças conceituais e jurídicas. O texto constitucional proibiu expressamente qualquer discriminação em relação aos filhos, não sendo mais possível a antiga distinção discriminatória que dividia os filhos entre “legítimos”, concebidos sob a égide das relações matrimoniais e “ilegítimos”, concebidos por meio de outras formas de relacionamentos.

Apesar das inovações legislativas e da evolução do corpo social em relação aos novos modelos de família, ainda subsistem situações que não foram alcançadas pela norma, ocasionando a busca pela proteção judicial de direitos constitucionalmente garantidos, mas ainda não positivados no ordenamento jurídico.

Como exemplo da existência dessa lacuna legal, tem-se a indeterminação da situação jurídica do denominado “filho de criação”, que não se enquadra na filiação oriunda do vínculo biológico, nem na filiação proveniente de vínculo civil.

Este estudo debruça-se sobre essa questão do reconhecimento judicial do vínculo familiar socioafetivo do filho de criação e também da problemática envolvendo o direito sucessório como efeito dessa filiação.

Para a realização do presente estudo foi necessário realizar uma pesquisa bibliográfica ampla, composta de importantes trabalhos doutrinários e também da consulta à legislação atual, para se construir os conceitos trazidos a fim de auxiliar na elucidação das questões propostas. Também foram analisadas duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, instância superior do Poder Judiciário, em que se observam os parâmetros utilizados para embasar essas decisões, na ausência de legislação específica.

O primeiro capítulo deste estudo se destina a apresentar a evolução histórica dos modelos de família, que servirão de base para a compreensão dos demais institutos que serão abordados neste estudo, como a filiação e o direito sucessório. Serão analisados os modelos tradicionais de família, a mudança de paradigma no direito de família, os novos modelos de família e também serão abordados importantes princípios constitucionais aplicados ao direito de família e os princípios próprios do direito de família

O segundo capítulo desenvolve o tema da filiação e do direito sucessório. Em primeiro lugar serão apresentados o conceito doutrinário de filiação, os critérios, também doutrinários, utilizados para se determinar a filiação, e os tipos de filiação admitidos pelo ordenamento jurídico, qual sejam a filiação biológica, a filiação adotiva e a filiação socioafetiva. Por fim, serão abordados o conceito de sucessão, o direito sucessório e a sucessão *causa mortis*, tipo de sucessão pertinente a este estudo.

O terceiro capítulo discute a importância do critério da afetividade na determinação da filiação socioafetiva do filho de criação e as implicações jurídicas do reconhecimento da filiação afetiva nos casos em que inexistam critérios genéticos ou jurídicos. Apresenta ainda, considerações sobre o caráter discriminatório ainda impregnado na conceituação do filho de criação.

Ainda no terceiro capítulo será apresentada a construção teórica da posse de estado de filho, critério doutrinário que tem sido amplamente utilizado pela jurisprudência como elemento auxiliar nas ações que envolvam determinação da filiação sociofativa.

Por fim, serão analisadas duas decisões jurisprudenciais que versam sobre o tema da filiação socioafetiva do filho de criação e o direito sucessório como efeito desse reconhecimento e verificado o posicionamento adotado pelos Tribunais diante das situações apresentadas.

Existe neste estudo um questionamento de enorme relevância para o direito contemporâneo. Essa discussão acerca da situação jurídica do filho de criação traz à luz outras questões que merecem ser analisadas, como as lacunas jurídicas que ainda existem no ordenamento jurídico e também como são construídos os caminhos que levam a solução dessas questões.

Demonstra ainda a desinformação por parte da sociedade dos direitos e deveres de uma paternidade responsável, em relação principalmente a condutas que se confundem com ações de caráter meramente assistencial. Resta comprovado ao longo da história que o Estado necessita dessa provocação para se adequar as novas ou reiteradas práticas sociais, o que torna esse estudo um importante instrumento de discussão para os operadores do direito e para a sociedade de modo geral.

## 1 PLURALISMO NO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família, mais que qualquer outro ramo do direito, vem sofrendo intensas transformações nos últimos tempos. Não é por acaso a inquietação causada por essas mudanças em função de nunca na história ter havido tantas transformações estruturais e jurídica sem um espaço de tempo tão curto. (PEREIRA, 2012)

A ruptura na estrutura da família se dá em um momento especial da história. Mudança de milênio, início de século, profundas transformações trazidas pelo fenômeno da globalização, reorganização do poder familiar, desconstrução do modelo patriarcal, igualdade entre gêneros. Todos esses elementos devem ser considerados ao analisar essa nova ordem. O direito de família em todo o mundo, inclusive no Brasil, busca acompanhar essa efervescência, com o objetivo de atender à demanda de conflitos que passaram a existir junto às mudanças sociais e de comportamento dessas novas formas de família, já arraigadas na sociedade. (PEREIRA, 2012)

A família tradicional tem cedido relevante espaço às novas entidades familiares, assim denominadas por fugirem dessa estrutura, já amplamente conceituada por juristas e doutrinadores, cujo núcleo é formado por pais e seus filhos, estes havidos na constância de uma união regularmente reconhecida e amparada pelo Estado. Outras organizações familiares foram surgindo com a evolução da sociedade e alguns conceitos antes insuperáveis foram cedendo e se adaptando à nova realidade.

Para Maria Cláudia Crespo Brauer:

“A pluralidade de formas de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único de família, instituído pelo casamento. Aceitar que outras formas de relação merecem, igualmente, a proteção jurídica implica reconhecer o princípio do pluralismo e da liberdade que vem personificar a sociedade moderna”. (BRAUER,2004,p.259)

Facchin (1999, p. 306) descreve este novo Direito de Família como sendo:

“[...] o Direito não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela

substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo”.

O direito vem sendo instado a se manifestar sobre as questões da afetividade como inegável elemento constitutivo das relações familiares. Não é tarefa fácil, considerando-se as tradições conservadoras que sustentam uma hierarquia dos modelos de família, privilegiando-se aquelas formadas pelo casamento e fazendo com que todas as outras se submetam de alguma forma aos seus pressupostos. (WELTER et al, 2004)

Dentre os diversos modelos de família existentes na atualidade estão as famílias oriundas das relações de casamento, de uniões estáveis, de uniões estáveis homoafetivas, famílias monoparentais, famílias reconstituídas e outras que estão surgindo e buscando reconhecimento no ordenamento jurídico e na ordem social.

### **1.1 Modelo Tradicional**

O modelo de família tradicional formada por pais e filhos, constituída sobre as bases históricas da religião e do formalismo que pretendia acima de tudo tutelar o patrimônio, é resultado de uma construção histórica. Vários modelos contribuíram nessa formação, como a família romana, a família canônica e a família germânica.

A família no direito romano era conceituada como um conjunto de pessoas que estavam sob a *pátria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. Esse conceito não levava em conta a consanguinidade, exercendo o *pater* famílias autoridade sob todos os seus descendentes não emancipados, sobre a esposa e filhos e mulheres casadas com seus descendentes. A família era ao mesmo tempo uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. (WALD, 1999)

A família romana era ao mesmo tempo uma unidade política, religiosa (tinha sua própria religião no âmbito doméstico). O *pater* exercia a justiça dentro dos limites de sua casa, era o chefe religioso e ainda administrava o patrimônio da família. O poder desse chefe de família era absoluto, podendo decidir sobre a vida e a morte de

seus filhos e de sua mulher. Já neste contexto a forma mais usual de se constituir família era através do casamento, sendo esta constituição mais abrangente, possibilitando-se a reunião de vários membros que se agregavam, inclusive instituindo-se a adoção de filhos, que poderiam substituir o *pater* no comando da família. (WALD, 1999)

Sob a ótica do direito canônico o casamento se tornou o principal elemento de constituição da família. Tanto assim, que durante a Idade Média, entre os séculos X e XV, o casamento religioso era o único conhecido. Nesse período o casamento era imperiosamente precedido da autorização paterna dos nubentes, por ser o casamento considerado um ato político e de repercussão econômica, que deveria antes de tudo atender aos interesses da comunidade. (WALD, 1999)

Para a doutrina canônica o casamento passou a ser além de um contrato firmado pela vontade das partes, um sacramento que realizado sobre as bênçãos de Deus não poderia ser dissolvido pelo homem. Nasceu deste período a condenação do divórcio, que não era admitido nem na hipótese de adultério, ausência ou cativo. A criação de impedimentos para a realização do casamento e a separação de corpus e de patrimônio, que extinguiram a sociedade conjugal, sem extinguir o vínculo matrimonial, foi resultado da influência do direito canônico em relação à família. (WALD, 1999)

Apesar das relações familiares ainda terem traços do primeiro período de domínio do direito romano, como as relacionadas ao direito patrimonial entre os cônjuges, a Igreja reafirma no Concílio de Trento (1542-1563) sua autoridade para deliberar sobre todas as questões relacionadas ao casamento e reafirma o caráter sacramental do matrimônio. Países como Portugal, que acatou as decisões do Concílio e as estendeu aos seus territórios e a França, que de forma indireta excepcionou tais decisões da Igreja Católica elaborando suas leis civis nos moldes da lei canônica, passaram a seguir os preceitos dessa ordem. (WALD, 1999)

Com o fortalecimento da monarquia, no segundo período de domínio do Império Romano no período do Renascimento, o Estado tomou novamente para si o poder de decidir sobre as questões referentes ao direito de família. Esse novo arranjo veio de

encontro aos anseios das minorias “não católicas” que entendiam que deveria ser do Estado a competência para legislar sobre o direito de família, por ser este do interesse político e econômico de toda a sociedade. (WALD, 1999)

Diante desse conflito foi firmado acordo entre a Igreja e o Estado no sentido de coibir os casamentos clandestinos, passando-se a exigência da publicidade prévia e da presença de testemunhas ao ato, o que permanece como requisito para o casamento na atualidade. Também deste conflito, passou o Estado a admitir ao lado do casamento religioso, o casamento civil, instituído na França em 1767. (WALD, 1999)

Historicamente no Brasil, o casamento civil passou a existir a partir de meados do século XIX, com a edição da Lei 1.144 de 11.09.1861, que conferia efeitos civis aos casamentos religiosos realizados por não católicos, desde que regularmente registrados. Mais tarde com o advento da Proclamação da República, rompeu-se o vínculo que existia entre a Igreja e o Estado com a primeira constituição republicana reconhecendo somente o casamento civil. Em 1890, o Dec. Nº 181, de autoria de Ruy Barbosa, aboliu a competência da Igreja em matéria de casamento e passou a se considerar válido o casamento civil realizado perante autoridade do Estado. (WALD, 1999)

Todas as reflexões históricas apresentadas têm como objetivo demonstrar que o principal pilar da família tradicional se funda no casamento reconhecido e tutelado pelo Estado, ainda que presentes resquícios da dogmática religiosa, que ainda impõe preceitos à ordem jurídica, como afirma Belmiro Pedro Welter:

“Direito de família brasileiro aceitou a influência da legislação eclesiástica, nas constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, ao preconizarem que o casamento indissolúvel era a única forma de se constituir família”. (WELTER et al., 2004, p.215)

O eminente doutrinador Orlando Gomes citando *Maseaud e Maseaud* dizia que: “somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres da moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social”. (GOMES, 1994 *apud* PEREIRA, 2012, p.1)

Também Clóvis Beviláqua ao se referir à constituição da família, assim a define:

“Conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designa-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie”. (BEVILÁQUA, 1976 *apud* PEREIRA, 2012, p.1)

A conclusão a que se chega, após o advento da Constituição Brasileira de 1988 é que o paradigma do casamento vem sendo superado como única forma de se constituir uma família merecedora da proteção do Estado. As palavras do ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial 1.183.378/RS, publicado em 01.02.2012, ao proferir seu voto tão brilhantemente sintetizam:

“[...] Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a construir esse núcleo doméstico chamado “família”,* recebendo todos eles “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico do casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora sagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – *deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias* e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade, [...]”. Grifo nosso.(PEREIRA, 2012, p.04)

## 1.2 Novo Paradigma

Laços de afetividade ou simplesmente afetividade: este é certamente o novo paradigma do direito de família no Brasil. A família passa a ser o meio de realização da dignidade da pessoa humana à luz do texto constitucional que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil. (FARIAS, 2004)

A promoção dessa dignidade deve ser entendida como objetivo principal na constituição dos novos modelos de família, abandonando o ultrapassado modelo de família baseado na proteção da propriedade e nos dogmas religiosos. Priorizar as

relações interpessoais, a liberdade de escolha e o exercício da afetividade é um grande desafio a ser enfrentado pelo direito de família.

O texto constitucional já avançou em alguns campos da promoção da dignidade da pessoa humana ao determinar a igualdade de todos os filhos independentemente de origem, sejam eles biológicos, adotivos, havidos ou não de relações reconhecidas pelo direito, privilegiando sem dúvida alguma as relações de afeto estabelecidas. Reconheceu ainda como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a igualdade entre homens e mulheres em relação aos direitos e deveres da sociedade conjugal, retirando do homem a exclusiva responsabilidade pela família, rompendo com a estrutura patriarcal. (USTÁRROZ et al., 2003)

A garantia constitucional do divórcio e o livre planejamento familiar representam o ideal de liberdade há muito esperado no direito de família. A liberdade de escolha sobre manter ou não uma relação conjugal que passou a ser de domínio privado, e a liberdade de escolha em relação aos filhos e o momento de sua concepção na vida do casal, representam também o exercício de uma paternidade responsável. Essa liberdade certamente espelha o respeito à dignidade da pessoa e afasta o caráter exclusivamente patrimonial das relações familiares. (USTÁRROZ et al., 2003)

Outro avanço foi no sentido de se reconhecer como entidades familiares, aquelas não instituídas pelo casamento, como a união estável, antes relegada a marginalidade e a clandestinidade, o que representa o desapego a fatores religiosos e a valorização da afetividade. O reconhecimento às uniões homoafetivas como entidade familiar, embora ainda não seja pleno, já desponta no horizonte como possibilidade de promoção da afetividade como elemento principal de formação da família. (FARIAS, 2004)

Ainda há um longo caminho a ser percorrido, segundo a crítica do ilustre doutrinador Paulo Lôbo (2011, p. 24), para quem o Código Civil de 2002, em descompasso com a legislação, ainda possui várias de suas normas fundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais orientadores da promoção da dignidade da pessoa humana:

“A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por interesse de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização. A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade, é a condição primeira da adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável”.<sup>1</sup>

Essa mudança de paradigma ainda está em construção, mas grandes avanços já se fazem sentir. As questões relacionadas à propriedade, sucessão e outras de cunho econômico ou religioso ainda são relevantes em matéria de direito de família. No entanto, os novos arranjos familiares fundados na afetividade já são uma realidade, impulsionando o poder público e a sociedade a buscarem formas de acolher os anseios de todos com igualdade e respeito, como preconiza os ideais de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

### 1.3 Princípios

Na esteira de todas as considerações anteriores, é nítida a mudança de paradigma no Direito de Família atual. Superada a noção de família como instituição fundada nos laços de consaguinidade e patrimoniais destinados a preservação de interesses sociais, nasce os novos modelos de família forjados no respeito à dignidade da pessoa humana, na solidariedade familiar e na afetividade, visando a realização integral de seus membros. (SILVA PEREIRA, 2014)

Importantes alterações foram trazidas ao Direito de Família pela Constituição Federal de 1988, que em consonância com as alterações sociais ocorridas no âmbito familiar, normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, passando assim a atender aos anseios e as necessidades da sociedade. (FARIAS et al., 2014)

---

<sup>1</sup> A repersonalização contemporânea nas relações de família retoma o itinerário da afirmação da pessoa humana como objetivo central do direito. No mundo antigo, o conceito romano de *humanitas* era o da natureza compartilhada por todos os seres humanos. No Digesto (1,5,2) encontra-se o famoso enunciado: *hominum causa iusconstitutum sit*, todo direito é constituído por causa do homem. Essa centralidade na pessoa humana foi acentuada na modernidade desde seu início, principalmente com o iluminismo, despontando na construção grandiosa da pessoa humana.

Dentre os princípios gerais do direito e os princípios próprios do direito de família, há certa inexatidão doutrinária quanto a classificação. Alguns autores citam apenas os princípios explícitos no texto constitucional, como os constantes nos artigos 226, 227 e 230 da Carta Magna. Outros elencam também os princípios que embora implícitos são de primaz importância para o Direito de Família contemporâneo.

Na visão de Pablo Stolze a principiologia do direito de família se divide em: princípios gerais do direito e princípios especiais ou peculiares do Direito de Família. Dentro dos princípios gerais estão o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação ao retrocesso. Os princípios próprios do Direito de Família são o princípio da afetividade, da solidariedade familiar, da função social da família, da plena proteção à criança e ao adolescente, a convivência familiar, intervenção mínima do Estado e proteção do idoso.

Serão tratados neste estudo, por absoluta propriedade de seu objeto, além dos princípios gerais do direito, os princípios da afetividade e da pluralidade das entidades familiares (próprios do direito de família), este último classificado na obra doutrinária de Cristiano Chaves de Farias. (FARIAS et al., 2014)

### 1.3.1 Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana está positivado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e é seguramente o que ocupa o maior grau de importância por servir de base para a construção de todos os demais princípios, sendo considerado um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Trata-se de verdadeiro macroprincípio constitucional no qual se concretizam direitos fundamentais e do qual se desdobram subprincípios ou princípios implícitos. (SILVA PEREIRA, 2014)

Determinar o que seja a dignidade da pessoa humana não é tarefa das mais fáceis, segundo os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Gagliano, seu conceito vai muito além dos descritos nos dicionários, que dão ao termo uma conotação restrita e aristocrática. Os autores assim a descrevem em relação a sua noção jurídica: “A dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as

suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e a busca da felicidade” (GAGLIANO et al., 2014, p.76).

O doutrinador Gustavo Tepedino, ao comentar o princípio da dignidade humana à luz da *Lex Mater*, observa que: “a milenar proteção do Estado à família como instituição, unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade dos seus membros”. (TEPEDINO, *apud*, FARIAS, 2014, p. 87)

Essa observação reforça a visão geral da doutrina de que o texto constitucional veio trazer uma nova ordem em que os sujeitos tornam-se o centro de proteção do Estado e não mais as instituições. Mais ainda que essa proteção deve ser permanente, e só haverá proteção efetiva quando ela se der no âmbito das organizações familiares, por serem elas o nascedouro da cidadania e do exercício da dignidade humana. (FARIAS et al., 2014)

### 1.3.2 Princípio da Igualdade

O direito de família contemporâneo, mais que qualquer outro ramo do direito consagrou o princípio constitucional da igualdade como um grande avanço nas relações familiares. A dominação masculina já enraizada na cultura social e jurídica, foi sendo substituído por uma relação mais igualitária entre homens e mulheres que passaram, sob a égide do texto constitucional a serem sujeitos de direitos e obrigações de maneira uniforme.

Sobre o tema se manifestou com enorme clareza o professor José Afonso da Silva:

“O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres” (SILVA, 1999 *apud* GAGLIANO, 2014, p.79).

As mudanças estruturais da sociedade, a maior inserção da mulher no mercado de trabalho e o aumento do número de famílias chefiadas por mulheres, são fatores

que contribuíram para essa nova realidade jurídica e social também contemplada na legislação infraconstitucional, mais propriamente no Código Civil Brasileiro que ao tratar do casamento e da distribuição dos encargos da família, reafirma essa condição de igualdade. (GAGLIANO et al., 2014)

Carlos Roberto Gonçalves destaca a divisão do princípio da igualdade em: *Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros* e *Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos*. Dessa forma, trata-se de dois conceitos apartados e que geram efeitos diversos entre si. (GONÇALVES, 2014)

O princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros está estabelecido no artigo 226 § 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Esse dispositivo pôs fim ao culto da dominação masculina no âmbito da família, onde à mulher cabia apenas o papel da reprodução e da realização das tarefas domésticas. Não se admite mais que a mulher seja relegada a segundo plano na esfera social e familiar, após todas as conquistas sociais, políticas e econômicas ocorridas na sociedade moderna. (GONÇALVES, 2014)

O Código Civil de 1916, em seu artigo 233 proclamava o marido como o chefe da família, cabendo exclusivamente a ele prover o sustento da família, administrar os bens do casal e da mulher, decidir sobre o local de moradia da família. O Código Civil de 2002 (artigo 1.567), em consonância com a Constituição Federal, trata de estabelecer igualdade entre o marido e a mulher quanto à direção da família, em regime de colaboração e não mais de submissão. Essa nova forma de responsabilização, trouxe vantagens a ambos, que agora desempenham cada qual seu papel dentro da sociedade conjugal, de acordo com suas possibilidades, e de forma mais cooperativa e harmônica. (GONÇALVES, 2014)

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, constante do texto constitucional no artigo 227, § 6º, assim dispõe: “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”. Esse dispositivo veio demonstrar outro grande avanço no Direito de Família, afastando qualquer distinção

entre filhos legítimos e ilegítimos, como constante do Código Civil de 1916. O Código Civil atual trata com igualdade todos os filhos havidos ou não da relação de casamento, filhos naturais e adotivos, estabelecendo direitos iguais em relação ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão. (GONÇALVES, 2014)

Certamente essas inovações trazidas pelo texto constitucional e pelo Código Civil de 2002, vieram corrigir situações históricas de extrema desigualdade, em primeiro plano em relação ao homem e a mulher, e em segundo plano em relação aos filhos, que buscavam o reconhecimento e a proteção de seus direitos de forma mais efetiva por parte do Estado.

### 1.3.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso

Esse princípio, desenvolvido por J.J. Gomes Canotilho e aplicável ao Direito de Família assegura a existência de um impedimento de caráter normativo que visa impedir que garantias constitucionalmente consagradas sejam neutralizadas ou minimizadas por lei posterior. (GAGLIANO et al., 2014)

Os princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, seria esse vetor normativo a impedir violação dos direitos já consagrados no direito de família. Como exemplo o caso da União Estável, regulada anteriormente ao Código Civil de 2002, se este não a tivesse recepcionado ou mesmo em relação ao divórcio que teve suprimida no texto constitucional a exigência do decurso de tempo e da separação judicial prévia, se a norma infraconstitucional viesse a condicioná-lo. (GAGLIANO et al., 2014)

A norma posterior que confrontasse os preceitos constitucionais certamente estaria a promover um retrocesso violando o princípio máximo da proteção à dignidade humana. Os princípios constitucionais atuando no ordenamento jurídico como diretriz máxima, possui a capacidade de produzir efeitos jurídicos negativos, positivos ou de vedação ao retrocesso dos direitos já consagrados e a interpretação sobre outras normas. (GAGLIANO et al., 2014)

### 1.3.4 Princípio da Afetividade

Comumente confundido com um princípio “a socioafetividade”, em sentido estrito, no Brasil tem sido utilizada para identificar as relações de parentesco não biológico, de paternidade e filiação, usualmente empregada nas questões que envolvem a colisão com as relações de origem biológica. (LÔBO, 2011)

Nas palavras do professor Paulo Lôbo:

“A família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social e considerada base da sociedade e unida na convivência afetiva. [...] “O afeto é um fato social e psicológico. Talvez por essa razão, e pela larga formação normativista dos profissionais do direito no Brasil, houvesse tanta resistência em considerá-lo a partir da perspectiva jurídica. Mas não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito. O que interessa, como seu objeto próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas”. (LÔBO, 2011, p. 29)<sup>2</sup>

O princípio da afetividade, por sua vez é mais amplo que o conceito de socioafetividade, que é o reconhecimento do afeto como formador de fato social a ser tutelado pelo Direito de Família. Esse princípio está intimamente ligado as mudanças de paradigma ocorridos em relação à formação das famílias contemporâneas, ultrapassados os conceitos de que estas só se formariam pelos interesses patrimoniais.(LÔBO, 2011)

Conceituar o afeto, o amor ou qualquer outro sentimento humano não é possível, posto ser este um campo absolutamente subjetivo, o qual não se pode penetrar. Certo é que as relações familiares modernas (e mesmo as mais antigas, guardadas as devidas proporções de interesses), se baseiam no afeto mútuo vivenciado por seus elementos.

A transição da família de unidade econômica para unidade voltada à promoção do desenvolvimento de seus membros baseada na solidariedade e no afeto, traz uma

---

<sup>2</sup> O termo *socioafetividade* conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congregam o fato social (*sócio*) e a incidência do princípio normativo (*afetividade*).

nova forma de se vivenciar as relações familiares propiciando um ambiente onde os seres humanos se completam e se complementam. (FARIAS et al., 2014)

As palavras de João Batista Vilela destacam a existência de uma nova ordem no Direito de Família:

“As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum”. Arrematando “a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, da nossa competência de dar e receber amor”. (VILELA, p. 645 *apud* FARIAS, 2014, p. 62)

Maria Berenice Dias, por sua vez, defende a consagração do afeto como um verdadeiro direito fundamental, permitindo sua incidência sobre temas relevantes como o reconhecimento da igualdade entre filiação biológica e a filiação socioafetiva. A autora destaca ainda:

“O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais que passaram a se sustentar no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito de família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”. (DIAS, p. 68 *apud* FARIAS, 2014, p. 63)

Apesar do grande avanço no reconhecimento do afeto como elemento fundamental nas relações familiares, alguns autores discordam de sua elevação como princípio normativo. Entendem autores como Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, que não se pode tutelar o afeto, nem haver qualquer tipo de imposição normativa, pois isso retiraria seu caráter espontâneo e adentraria o direito na esfera privada. Para estes autores, o afeto não exerce, por si só, o poder de obrigar ou vincular alguém a nutrir ou demonstrá-lo, não tendo, portanto força vinculante ou normativa e sendo assim o afeto representa um *postulado* e não um princípio. (FARIAS, 2014, p. 64)

Ricardo Lucas Calderón defende existirem duas dimensões para o princípio da afetividade: uma objetiva, baseada em fatos sociais que indicam a presença de manifestações afetivas, e outra subjetiva, que trata do afeto como o sentimento

propriamente dito. Segundo o autor, a dimensão objetiva da afetividade traz em si a presunção da dimensão subjetiva, sendo esta em existência isolada incapaz de se revestir de juridicidade. Dessa forma, seria possível designá-lo como “princípio da afetividade jurídica objetiva”, ressaltando o aspecto fático da apreensão jurídica (CALDERÓN,2013, p.402, *apud* SILVA PEREIRA, 2014, p.67).

Ao largo de toda a discussão a respeito de ser a afetividade, entendida como a exteriorização do afeto através de condutas relevantes ao direito, princípio ou postulado, tem o judiciário cada vez mais se utilizado dos critérios subjetivos e da afetividade para embasar decisões de relevante interesse social. (TARTUCE, 2014)

As considerações da jurispicinalista Giselle Câmara Groeninga corroboram com essa afirmação:

“O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que se possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade” (GROENINGA, 2008, p.28 *apud* TARTUCE,2014, p.1118).

Como demonstração de que o afeto goza de reconhecido valor jurídico, a Ministra Nancy Andrighi da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferiu o seguinte julgado:

“A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas de sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas do mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos de conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e dizer o novo, assim como já fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência o instituto da união estável.

A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso” (STJ REsp 1.026.981/RJ, DJe 23.02.2010 *apud* TARTUCE, 2014, p.1119).

Independentemente de posições doutrinárias a respeito da natureza jurídica da afetividade, é certa a sua relevância como principal elemento constitutivo das relações familiares atuais fundadas no afeto e na solidariedade de seus membros. Imperioso destacar ainda, por guardar íntima relação com o princípio da afetividade, o *Princípio da comunhão plena de vida*.

Carlos Roberto Gonçalves destaca o referido princípio, disposto no artigo 1.511 do Código Civil, como uma clara intenção do legislador de priorizar as relações familiares baseadas na *afeição* entre os cônjuges ou conviventes, tornando essas relações familiares mais humanizadas. (GONÇALVES, 2014)

Apesar de a redação do referido dispositivo se referir ao casamento, é cediço que o ordenamento jurídico já admite a família formada pelas relações de companheirismo, por somente um dos pais e seus filhos e mesmo a família substituta, conforme direitos outorgados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. (GONÇALVES, 2014)

Como esclarece Gustavo Tepedino, a Constituição de 1988:

“Altera o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental [...]: inteiramente voltado para a realização espiritual e desenvolvimento da personalidade de seus membros”. (GONÇALVES, 2014, p.24 *apud* TEPEDINO, p.50)

Concluindo a temática, a percepção de Cristiano Chaves em relação à nova família:

“Trata-se de *entidade de afeto e solidariedade, fundadas em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, [...] integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade* (FARIAS et al., 2014, p.87).

### 1.3.5 A Aplicação do Princípio da Boa Fé no Direito de Família

Não obstante as relações familiares atuais se basearem no afeto, na solidariedade, na pluralidade de suas formas e na proteção à dignidade da pessoa humana, não se pode olvidar a existência de outros aspectos nessa seara de relações tão complexas e multifacetadas. A confiança apresenta-se como elemento de fundamental importância nas relações familiares. (FARIAS et al., 2014)

A boa fé, comumente atribuída as relações contratuais, encontra correspondência no Direito de Família pela própria natureza aglutinadora das relações familiares, onde seus elementos unem-se para vivenciar além de suas experiências afetivas, as relações sociais e patrimoniais. Existe neste contexto, onde a família é a célula *mater* da sociedade, a expectativa no comportamento ético e responsável do “outro”. (FARIAS et al., 2014)

É nítido o reconhecimento da aplicabilidade do instituto da boa-fé nas relações familiares, como sustentam em seu entendimento Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

“Assim nas relações de família exige-se dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no(s) outro(s). É um verdadeiro *dever jurídico* de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que não alcança apenas as relações patrimoniais de família, mas também aquelas outras de conteúdo pessoal, existencial. Enfim, ao vislumbrar o Direito de Família, encontram-se duas diferentes faixas: as relações existenciais e as relações patrimoniais, ambas submetidas ao elemento *confiança* como traço característico fundamental, dando efetividade aos valores constitucionais, especialmente à dignidade da pessoa humana. Naquelas, a confiança é concretizada pelo afeto, enquanto nestas, consubstancia-se através das especificações da boa-fé objetiva”. (FARIAS, 2014, p.138)

Sob essa mesma ótica, o ilustre professor fluminense Anderson Schreiber entende que a valorização da confiança abre fendas consideráveis nas bases voluntarista e individualista do direito privado. (FARIAS et al., 2014)

“Pois inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros. Em outras palavras, o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente

sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção”. (SCHREIBER, p. 88-89 *apud* FARIAS et al, 2014, p.136).

Também para Flávio Tartuce a boa-fé aplicada às relações negociais, igualmente se aplica ao Direito de Família. A boa-fé objetiva, que representa uma evolução do conceito de boa-fé que, dissociada do plano da mera intenção (boa-fé subjetiva), passa para o plano da conduta de lealdade das partes. Destaca ainda os deveres anexos extraídos da boa-fé objetiva, que existem independentemente de estar previsto em qualquer instrumento contratual. Sendo eles, entre outros, o dever de cuidado e do respeito, o dever de lealdade e probidade, o dever de colaboração ou cooperação e o dever de agir com honestidade. (TARTUCE, 2014)

Para o autor, tanto a doutrina quanto o Judiciário têm cada vez mais enfatizado a importância do princípio da boa-fé aplicado ao Direito de Família. Citando como exemplo mais uma vez a ilustre Ministra Nancy Andrighi da 3ª Turma do STJ, que dispôs sobre o tema nos seguintes termos ao julgar o REsp 1.087.163/RJ DJE 31.08.2011:

“Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família [...]”. (TARTUCE, 2014, p.1124)

Em síntese, o princípio da boa-fé tem sido cada vez mais utilizado, no âmbito do Direito de Família, como balizador das relações de confiança e solidariedade que devem ser preservados nas relações familiares contemporâneas. Protege-se a confiança, porque é ela a própria condição para as condutas humanas na sociedade. (FARIAS et al., 2014)

### 1.3.6 Princípio da Solidariedade e Princípio do Cuidado

O princípio da solidariedade no Direito de Família encontra expressão no artigo 1.511 do Código Civil, que afirma importar o *casamento* (entenda-se todas as relações familiares) em uma comunhão *plena de vida*. Comunhão essa, que ausente, retira toda a razão de ser das uniões familiares. (MADALENO, 2013)

Para Rolf Madaleno:

“A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”. (MADALENO, 2013,p. 93)

Segundo o doutrinador Paulo Lôbo:

“O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do indivíduo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade” (LOBO, 2011, p.63).

O princípio da solidariedade só se fez presente no direito brasileiro após a Constituição de 1988. Antes a solidariedade era concebida apenas como um dever moral, fruto da piedade ou da virtude ético-teológica.<sup>3</sup>(LÔBO, 2011)

Hoje a regra maior do princípio da solidariedade está assentada ao teor do inciso I do artigo 3º da Constituição Federal, *in verbis*:

“Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

– I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A solidariedade no direito de família se traduz ainda nas normas do Código Civil que trazem expressos em alguns de seus dispositivos: “a comunhão de vida instituída pela família” só possível pela cooperação de seus membros (artigo 1513), a “adoção” que brota do sentimento de afeto e solidariedade e não do dever (artigo 1618), a colaboração dos cônjuges na direção da família (artigo 1567), a mútua assistência moral e material entre eles (artigo 1566), e entre companheiros (artigo 1724), todos estes deveres advindos da solidariedade.

---

<sup>3</sup> “Muitos, aliás, a entendem apenas sob este significado, afirmando que seu sentido principal teria permanecido vinculado às suas origens estoicas e cristãs, principalmente do catolicismo primitivo, cujos seguidores, por serem todos “filhos do mesmo Pai”, deviam considerar-se como irmãos. A noção da fraternidade seria a inspiração da solidariedade difundida na modernidade” (MORAES, Maria Celina Boldin de. **O princípio da solidariedade**. Disponível em: <[www.idcivil.com.br/artigo.html](http://www.idcivil.com.br/artigo.html)>)

Outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais conferem o dever de solidariedade às relações familiares. Como o caso do dever da prestação de alimentos a parentes, cônjuges ou companheiros, dever este que pode ser transmitido aos herdeiros nos limites da herança recebida. (LÔBO, 2011)

Por esse princípio, além do dever de assistência material, subsiste o dever da assistência imaterial que deve ser exercido tanto nos momentos de felicidade quanto nos momentos de dificuldades experimentados na rotina cotidiana (MADALENO, 2013). Para a autora Regina Beatriz T. da Silva Papa dos Santos, o dever de assistência espiritual impõe aos esposos e conviventes:

“A recíproca prestação de cuidados, atenção, colaboração e apoio de ordem física e moral nas fases críticas, ocasionadas por enfermidades, pela idade avançada, por questões de caráter familiar, profissional, financeiro, como também, nos momentos felizes do cotidiano, ligados, por exemplo, ao trabalho, à educação dos filhos e à vida social”. (SANTOS, 1990, p.109 *apud* MADALENO, 2013, p. 84)

Também na esfera judicial, o princípio da solidariedade tem servido de base para a tomada de decisões envolvendo a visita e a convivência de crianças e adolescentes com os avós, padrastos e madrastas, tios e ex-companheiros. Tais decisões tem demonstrado a nítida intenção do judiciário em proteger o melhor interesse de crianças e adolescentes e a afetividade daqueles, preservando, assim os laços de afeto cultivados, quando por algum motivo essa convivência diária se torna impossível. (LÔBO, 2011)

Maria Berenice Dias destaca ainda, em relação às crianças e adolescentes que:

“Esse dever de solidariedade, que pode ser traduzido como um dever de socorro espiritual e de assistência material, é atribuído pelo artigo 227 da Constituição Federal, por primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, e assim sucede por ser a família o núcleo primeiro de proteção, não devendo a sociedade se esquivar dessa obrigação e tampouco o Estado. Seria impensável pudessem os cidadãos em formação serem relegados ao abandono e jogados à própria sorte, não permeasse como direito fundamental o *princípio da solidariedade*” (DIAS, 2006, p.56 *apud* MADALENO, 2013, p. 94).

Tendo por base a mesma essência do princípio da solidariedade, vem surgindo na doutrina o chamado “princípio do cuidado”, que apesar de não exposto no texto

constitucional, e ainda estar em fase de reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência, vem sendo defendido como princípio constitucional implícito por força do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal.

Segundo estudos históricos e filosóficos, o cuidado em princípio se traduziu pela palavra latina *cura*, significando ao mesmo tempo atenção, interesse e cuidado. Mas, foi o filósofo Martin Heidegger que abriu a perspectiva para a construção de uma ética do cuidado. No Brasil, as obras do escritor Leonardo Boff tratam a dimensão do cuidado sob a ótica da responsabilidade e do compromisso. (SILVA PEREIRA, 2014)

O cuidado como valor jurídico vem sendo defendido por autores como o filósofo José Roque Junges, que conclui que “se o cuidado é uma dimensão necessária da ética, deverá encontrar um lugar no Direito como complemento e corretivo do puro enfoque da justiça imparcial” (JUNGES, 2006, p.175-178 *apud* SILVA PEREIRA, 2014, p.72).

Da mesma forma, Flávio Tartuce ao abordar o tema “boa-fé no direito de família” se refere ao “cuidado” como um dos deveres anexos que se estabelece da relação de confiança construída pelos laços familiares, ao lado de outros como o dever de cooperação, de lealdade e de probidade. (TARTUCE, 2014)

Além dessa recente construção doutrinária, o princípio do cuidado já existe como realidade jurídica em vários dispositivos legais, como a Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do idoso, que pontuam a sua existência como pressuposto para uma convivência familiar baseada da solidariedade e na responsabilidade de seus membros.

O Código Civil torna clara a influência do princípio do cuidado em seus dispositivos quando determina o direito à prestação de alimentos, direito este que consagra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e quando inclui o companheiro como herdeiro necessário, como forma de assegurar direitos também já consagrados constitucionalmente. (SILVA PEREIRA, 2014)

O Estatuto da Criança e do Adolescente em vários de seus dispositivos, destaca o princípio do cuidado ao se referir à “prioridade absoluta” de crianças e adolescentes de receber o socorro necessário dos pais, da sociedade e do Estado. Nestes diplomas legais está inserto o cuidado como verdadeiro instrumento norteador da norma. (SILVA PEREIRA, 2014)

A ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990) demonstra claramente a presença do princípio jurídico do cuidado em sua constituição. Os artigos 3º, 7º e 9º da referida Convenção, tratam do direito da criança em conhecer seus pais e deles receber o cuidado e a proteção; da obrigação dos Estados-Partes de fiscalizar as instituições, serviços e estabelecimentos destinados ao cuidado ou direção das crianças para que obedeçam aos padrões estabelecidos pela lei e, por fim, da intervenção do Estado nos casos de maus-tratos ou descuido por parte dos pais, em relação ao local em que a criança deva morar. O artigo 18 determina ainda que o Estado empreenda esforços quanto a distribuição igualitária entre ambos os pais das obrigações quanto ao desenvolvimento e educação das crianças, e que criem instituições, instalações e serviços voltados para o cuidado dessas mesmas crianças. (SILVA PEREIRA, 2014)

Finalmente, em relação ao Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), os artigos 3º e 4º, traduzem expressamente o dever do cuidado que todos, família, sociedade e Estado devem destinar aos idosos, como flagrante demonstração de proteção e cuidado em relação àqueles mais vulneráveis dentro do corpo social. (SILVA PEREIRA, 2014)

Para ilustrar a incidência do princípio do cuidado nas decisões judiciais, em julgado recente da ilustre Ministra do STJ, Nancy Andrighi, foi destacado ofensa ao *dever do cuidado*, quando da análise do pedido de indenização moral na hipótese de abandono afetivo. Em seu voto a Ministra afirma:

“Aqui não se fala ou discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem e adotarem filhos [...] Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”. (Resp nº 1.159.242/SP de 24.02.2012 *apud* SILVA PEREIRA, 2014, p.74)

Em síntese, todos os princípios abordados neste estudo e os demais destacados pela doutrina pátria ou ainda em construção, traduzem o esforço contínuo do ordenamento jurídico e da jurisprudência em não deixar ao desamparo nenhuma situação de direito, mesmo as não expressas nas normas. Princípio é, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência [...]”. (MELLO, 1971 p.450-451 *apud* SILVA, 2014, p. 93)

## **1.4 Modelos De Famílias**

### **1.4.1 Modelos Plurais e a Constituição Federal**

A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o conceito de família, recepcionando outras formas de família que não as instituídas pelo casamento, sendo estas igualmente merecedoras da mesma proteção jurídica. Tal afirmação se infere do texto constitucional, no artigo 226 segundo o qual “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Também a doutrina pátria tem olvidado esforços em conceituar todas as formas de família existentes na atualidade. (FARIAS et al., 2014)

Essa inovação constitucional veio de encontro a uma realidade a tempos vivenciada pela sociedade. Ao reconhecer as relações familiares diversas do casamento, como entidades familiares, tornou-se distinta a constituição de uma família como fato natural, e a constituição da família por convenção social e solenidade do casamento. Seja pelo matrimônio, seja pela união afetiva ou mesmo pela convivência de só um dos pais e seus filhos, todas as famílias encontram amparo e reconhecimento na legislação atual. (FARIAS et al., 2014)

A Constituição Federal menciona expressamente os modelos de família instituídos pelo casamento, pela união estável e também por aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (CF 226 §4º). A razão pela qual o texto constitucional faz menção apenas a estes modelos de

família é por serem eles os mais comuns e não por desconsiderar existência de outros modelos. (DIAS, 2011)

Nesse sentido Paulo Lôbo:

“Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do artigo 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade”. (LÔBO, 2002 *apud*, GAGLIANO et al., 2014, p. 43)

A pluralidade dos modelos de família é um fato inquestionável. A jurisprudência tem tentado encontrar na lei, nos princípios e em outras fontes do direito formas de resolver os conflitos trazidos por esses novos modelos de família. A doutrina, por sua vez, tem buscado classificar esses modelos de família de acordo com a visão de cada um sobre essas inovações.

Para Semy Glanz:

“A família contemporânea pode ser conceituada como um conjunto, formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência (**família nuclear**). Pode ser formada por duas pessoas, casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filho ou filhos; um dos pais com um ou mais filhos (**família monoparental**); uma só pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada ou mesmo casada e com residência diversa daquela de seu cônjuge (**família unipessoal**); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (ascendentes, descendentes e colaterais, estes até o quarto grau, no Brasil, mas de fato podendo estender-se). Neste último caso, temos a **família sucessória**, [...] Num sentido mais restrito desta, temos a **família alimentar**, que no direito brasileiro, abrange os ascendentes e descendentes (sem limite) e colaterais até o segundo grau, isto é, irmãos”. Grifo do autor (GLANZ, 2005, p.30)

O magistrado e professor acrescenta ainda, que

“Embora a família nuclear tenha, em geral, a mesma residência, pode suceder que algumas estejam separadas de fato, sem ruptura (como o caso dos camponeses brasileiros, cujo marido e pai vai morar em outro Estado, em busca de emprego)”.(GLANZ, 2005)

Outra teoria interessante sobre a constituição das famílias e que merece ser mencionada, foi trazida pelo referido autor ao citar o sociólogo moderno D. H. J. Morgan.

“D. H. J. Morgan entende que a família é algo que se constrói, que se faz. Usa a expressão “práticas de família”, e acaba dizendo que “família é menos um substantivo e mais um adjetivo, ou talvez um verbo. Família representa uma qualidade construída de interação humana ou um processo ativo mais que um objeto tipo-coisa de uma destacada pesquisa social. Tal concepção indica as famílias com as quais vivemos, situando o indivíduo e a família na sociedade pública e particular, não enfocando a família como estrutura. Significa que os indivíduos estão fazendo a família e não só morando dentro de uma estrutura existente. “Fazendo Família” é também uma expressão do dever para com os outros, ou as pessoas se sentem responsáveis por outras da mesma família” (MORGAN, 1999, p. 28 *apud* GLANZ, 2005, p.65).

Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar do tema multiplicidade dos modelos de família afirma “que há, na doutrina, uma tendência a ampliar o conceito de família, para abranger situações não mencionadas pela Constituição Federal”. Assim enumerando os tipos de família existentes: **família matrimonial**: decorrente do casamento, **família informal**: decorrente da união estável, **família monoparental**: constituída por um dos pais e seus filhos, **família anaparental**: formada somente por filhos, sem a presença dos genitores, **família homoafetiva**: formada por pessoas do mesmo sexo, **família eudemonista**: caracterizada pelo vínculo afetivo. Destaca ainda o autor a existência, por força da Lei 12.010, de 2009 (Lei da Adoção), da **família extensa** que é formada por outros parentes, que não os pais e filhos, com os quais a criança ou o adolescente conviva e mantenha vínculos afetivos. (GONÇALVES, 2014)

Feitas as considerações iniciais em relação ao tema da pluralidade familiar, amplamente discutida e pacificada pela doutrina atual, cumpre-se caracterizar alguns modelos de família, para ilustrar de forma didática como as relações familiares vêm de encontro ao seu novo paradigma: a afetividade.

#### 1.4.2 Família Matrimonial

A família matrimonial foi, durante muito tempo, considerada como a única forma de constituição de família. Primeiro a Igreja consagrou o casamento como um sacramento a partir da união indissolúvel entre o homem e a mulher. Depois o Estado

igualmente tratou de solenizar o casamento e reconhecê-lo como única forma de constituição de família legítima, relegando qualquer outra forma de relação familiar à marginalidade e informalidade. (MADALENO, 2013)

O casamento instituído pela religião tinha por finalidade principal a reprodução da espécie, sendo reconhecida apenas a relação afetiva entre o homem e a mulher, como forma de atender a esse propósito. O Estado por sua vez, buscou na regulação do casamento uma forma de controlar e formalizar as questões patrimoniais e de descendência. Para Maria Berenice Dias, o legislador civil de 1916 reproduziu esse modelo de família “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual”. (DIAS, 2011)

Hoje o casamento mudou, assim como mudou a sociedade. O casamento passou de obrigação, para opção. Esse compromisso formal e solene pressupõe o desejo de duas pessoas de viver em plena comunhão de vida. Ao adotarem um regime de bens que venha a disciplinar seus patrimônios, submetem-se aos efeitos legais advindos do ato formal e impõem-se mutuamente certos deveres como a fidelidade e a assistência mútua. Esse modelo de família matrimonial é também considerado família parental, posto ser formada pelo marido, a mulher e os filhos. (DONIZETI et al., 2013)

Nos dias atuais a ideia do casamento como a única forma de constituição de família já está superada tanto pela sociedade, quanto pelo ordenamento jurídico. Após o advento da Constituição Federal, passou-se a admitir outros modelos de família, como aquela formada a partir da União Estável e a família monoparental, formada somente por um dos pais e seus filhos. O artigo 226 da Constituição Federal declara ser a família base da sociedade e estar sobre a égide da proteção estatal, mas não encerra o conceito de família, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, que inspira o princípio da pluralidade das formas de família. (DONIZETI et al., 2013)

#### 1.4.3 Família por União Estável entre Homem e Mulher

Historicamente, a união de duas pessoas fora das formalidades do casamento, emprestava a essas relações o traço da clandestinidade e da marginalidade, assim

relegada pela lei, pela religião e pela sociedade. Eram chamadas de relações adúlteras ou concubinárias por serem, inicialmente formadas a partir de relações matrimoniais desfeitas. Como consequência, os filhos nascidos dessas relações eram considerados ilegítimos, espúrios ou bastardos, não tendo sequer direito ao reconhecimento pelo pai, enquanto este fosse casado, tampouco a concubina fazia jus a qualquer direito, quando da morte de seu companheiro. (DIAS, 2011)

Também conhecida como família informal ou extramatrimonial, expressões já ultrapassadas por carregarem forte resquício de preconceito, a família constituída pela união estável entre o homem e a mulher já goza da proteção constitucional, embora guardando correspondência com o casamento e até mesmo sendo recomendada no texto constitucional a sua conversão em casamento. (DONIZETI et al., 2013)

Hoje a motivação da união estável mudou. As pessoas passam a optar livremente por não se submeter à ingerência do Estado em seus relacionamentos privados. Em relação à sua regulamentação no ordenamento jurídico atual, o artigo 226, § 3º da Constituição Federal, vem reconhecer a família constituída pela união estável como entidade familiar e o artigo 1.723 do Código Civil em vigor, estabelece em que condições esse reconhecimento se dá: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Sobre os requisitos necessários ao reconhecimento da união estável, comenta o ilustre professor Álvaro Villaça Azevedo:

“Realmente, como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são reconhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros “o papel passado”. Essa convivência, como no casamento, existe com continuidade: os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam da vida um do outro, sem termo marcado para se separarem”. (VILLAÇA, 2003, p.255 *apud* TARTUCE et al, 2013, p. 268)

Apesar do reconhecimento legal e social, hoje a motivação da união estável mudou. As pessoas passaram a optar livremente por viver seus relacionamentos

afetivos sem se submeterem à ingerência do Estado. Pessoas solteiras, separadas, viúvas, divorciadas, enfim, pessoas com relacionamentos anteriores ou não, optam por viver em união estável, por vários motivos de ordem pessoal, exercendo sua liberalidade garantida constitucionalmente.

#### 1.4.4 Família Homoafetiva

A família formada a partir da união de pessoas do mesmo sexo, já reconhecida em muitos países e ainda não admitida no ordenamento jurídico nacional, representa a realidade de vida de muitos casais que buscam o reconhecimento de suas relações afetivas e o direito de poderem organizar socialmente suas vidas, fazer planos, constituir família, amparados pelo direito constitucional da pluralidade familiar.(MADALENO, 2013)

A Constituição Federal, apesar de reconhecer a união estável entre o homem e a mulher, ainda não estendeu esse reconhecimento às uniões homoafetivas, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência a solução dos problemas advindos da lacuna jurídica. (DIAS, 2011)

Do ponto de vista jurisprudencial, as uniões homoafetivas vinham ganhando, há algum tempo proteção, mas em muitos casos, havia apenas o reconhecimento de sua constituição no tocante às questões patrimoniais, sendo tratada como *sociedade de fato*, e não como família. Recentemente o STF, ao julgar a APDF 132/RJ e a ADI 4277/DF, posicionou-se no sentido de que, a união homoafetiva, desde que preencha os requisitos exigidos para a configuração da união estável entre homem e mulher, deve ser assim reconhecida e disciplinada pelas mesmas normas. Finalmente, em decisão inusitada, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do REsp.1183378/RS, decidiu pela legalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.(DONIZETI et al., 2013)

Maria Berenice Dias destaca ainda que: “A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora de proteção do Estado, pois a Constituição (1º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana”(DIAS, 2011, p.47).

#### 1.4.5 Família Mosaico ou Pluriparental

Esse novo modelo de família, não tão novo assim, é também conhecido por outras denominações como família *recomposta*, *reconstituída* ou *binuclear*. Essa nova modalidade de família representa os núcleos formados por pessoas separadas, divorciadas, solteiras, ou mesmo viúvas, que contraem novo casamento ou vivem em união estável. (DONIZETI et al., 2013)

Normalmente originadas pelo casamento ou união de fato de um casal com filhos comuns e/ou oriundos de relacionamentos anteriores, essas relações resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente favorecidas pelo divórcio, pela separação e pelo recasamento. Caracterizadas pela multiplicidade de vínculos, pela interdependência e pela ambiguidade das funções dos novos casais que, tendo filhos de relações anteriores, carregam os deveres em relação a esses filhos, que não se transferem com a nova união (família monoparental). (DIAS, 2011)

Ainda não alcançada pela norma a família mosaico ou pluriparental tem ainda como característica ser formada por um núcleo conjugal e parental, elemento novo para o Direito de Família que trata apenas da relação conjugal. Essa formação familiar carece tanto de regulamentação quanto de tratamento adequado pela doutrina, que ainda não resolveu questões em relação aos direitos sucessórios dos filhos não comuns, impedimentos matrimoniais em caso de relações entre não-irmãos, colateralidade, dever de prestação de alimentos, entre outras questões de cunho patrimonial e moral. (DONIZETI et al., 2013)

#### 1.4.6 Família Monoparental, Parental/Aparental

Ainda em relação à pluralidade de modelos de família, é reconhecida constitucionalmente (artigo 226, § 4º) como entidade familiar a família monoparental. Constituída pelo núcleo formado por um dos pais e seus filhos. Essa nova conformação pode se dar em decorrência da morte, da separação, do divórcio ou simplesmente do abandono familiar por um dos pais. (DONIZETI et al., 2013)

Mesmo diante da omissão constitucional, não se pode olvidar a existência de outros modelos de família de conformação diversa das mencionadas expressamente. Como exemplo, a família parental que é aquela formada a partir de vínculos parentais,

não conjugais. Esse modelo de família prescinde da presença do pai ou da mãe e pode se dar por várias formas de agrupamento: irmãos com irmãos, tios e sobrinhos, avós com netos, primos com primos, sogros com genro e noras, etc. (DONIZETI et al., 2013)

Há ainda a conceituação da família anaparental, que é aquela formada por pessoas que não possuem qualquer vínculo parental, mas estabelecem uma relação de convivência contínua e duradoura, baseada em projetos de vida comum e no afeto. (DONIZETI et al., 2013)

Maria Berenice Dias reconhece que “a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar [...]”. Não é portanto, o casamento, a diversidade de sexos, a diferença de gerações ou a verticalidade dos vínculos parentais, que determinam o reconhecimento de uma família como merecedora da proteção jurídica. (DIAS, 2011)

#### 1.4.7 Família Eudemonista

Ainda que o texto constitucional se refira expressamente apenas a alguns modelos de família, como já demonstrado, este rol não é taxativo, ao contrário, a indeterminação do conceito constante do artigo 226, ressalta a existência da pluralidade das famílias e garante, por conseguinte, a proteção do Estado a todos os tipos de família, conforme se infere da afirmação de que essa pluralidade se traduz em verdadeira *cláusula geral de inclusão*. (FARIAS et al., 2014)

Segundo a premissa de que toda família, independentemente de sua forma de constituição, é merecedora da proteção do Estado e as famílias são compostas por indivíduos que estão vinculados por laços de afeto, com ânimo de permanência e projetos de vida em comum, é que se infere que a proteção é destinada a promoção da dignidade da pessoa humana, e não propriamente da entidade familiar a qual pertençam. Segundo entendimento do doutrinador Paulo Lôbo:

“Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não

podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana”. (LÔBO, p.46 *apud* FARIAS et al,2014, p.88).

Neste diapasão, uma nova tendência de identificação da família vem surgindo no cenário do Direito de Família. Denominada por família eudemonista<sup>4</sup>, este novo modelo se identifica pelo seu envolvimento afetivo. É neste tipo de família que se busca a realização pessoal e individual de cada um dos seus membros, que mesmo se mantendo pautada nos laços de afeto e solidariedade, permite, porém, que cada indivíduo vivencie sua própria individualidade e sua busca pessoal de felicidade. (DIAS, 2011)

Maria Berenice Dias reforça esse conceito de família afetiva, de forma a diferenciá-la do modelo tradicional, pautado das relações formais do casamento:

“A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento”. (DIAS, 2011, p. 55)

---

<sup>4</sup> “Maria Berenice Dias conceitua o eudemonismo como a doutrina que enfatiza o sentido de busca pela felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito”. (DIAS, 2011, p.54)

## 2 FILIAÇÃO E DIREITOS SUCESSÓRIOS

### 2.1 Tipos de filiação

#### 2.1.1 Conceito de Filiação

O conceito de filiação é relativamente simples. O doutrinador Paulo Lôbo conceitua filiação de forma abrangente e moderna:

“Trata-se da relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga”. (LÔBO, 2011, p. 216)

Acrescenta ainda o autor que o parentesco que se estabelece com o pai chama-se paternidade e com a mãe maternidade. O termo filiação deriva do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos e seus pais, significa ainda dependência, enlace. (LÔBO, 2011)

Carlos Roberto Gonçalves ao tratar da filiação destaca as palavras de Zeno Veloso, para quem “todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos”. (VELOSO, p.7 *apud* GONÇALVES, 2014, p. 320)

Por essa breve exposição introdutória sobre de filiação, extrai-se que a conceituação contemplada no ordenamento jurídico nacional, que divide as formas de filiação em biológica e não biológica, certamente não consegue alcançar outros tipos de filiação que já fazem parte da realidade social, como e a filiação “afetiva” que é aquela que prescinde da existência de laços de consaguinidade ou de ordem civil. (MADALENO, 2013)

É fato que após o advento da Constituição Federal de 1988, essas formas de distinção deixaram de existir, passando todos os filhos, independentemente de sua origem, a serem apenas “filhos”. O texto constitucional (art.226,§6º), estabeleceu a absoluta igualdade entre os filhos, não admitindo qualquer distinção entre filiação

legítima ou ilegítima em atendimento ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

### 2.1.2 Breve Histórico

O conceito de filiação, hoje reconhecido constitucionalmente, precisou trilhar um longo caminho pautado na desigualdade e na discriminação. As muitas legislações pretéritas não deixaram dúvidas com relação a essa afirmação. A legitimidade da filiação estava diretamente relacionada ao casamento, discriminados todos os filhos advindos de outras relações afetivas.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald descrevem como era tratada a questão da filiação antes do Código Civil de 1916:

“Antes do advento do Código Civil de 1916, as Ordenações Portuguesas, que disciplinavam a solução dos conflitos familiares em nosso país, vislumbravam a filiação como uma espécie de “favor concedido aos filhos e um meio, oferecido aos pais, de exonerar a sua consciência e de melhorar a sorte dos inocentes frutos de seus erros” (Ordenações Filipinas, Liv. II, Tít. XXXV, § 4º). E mais, a regulamentação jurídica alcançava, tão só, os filhos legítimos ou naturais (nascidos de pessoas casadas entre si), “porque quanto aos espúrios (cujos pais conforme o Direito não se consideravam) hão de decorrer as suas más qualidades”. (Liv. II, Tít. LV, § 4º)”. (FARIAS et al, 2014, p.572)

O Código Civil de 1916 trilhou o mesmo caminho discriminatório ao dispor em seu artigo 337, que somente eram considerados filhos legítimos os concebidos na constância do casamento, ainda que este fosse anulado (art. 217), ou nulo (art. 221), se contraído de boa-fé. Este artigo somente foi revogado pela Lei nº 8.560, de 29.12.1992. (SOARES, 2004)

O projeto do Código Civil de 1916, de autoria do professor Clóvis Beviláqua, embora não trazendo disposições discriminatórias em relação à matéria da filiação, teve que suportar a ingerência do Congresso Nacional que fez constar do referido texto “a proibição de reconhecimento de filhos espúrios – adulterinos ou incestuosos – com base em motivos morais e na manutenção do matrimônio”. Clóvis Beviláqua, autor do projeto, teria, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, reagido ao que considerou injusto, nos seguintes termos:

“A proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos, que em nada concorreram para ela [...]. O direito moderno ainda mantém resquícios dessas ideias de injusto desconceito, com que se estigmatizam os bastardos”. (BEVILÁQUA, p.313-314, *apud* FARIAS, 2014, p. 572)

Segundo Orlando Gomes,

“A primeira brecha nesta orientação discriminatória do Código Civil se deu por uma interpretação, acolhida por alguns tribunais, da Carta Constitucional de 1937. Essa interpretação favorável se deu em função da existência de uma disposição contida na Carta que se referia aos filhos sem discriminá-los, isto posto somente em relação aos filhos “naturais”, aqueles concebidos por pessoas não impedidas de casar, solteiras ou viúvas, quanto aos demais permanecia a proibição de reconhecimento”.

Outras disposições legais se seguiram, como a lei que admitia que filhos de pessoas desquitadas pudessem ser reconhecidos, desde que fossem filhos desses mesmos pais separados e não de outras pessoas, o que os tornaria “adulterinos”, e, portanto sem direito ao reconhecimento. Também a Lei nº 883, de 21.10.1949, trouxe a perspectiva do reconhecimento dos filhos ilegítimos, desde que fosse dissolvida a sociedade conjugal, outra possibilidade de reconhecimento foi trazida pela Lei 6.151, de 26.12.1977 (lei do divórcio), que permitia o reconhecimento do filho havido fora do casamento em testamento cerrado, mesmo na vigência do casamento. (SOARES, 2004)

Tamanha era a discriminação, que mesmo um homem casado, querendo, não poderia reconhecer um filho oriundo de uma relação extraconjugal. Os filhos adotivos, por sua vez, não tinham qualquer direito sucessório em relação aos filhos ditos *legítimos*.

Filhos *legítimos* precediam de justas núpcias, sem casamento os filhos eram *ilegítimos*, que se dividiam em dois grupos: *naturais*, quando não havia impedimento dos pais para o casamento e *espúrios*, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Filhos *espúrios* ainda poderiam ser *adulterinos*, se um dos pais fosse impedido de casar por já ser casado e *incestuosos* se o filho fosse resultado de uma relação entre parentes próximos, como pai e filha ou irmão e irmã. Havia ainda previsão no Código

Civil de 1916, da *legitimação* de filhos, que nascidos antes das núpcias de seus pais, se tornariam *legítimos* ocorrendo o casamento destes. (GONÇALVES, 2014)

Muito se avançou em relação à filiação com o advento da Constituição Federal de 1988, que seguiu o mesmo entendimento já preceituado na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que recomendava aos Estados o reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento como os nascidos dentro dele. (FARIAS et al., 2014)

### 2.1.3 Filiação à Luz da Constituição e do Direito Civil

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a “Constituição cidadã”, baseada na proteção da dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, inaugurou no direito de família o princípio da igualdade entre todos os filhos. Essa é, ao lado da liberdade de constituição da entidade familiar e da igualdade em direitos e obrigações dos cônjuges, a grande revolução no direito de família brasileiro. (LÔBO, 2011)

Outra importante força normativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que teve sua origem nos diversos instrumentos de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, tratou, logo após o advento constitucional de proteger a igualdade entre os filhos. (MADALENO, 2013)

O Código Civil de 2002 (art. 1596), reproduzindo o texto constitucional, também passou a proibir qualquer distinção ou discriminação entre os filhos havidos ou não do casamento e entre os filhos consanguíneos e os adotivos. Mas apesar dessa determinação, o Código Civil atual manteve as bases conservadoras do Código de 1916, quando apresenta as formas de presunção de paternidade baseadas no casamento. Outra crítica dos doutrinadores civilistas é em relação ao não reconhecimento de forma clara no Código Civil da filiação socioafetiva. (MADALENO, 2013)

Apesar da dissonância do Código Civil atual, que ainda traz em seu texto dispositivos discriminatórios em relação à filiação a Constituição proclamou

claramente o *Estatuto único da filiação*, vedando qualquer discriminação aos filhos. Inaugurada, portanto uma nova ordem filiatória, baseada na promoção da dignidade humana, na solidariedade social, na igualdade e na liberdade. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ponderam ser esse o início de uma nova ordem que “implica em *funcionalizar* a filiação à realização plena das pessoas envolvidas (pais e filhos), além de *despatrimonializar* o conteúdo da relação jurídica”, entendem ainda ser a questão da filiação muito mais ampla que a simples causa para a transmissão da herança e que a proibição de qualquer discriminação é a forma mais eficiente da promoção do ser humano. (FARIAS et al., 2014, p.573)

#### 2.1.4 Critérios para a Determinação da Filiação

Assim como está sedimentada na sociedade a existência da pluralidade dos modelos de família, está também, inegavelmente, determinada a pluralidade da filiação, livre de desigualdades e discriminações conforme preceitua o texto constitucional. Inaugura-se uma nova realidade no Direito das Famílias, que após longo processo evolutivo, libertou-se dos critérios unicamente patrimonialistas e fundados no matrimônio para se determinar a filiação. (FARIAS et al., 2014)

Existem hoje três critérios adotados para a determinação da filiação que são: critério biológico, critério jurídico e critério socioafetivo. Necessário citar esses critérios para que se possa ter um ponto de partida na controvertida questão da filiação, que infelizmente, ainda perpassa em sua maioria, pela relação de parentesco determinada pelo casamento. (DIAS, 2011)

O critério biológico é determinado pelos laços de consanguinidade existentes entre pais e filhos, notadamente tendo seu reconhecimento facilitado pela popularização do exame de DNA. O critério jurídico, por sua vez consta do Código Civil e estabelece a paternidade por presunção e regulamenta a adoção, restando ao critério socioafetivo a determinação da filiação que prescinde do critério biológico e/ou jurídico para sua existência. (DIAS, 2011)

O Código Civil determina ainda a equiparação dos filhos *adotivos* aos filhos *consanguíneos*, deixando ao largo esclarecer a filiação advinda de “outra origem” (art. 1593). Essa lacuna deve ser preenchida por uma interpretação sistemática, que venha

a reconhecer igualmente outros tipos de filiação, como aquela originada da inseminação artificial heteróloga<sup>5</sup> e a filiação socioafetiva. Mas todas as formas de filiação, independentemente de sua origem, constituem vínculos de parentesco e são igualmente merecedoras dos mesmos direitos.(DIAS, 2011)

Embora a pluralidade da filiação consista em um fato social real e incontestado, importa destacar, por evidente interesse deste estudo, a conceituação da filiação biológica, da filiação por adoção ou legal e da filiação afetiva, determinada por laços afetivos.

### 2.1.5 Filiação Biológica

A determinação da filiação, antes tratada com base em conceitos jurídicos de presunção de paternidade, sem, contudo abordar de forma precisa a verdade biológica da filiação, cedeu importante espaço à inovação científica do exame de DNA<sup>6</sup> que veio contribuir com um grau de certeza científica quase absoluta (99,99%) na determinação da filiação biológica.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ressaltam a importância do exame de DNA para a determinação da filiação, sem, contudo desconsiderar a importância de outros critérios:

“É claro que, em determinados casos, é possível fixar o estado de filiação pelo critério biológico, servindo o DNA como poderoso instrumento. Bastaria imaginar o caso (aliás, são milhares, infelizmente, espalhados pelo nosso país) de um homem que após engravidar uma mulher, se recusa a registrar o filho. Realizado o exame de DNA e comprovado o vínculo biológico, por mais que inexista afeto entre pai e filho, é óbvio que deverá o juiz determinar a

---

<sup>5</sup> “Para efeitos de presunção de paternidade o Código Civil brasileiro, é *heteróloga* a inseminação artificial quando utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro. Entretanto, e para que não parem dúvidas, a cessão de material genético tanto pode implicar produto biológico do homem (espermatozoide), como da mulher (óvulos), mas o Código Civil dispõe exclusivamente acerca da presunção de paternidade na utilização de técnica de fecundação artificial heteróloga”. (MADALENO, 2013)

<sup>6</sup> “Desde o ano de 1865 quando, no Mosteiro de Bro, na Morávia, o monge GREGOR MENDEL, iniciou as pesquisas relativas à hereditariedade, promovendo experimentos com ervilhas coloridas, foi iniciado um importante processo científico de precisão na determinação da ancestralidade, com evidente impacto sobre a ciência jurídica. Dali em diante, não mais cessou o avanço na utilização da técnica. Mais adiante, já em, 1985, ALEC JEFFREYS veio a descobrir que as sequências de recombinações químicas descobertas eram únicas, exclusivas, em cada pessoa, vislumbrando a possibilidade de identificação de cada indivíduo através da leitura de sua carga genética”. (FARIAS, et al., 2014)

filiação pelo critério genético, científico. Até porque a sócio-afetividade somente pode ser utilizada para determinar o vínculo parental, jamais para negá-lo, O critério biológico também deve prevalecer não quando há vínculo afetivo formado, apesar da existência de registro civil de nascimento. É o caso do homem que registra um filho, porém com ele não estabelece qualquer relacionamento, restringindo-se, quando muito, a pagar a pensão alimentícia ou esporadicamente exercer visitas. Em tal hipótese, há de se aplicar o critério biológico”(FARIAS et al., 2014, p.615).

O exame de DNA possui hoje tal importância que a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que a recusa da parte em realizar o exame, supre a prova que se pretendia produzir no processo de investigação de paternidade. A súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça expressa essa presunção “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. (FARIAS et al., 2014)

Conclui Christiano Cassettari

“Que o parentesco biológico não é a única forma admitida em nosso ordenamento [...] Fustel de Coulanges afirmava que o princípio do parentesco não residia somente no ato material do nascimento (vínculo biológico), mas sim no culto, donde ocorria o que hoje denominamos afetividade”. (COULANGES, 2001, p.52 *apud* CASSETTARI, 2014, p.14)

A filiação biológica é determinada pelos laços de consanguinidade, pela verdade biológica que se estabelece no momento da concepção, e que pode ou não resultar do exercício de uma filiação plena, posto que outros importantes fatores devem estar presentes para a sua confirmação, como a afetividade.

#### 2.1.6 Filiação Adotiva

A adoção é definida por Arnold Wald, como “uma ficção jurídica que cria o parentesco civil, através de um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”. (WALD, p, 269 *apud* FARIAS, 2014, p.934). Também é esse o entendimento de Orlando Gomes, para quem:

“A adoção vem a ser o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se da ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço

de parentesco em primeiro grau e em linha reta”. (GOMES, p.340 *apud* FARIAS, 2014, p. 934).

Para Cristiano Chaves, o conceito de filiação vai mais além:

“Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no *afeto*, na *ética*, e na *dignidade* das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário” (FARIAS et al,2014,p.934).

Conforme exposto, o ato da adoção é também um ato jurídico, sendo, portanto regulado por leis que determinam as condições que devem existir para que se estabeleça esse novo vínculo parental. A Lei 12.010/09 – Lei Nacional de Adoção veio pôr fim à polêmica existente em relação a lei que deveria ser aplicada nos casos de adoção no Brasil. Essa nova lei estabeleceu ser o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, o diploma legal responsável por regular a adoção, inclusive sendo supletiva em casos de adoção de maiores de 18 anos.

Em linhas gerais, no Brasil, a adoção de crianças e adolescentes pode se dar por pessoas maiores de 18 anos, que não tenham uma diferença de idade com o adotando de mais de 16 anos. Outras condições são estabelecidas quanto à adoção de menores, como o período de convivência prévia obrigatório antes da adoção em definitivo, normalmente acompanhado por profissionais habilitados a identificar se este processo se deu de forma satisfatória, e que, tanto a família substituta quanto a criança se adaptaram a nova condição.

A adoção é um processo definitivo. A partir do momento em que ocorre a sentença judicial e o novo registro de nascimento, o adotado se converte em filho. Não pode a família substituta, depois de firmado o vínculo judicial, desfazer a adoção, tampouco o vínculo biológico anterior pode ser reestabelecido. Há ainda a obrigatoriedade da concordância de ambos os pais biológicos na adoção, e também a vontade da criança e do adolescente é fundamental nesse processo. (LÔBO, 2011)

A filiação adotiva é nas palavras de Rolf Madaleno “o exemplo mais pungente da filiação socioafetiva, psicológica espiritual, porque sustentada, eminentemente, nos

vínculos estreitos e únicos de um profundo sentimento de afeição”. (MADALENO, 2013)

A Constituição brasileira pôs fim à distinção entre a filiação biológica e a filiação não-biológica, hoje os filhos são denominados simplesmente filhos. Certo é que nem a filiação biológica, nem a filiação não-biológica, podem prescindir da existência da afetividade como berço da realização do ser humano. Rodrigo da Cunha Pereira defende ainda que é através da adoção, filiação afetiva por excelência, que se experimenta a verdadeira paternidade:

“O elemento definidor e determinante da paternidade certamente não é o biológico, pois não é raro o genitor não assumir o filho. Por isso é que se diz que todo pai deve adotar o filho biológico, pois só o será se assim o desejar, ou seja, se de fato o adotar”. (PEREIRA, p.133 *apud* FARIAS, 2014, p. 934)

### 2.1.7 Filiação Afetiva

Como conceituação simplista, filiação afetiva é aquela que prescinde de vínculos biológicos ou jurídicos (como no caso da adoção), tendo por fundamento a livre escolha e o afeto. A filiação afetiva pode se dar de várias formas. Belmiro Pedro Welter destaca que:

“A filiação afetiva pode também ocorrer naqueles casos em que, mesmo não havendo vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção, denominando filho de criação, (des) velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, “cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto”. (WELTER, 2002, p.133 *apud* CASSETTARI, 2014, p.14)

Com habitual precisão, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald conceituam a filiação afetiva ou socioafetiva encerrando toda a abrangência conceitual que esse tipo de filiação pode ter:

“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. Socioafetividade 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 gens”.(FARIAS et al, 2014, p. 617)

Em síntese, o filho afetivo é aquele gerado no ventre da mãe; é também aquele nascido “do coração”; é aquele que foi se chegando aos poucos ao ninho e foi ficando; é aquele sobrinho, cujos pais faleceram, e que foi integrado a nova família; é aquele que a ciência ajudou a vir ao mundo é aquele que, abandonado, viu seu mundo ser reconstruído; é aquele que já existia quando o pai ou a mãe chegou, enfim, são todos aqueles que passaram a pertencer pelos laços de amor e solidariedade a uma família.

## **2.2 Direito sucessório**

### **2.2.1 Conceito de Sucessão**

Suceder é substituir, tomar o lugar do titular de um direito no mundo jurídico. Sempre que uma pessoa tomar o lugar de outra em uma relação jurídica, há a configuração de uma sucessão. (VENOSA, 2013)

A palavra sucessão é de origem latina e significa, entre outras acepções, suceder, vir após, entrar no lugar de outrem. Essa substituição pode se dar no desempenho de certa atividade, função ou cargo, no âmbito empresarial e político, ou ainda com a transmissão da propriedade de bens, de direitos e de obrigações, passando de um titular a outro.(TARTUCE et al., 2013)

Como visto o conceito de sucessão é amplo e podendo ocorrer de duas formas: a sucessão *inter vivos* a sucessão *causa mortis*. A sucessão *inter vivos* se dá, conforme explicitado em seu conceito, entre pessoas vivas. A sucessão em função da morte é aquela em que se transmite a outras pessoas direitos e obrigações daquele que morreu, por disposição expressa da lei ou da expressão de última vontade do morto, através de testamento. (TARTUCE et al., 2013)

### **2.2.2 Direito das Sucessões**

A crença do homem de que poderia transcender à morte sempre existiu. Também é sabido que a personalidade surge com o nascimento e extingue-se com a morte. Para o Direito sucessório, porém, com a ocorrência da morte, subsistem as

relações jurídicas mesmo após a morte de seu titular. Ocorrendo a morte, o patrimônio precisa ser destinado a alguém que possa assumir sua continuidade, contando-se não somente com o interesse dos particulares, mas também do Estado, que quer ver regularizada uma situação que atinge a sua economia e a sociedade de modo geral. (VENOSA, 2013)

O Direito das sucessões cuida de regular a transmissão dos direitos e obrigações, após ocorrido o evento morte de uma pessoa. Ocorrendo a morte ocorre também a transmissão do patrimônio do falecido, entendido como as suas relações jurídicas ativas (créditos) ou passivas (débitos). (TARTUCE et al., 2013)

O direito à herança consta do texto constitucional, no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXX) e visa promover a proteção da família e os próprios interesses do Estado. Se assim não fosse, certamente não haveria interesse por parte dos indivíduos em trabalhar e produzir bens, não podendo estes serem transmitidos àqueles a quem o seu esforço se destinaria, ou seja, a segurança material de sua família. (VENOSA, 2013)

### 2.2.3 Sucessão *Causa Mortis*

A sucessão tem início com a morte, que pode ser descrita como um evento natural com repercussão jurídica. A abertura da sucessão é o início do processo, seguido da transmissão automática do patrimônio do *de cujus* àqueles legitimados a herdar, por lei ou por testamento.

Os sujeitos da sucessão são: o “*de cujus*”, termo que provém da locução latina *sucessione agitur* que significa “aquele de cuja sucessão se trata”. São sujeitos ainda, os *herdeiros*, que herdam a “título universal”, ou seja, uma universalidade de bens, representados por direitos e obrigações, e os *legatários*, que recebem bens determinados (legados).

A sucessão *causa mortis*, analisada neste estudo, pode ocorrer por duas formas: sucessão legítima, que decorre da lei, mais propriamente do Código Civil – Lei 10.406/2002, em seus artigos 1.784 a 2.027; e sucessão testamentária, essa por disposição de última vontade do de cujos, também disciplinada pela mesma Lei, em

seus artigos 1.857 a 1.990. Pode ocorrer ainda a sucessão legítima e a sucessão testamentária ao mesmo tempo. (TARTUCE et al., 2013)

A sucessão legítima tem por característica a definição em lei daqueles que estão legitimados a participar da sucessão do *de cuius*. O artigo 1829 do Código Civil estabelece uma ordem na sucessão, denominada de ordem da vocação hereditária. Em primeiro lugar na ordem de sucessão estão os descendentes em concorrência com o cônjuge, seguidos pelos ascendentes, também em concorrência com o cônjuge, o cônjuge sobrevivente e os colaterais até o quarto grau.

Outra classificação da lei se refere aos herdeiros necessários (art. 1.845), que se constituem dos descendentes, dos ascendentes e do cônjuge. A existência de herdeiros necessários determina o que se convencionou chamar de “*legítima*”, que é a parte indisponível da herança e deve se destinar a esses herdeiros, antes de quaisquer outros.

A sucessão testamentária, que é outra forma de sucessão *causa mortis*, se dá pela manifestação expressa do titular do direito que, em vida, dispõe de seu patrimônio em favor de pessoas determinadas. Mesmo essa expressão de vontade sendo manifesta em vida, a sucessão testamentária somente se concretiza após a morte. Caracterizada pela manifestação de última vontade do de cujos, há limitações impostas por lei em relação a essa liberalidade.

O artigo 1.857 em sua redação determina que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens ou de parte deles, para depois de sua morte”. Porém, o parágrafo primeiro do mesmo artigo faz uma ressalva à proteção da parte da legítima<sup>7</sup>, que não poderá fazer parte do testamento, caso existam herdeiros necessários legitimados a suceder.

Conclui-se, pelo exposto no texto constitucional que, aos herdeiros é garantido o direito de herança, e que esse direito pode representar muito mais que a simples transmissão de bens patrimoniais, pois a herança por vezes se constitui de bens que

---

<sup>7</sup> Artigo 1.846 do Código Civil/2002 – “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

não tem valor econômico relevante, mas que representam um elo de ligação entre as gerações. Representa ainda o direito ao reconhecimento público de uma relação construída ao longo de uma convivência solidária e afetuosa.

Destacados os temas relevantes em matéria sucessória, é importante destacar que em momento algum, no Direito sucessório atual, se faz qualquer distinção entre os descendentes. Consagrado constitucionalmente o princípio da igualdade absoluta entre os filhos, resta concluir que a legitimidade de todos, se dá em igualdade de condições, tenham sua origem determinadas por critérios biológicos ou afetivos.

Importante ainda, após as considerações em relação à filiação e ao direito sucessório, não deixar de distinguir a filiação adotiva propriamente dita, na qual se observam preceitos legais para sua distinção, da filiação puramente afetiva. A filiação afetiva independe de lei, de qualquer vínculo biológico e de qualquer outra forma de controle social. Ela se dá única e exclusivamente pela opção livre e consciente de uma pessoa que acolhe outra em sua família por laços de afeto, de amor e de solidariedade.

A evolução experimentada em relação ao conceito de família e de filiação não deixam dúvidas quanto ao amadurecimento de uma sociedade que busca acolher com igualdade todos os sujeitos de direito que fazem parte dessa nova realidade de pessoas livres e solidárias. É dever do Estado acompanhar essa evolução e propiciar meios para o exercício pleno dessa liberalidade, em atendimento ao princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana.

### 3 FILIAÇÃO DE CRIAÇÃO E AFETIVIDADE

#### 3.1 O filho de criação e a afetividade

##### 3.1.1 Conceito

Conceituar os chamados “filhos de criação” se faz necessário como recurso didático, mesmo sendo essa conceituação de caráter discriminatório, assim como as anteriores, contrária a igualdade entre todos os filhos preconizada pelo texto constitucional pátrio. Tal conceituação, entretanto, pretende auxiliar na compreensão de questões complexas que envolvem a determinação de direitos e deveres entre pais e filhos, que assim se tornaram por ostentar uma relação paterno-materno-filial fundada em laços de afeto e na livre escolha. O filho de criação é antes de tudo um filho socioafetivo. E assim o é, por ostentar essa condição perante a sociedade, mesmo carecendo essa relação de qualquer laço de consanguinidade ou jurídico.

Jorge Siguemitsu Fujita ao tratar do tema da filiação socioafetiva, insere o filho de criação neste contexto e busca construir uma definição que contemple o conceito, a forma como se dá essa relação e os sujeitos que fazem parte dela. De forma abrangente o autor se refere aos denominados “filhos de criação” como sendo:

“Filhos de criação são os que, embora pertencentes a outrem, são sustentados, educados, amados e providos por casais que os consideram como filhos próprios, embora apenas se encontrem sob sua guarda, e não sob o amparo de uma adoção. A palavra criação tem o significado de “afeição, adoção, aceitação, sustento e guarda”. Podem ser órfãos; parentes distantes; ou filhos de uma empregada que os deixou na casa do empregador doméstico, diante da impossibilidade de os criar; ou os filhos de um compadre ou comadre; os filhos de um amigo pobre; enfim, pessoas de qualquer origem. Trata-se de uma adoção informal ou de fato, não podendo, para alguns, ser considerados filhos adotivos, por não haver amparo legal, inexistindo equiparação aos filhos biológicos, para os devidos efeitos jurídicos”(FUJITA, 2008, p.83).

Conforme entendimento doutrinário, esse tipo de filiação é determinado predominantemente pelos aspectos afetivos e sociais que, materializados na convivência cotidiana e externados de forma inequívoca, constituem a verdade

socioafetiva<sup>8</sup>, que em alguns casos podem se sobrepõe à verdade jurídica ou mesmo à verdade biológica.

Sobre esse tema Rosana Fachin assevera que:

“Sobressai a importância da engenharia genética no auxílio das investigações de paternidade; sem embargo dessa importante contribuição, é preciso equilibrar a verdade socioafetiva com a verdade de sangue. O filho é mais que um descendente genético e se revela numa relação construída no afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica cede espaço à ‘verdade do coração’. Na construção da nova família deve se procurar equilibrar essas duas vertentes, a relação biológica e a relação socioafetiva”. (FACHIN,2004, *apud* PEREIRA,2004,p. 428)

Colaborando com a premissa de que a verdade socioafetiva é um importante elemento determinante da filiação, Julie Cristine Delinski expõe que “a paternidade sócioafetiva não se funda no nascimento, mas num ato de vontade, pois é o cuidado, o amor e a convivência que revelam e definem a paternidade [...]”. (DELINNSKI, 1997 *apud* VENCESLAU, 2004, p.116)

Da mesma forma, Tânia da Silva Pereira propõe que é preciso abandonar a importância excessiva que se atribui ao aspecto biológico em relação a paternidade, como é comum nos países latinos, devendo-se ressaltar outros aspectos mais importantes como o carinho, cuidado e proteção que são dedicados àqueles que são escolhidos como filhos (VENCESLAU, 2004). Também partilha do mesmo entendimento Maria Christina de Almeida, para quem:

“[...] a paternidade é hoje, acima de tudo, socioafetiva, moldada pelos laços afetivos cujo significado é mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho pelo pai, dia a dia, revelam uma verdade afetiva, em que a paternidade vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em integração e interação paterno-filial” (ALMEIDA, 2001, p.161 *apud* PEREIRA, 2004, p. 429).

---

<sup>8</sup> “Luiz Edson Fachin foi dos pioneiros em preconizar maior valorização da socioafetividade. Distingue corretamente os três grandes critérios do direito ocidental para estabelecimento da paternidade (maternidade) ou filiação: critério da verdade legal, critério da verdade biológica e critério da verdade socioafetiva. A última parte da ideia de que a paternidade se constrói e recupera a noção de posse de estado de filho”. (PEREIRA, 2004)

Rodrigo da Cunha Pereira vai além em sua análise ao afirmar que a paternidade não é somente um fato da natureza, mas, antes de tudo, um fato cultural. Defende ainda, que a paternidade é uma função exercida ou um lugar ocupado por alguém, que não precisa ser necessariamente o pai biológico. (FARIAS, 2004)

A Constituição brasileira de 1988 e o Código Civil brasileiro de 2002, trouxeram uma nova perspectiva ao entendimento da paternidade em seu sentido mais profundo e real, ultrapassando o conceito da paternidade fundada apenas no vínculo biológico. O artigo 1593<sup>9</sup> do Código Civil dispõe de forma implícita, sobre a possibilidade de determinação da paternidade por meios estranhos ao simples laço consanguíneo.

Ainda em relação a paternidade como função, Rodrigo da Cunha Pereira, destaca a importância da Lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe inovações acerca da concepção de poder familiar e paternidade, fazendo referências aos “pais sociais”, dissociados do vínculo biológico. Essa nova concepção busca destacar a importância da função social da paternidade para além dos liames meramente genéticos. (PEREIRA, 2012)

Mas apesar de todos esses fatores analisados, chega-se à conclusão de que o filho de criação por não possuir vínculos de consanguinidade (como os filhos de origem biológica), nem tampouco vínculos civis ou jurídicos (como na adoção), têm na sua situação social e jurídica o caráter da incerteza, sendo a comprovação de seu estado de filiação vinculado às ações judiciais de reconhecimento de paternidade.

A ação de reconhecimento de paternidade nesses casos, carente de provas de vínculo biológico ou jurídico, se pauta principalmente pela comprovação de alguns elementos que venham a confirmar a existência do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. Para tanto, torna-se indispensável abordar o tema da “posse de estado de filho”, critério doutrinário que tem prestado grande auxílio ao embasamento de decisões jurisprudenciais acerca da determinação da filiação.

---

<sup>9</sup> Artigo 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem.

### 3.1.2 Posse de Estado de Filho

O ordenamento jurídico brasileiro não traz de forma expressa a noção de posse de estado de filho, sendo essa uma construção doutrinária. Para Maria Berenice Dias a noção de posse de estado de filho é “expressão forte e real do nascimento psicológico, a caracterizar a filiação afetiva”. (DIAS, 2005)

Para José Bernardo Ramos Boeira:

“A filiação que resulta da posse de estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de “outra origem”, isto é de origem afetiva [...]. A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação [...]. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva”. (BOEIRA, p.54 *apud* DIAS, 2011, p.372)

A prova da filiação afetiva passa principalmente pelo reconhecimento da reciprocidade de tratamento afetivo entre pais e filhos, que por assim se comportarem e se apresentarem diante da sociedade, expõe publicamente essa condição, tornando-a merecedora do tratamento jurídico. Essa é o que se convencionou chamar de teoria da aparência, na qual se apresenta ao direito uma situação de fato.(FARIAS et al., 2014)

Paulo Lôbo destaca os elementos pelos quais se pode buscar determinar a filiação afetiva e como se pode observar a aparência desse estado de filiação:

“[...] revela-se pela convivência familiar, pelo efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo, enfim, pelo comportamento que adotam outros pais e filhos na comunidade me que vivem. De modo geral, a doutrina identifica o estado de filiação quando há o *tractatus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como pais), *nomen* (a pessoa porta o nome de família dos pais) e *fama* (imagem social ou reputação: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram). Essas características não necessitam estar presentes, conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido, em caso de dúvida”. (LOBÔ, 2011, p. 237)

O entendimento doutrinário atual destaca esses três elementos que devem ser considerados para o estabelecimento da filiação: a utilização do nome da família, o

tratamento de filho e a fama (reputação). A exigência com relação a utilização do nome da família não é fator determinante para o estabelecimento da posse de estado de filho, posto que em regra no Brasil é mais comum a utilização do prenome, sendo assim não se torna indispensável o uso do patronímico paterno.(FARIAS et al., 2014)

Além dos elementos que consagram a posse do estado de filho, outros meios de prova podem ser utilizados, desde que admitidos em direito, para auxiliar no convencimento do juiz, não existindo restrições ou hierarquia entre elas. Podem ser utilizadas provas documentais, periciais ou testemunhais entre outras, obedecendo-se a um dos dois requisitos exigidos por lei: o início de prova escrita no processo, proveniente dos pais ou a presunção de uma situação de fato irrefutável. (LÔBO, 2011)

A posse de estado de filho, no Código Civil de 1916 não foi acolhida como elemento autorizativo de reconhecimento compulsório, por depender principalmente de prova testemunhal. Apesar de não positivado, esse elemento é hoje admitido pela Doutrina e pelo Direito Comparado como de grande contribuição quando utilizado de forma criteriosa. (PEREIRA, 2014)

Caio Mário da Silva Pereira observa acerca da utilização da posse de estado de filho como elemento de prova nas ações de reconhecimento da filiação afetiva:

“É preciso, todavia, cuidar o julgador de aferir efetivamente se se trata de autêntica posse de estado, ou se a conduta do investigado para com o investigante permaneceu em nível de solidariedade humana, piedade cristã ou sentimento de amizade, que inspiraram dispensar ao investigante carinhos, cuidados e proteção por motivos outros, que não a paternidade [...] E essa cautela é tanto mais necessária, quanto mais difícil muitas vezes distinguir da estima nascida da convivência, ou outras causas, a afeição paterna”. (PEREIRA, 2014, p.413)

Coadunando com essa ideia Cristiano Chaves aponta que:

“Naturalmente, a filiação socioafetiva não decorre da prática de um único ato. Não teria sentido estabelecer um vínculo tão sólido através de um singular ato. É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicitam, com clareza, a existência de uma relação entre pai/mãe e filho. Enfim, não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso que o afeto

sobrepuje, seja o fator marcante, decisivo, daquela relação”. (FARIAS, 2014, p. 619)

Estabelecido o vínculo socioafetivo em razão da posse do estado de filho, este permanece preponderante, visto que goza da mesma proteção jurídica conferida ao vínculo biológico, não admitindo qualquer contradição fundada em provas de filiação genética, sobrepujando-se a esta, pela configuração da filiação afetiva. (FARIAS et al., 2014)

No entendimento de Paulo Lôbo “a tutela jurídica da posse de estado de filiação abriga os chamados filhos de criação, enquadráveis na filiação socioafetiva”. (LÔBO, 2011, p. 237)

Neste diapasão, o Mestre Danilo Porfírio de Castro Vieira, reforça esse entendimento ao afirmar em seu artigo que, ao filho de criação é devido o mesmo direito de acesso ao judiciário concedido aos filhos biológicos nos casos de investigação de paternidade, em atendimento ao princípio constitucional da igualdade entre todos os filhos (VIEIRA, 2015)

Cumpridas as formalidades legais e comprovada em ação judicial própria o reconhecimento da posse de estado de filho, segue-se o estabelecimento do vínculo de paternidade ou maternidade socioafetivo, não se tornando mais possível a sua revogação ou alteração por interesse de qualquer das partes. Os efeitos jurídicos desse vínculo são estabelecidos automaticamente: o direito à herança, alimentos, etc. (FARIAS et al., 2014)

Por fim, há que se considerar, a despeito de toda a discussão doutrinária acerca da filiação socioafetiva, que o direito ao reconhecimento da relação filial socioafetiva é corolário do princípio da igualdade entre todos os filhos e do princípio maior da promoção da dignidade da pessoa humana. O direito ao reconhecimento jurídico e social da condição de filho é inerente ao direito de personalidade e tem um papel fundamental na promoção do ser humano no direito de família contemporâneo, que tem como novo paradigma das relações familiares o afeto e a solidariedade.

Apesar de toda a evolução que o direito de família vem experimentando ao longo do tempo, inexistente no ordenamento jurídico pátrio uma legislação específica que contemple as pretensões filiatórias dos filhos ditos “socioafetivos”. Ao filho de criação, que não possui qualquer vínculo biológico ou jurídico com seus pais, resta a busca através do Poder Judiciário do reconhecimento da sua condição de filho e dos direitos dela decorrentes.

### 3.1.3 Análise Jurisprudencial

Com o objetivo de ilustrar como vem sendo tratada na jurisprudência dos Tribunais brasileiros a questão do reconhecimento do vínculo familiar afetivo e, conseqüentemente, como vem sendo tratada a questão do direito sucessório que dele decorre, faz-se necessário a apresentação da análise de um caso concreto julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Trata-se do julgamento de um recurso de apelação contra a decisão que julgou procedente a “ação declaratória de estado familiar” movida por uma mulher que buscou através do Poder Judiciário o reconhecimento de seu estado de “filha socioafetiva”. Essa declaração foi concedida e lhe foi atribuído conseqüentemente, todos os direitos e deveres dela decorrentes.

“PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUTORA QUE, COM O ÓBITO DA MÃE BIOLÓGICA, CONTANDO COM APENAS QUATRO ANOS DE IDADE, FICOU SOB A GUARDA DE CASAL QUE POR MAIS DE DUAS DÉCADAS DISPENSOU A ELA O MESMO TRATAMENTO CONCEDIDO AOS FILHOS GENÉTICOS, SEM QUAISQUER DISTINÇÕES.

PROVA ELOQUENTE DEMONSTRANDO QUE A DEMANDANTE ERA TRATADA COMO FILHA, TANTO QUE O NOME DOS PAIS AFETIVOS, CONTRA OS QUAIS É DIRECIONADA A AÇÃO, ENCONTRAM-SE TIMBRADOS NOS CONVITES DE DEBUTANTE, FORMATURA E CASAMENTO DA ACIONANTE.

A GUARDA JUDICIAL REGULARMENTE OUTORGADA NÃO É ÓBICE QUE IMPEÇA A DECLARAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, SOBRETUDO QUANDO, MUITO ALÉM DAS OBRIGAÇÕES DERIVADAS DA GUARDA, A RELAÇÃO HAVIDA ENTRE OS LITIGANTES EVIDENCIAM INEGÁVEL POSSE DE ESTADO DE FILHO.

AÇÃO QUE ADEQUADAMENTE CONTOU COM A CITAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO, JUSTO QUE A SUA CONDIÇÃO DE GENITOR GENÉTICO NÃO PODERIA SER AFRONTADA SEM A PARTICIPAÇÃO NA DEMANDA QUE REFLEXAMENTE

IMPORTARÁ NA PERDA DAQUELA CONDIÇÃO OU NO ACRÉSCIMO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O estabelecimento da igualdade entre os filhos adotivos e os biológicos, calcada justamente na afeição que orienta as noções mais comezinhas de dignidade humana, soterrou definitivamente a ideia da filiação genética como modelo único que ainda insistia em repulsar a paternidade ou maternidade originadas unicamente do sentimento de amor sincero nutrido por alguém que chama outrem de filho e ao mesmo tempo aceita ser chamado de pai ou de mãe.

Uma relação afetiva íntima e duradoura, remarcada pela ostensiva demonstração pública da relação paterno-materna-filial, merece a respectiva proteção legal, resguardando direitos que não podem ser afrontados por conta da cupidez oriunda de disputa hereditária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.034517-3, da comarca de Lages (Vara da Família), em que são apelantes L. L. S. e outros, e apelada A. A. da S. O.:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Victor Ferreira, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 18 de outubro de 2012. Jorge Luis Costa Beber. Relator”.

Em sede de Recurso de Apelação, os demandados alegaram em preliminar a impossibilidade jurídica do pedido por entenderem não haver no direito pátrio o instituto da adoção póstuma ou a possibilidade do pleito a herança daquele que não é adotado. Também alegaram que o casal em questão obteve a guarda da apelada, cumprindo todos os deveres inerentes a ela, e que este instituto não poderia ser confundido com a adoção, tampouco conferindo a esta relação laços de parentesco.

Alegaram ainda, que em nenhum momento da convivência familiar foi aventada a intenção da adoção, que entendem não poder ser coercitiva, e ainda que a apelada mantinha relacionamento com o pai e irmãos biológicos, e que a sucessão hereditária seria fato impeditivo da adoção afetiva.

A autora por sua vez alegou em seu favor que, após a morte de sua mãe biológica, que era empregada doméstica dos demandados, sempre recebeu destes o tratamento de filha e estudou nos mesmos colégios frequentados pelos filhos biológicos do casal demandado. Alegou ainda, que seu nome constava como filha na declaração de imposto de renda do demandado, que sempre fora apresentada à

sociedade como filha, como demonstrado nos convites para o seu baile de debutantes e de casamento, onde figuram os nomes dos demandados como seus pais.

Outrossim alegou que seu filho também sempre foi tido como neto dos demandados e que foi ela, e não os filhos biológicos, que dispensou cuidados à mãe quando esta foi acometida da enfermidade que a levou a óbito. Referiu, por fim, que após mais de duas décadas de convivência harmônica e afetiva com a família que acreditava pertencer em verdadeira posse se estado de filiação, viu, com o óbito e a abertura da sucessão de sua mãe afetiva, esses laços de afeto desencadearem para uma disputa onde o predomínio da avareza se fez presente.

Analisando as teses de defesa apresentadas pelos apelantes, o Relator acerca da alegada impossibilidade jurídica do pedido, fundamentou sua inadmissibilidade nas mudanças paradigmáticas ocorridas no direito de família atual, onde as relações familiares não se baseiam mais somente nos modelos tradicionais advindos do casamento, havendo uma pluralidade dessas conformações familiares baseados fundamentalmente nas relações afetivas. Assentou também sua decisão proclamando os princípios constitucionais da proteção à dignidade da pessoa humana, da igualdade entre todos os filhos e da igual proteção a todas as conformações familiares, ambos presentes na Carta Constitucional.

Baseado nesses preceitos constitucionais da igualdade de tratamento e direito de todos os filhos, foi julgada admissível a formulação do pedido de declaração de filiação socioafetiva, desde que provada a existência do que se convencionou chamar de posse de estado de filiação, que se caracteriza pela demonstração eficaz da relação íntima, duradoura e pública e pelo tratamento existente na relação paterno-filial. Utilizou-se ainda, o julgador do argumento de que a pretensão tendo esteio no artigo 5º, XXXV<sup>10</sup> da Constituição Federal e inexistindo vedação expressa no ordenamento jurídico, não se pode falar em pedido juridicamente impossível.

Mesmo diante dessa argumentação não se deixou de considerar, neste julgado, a existência de casos que não se revestem das condições necessárias para a determinação da filiação socioafetiva, levando-se em conta outras relações de afeto

---

<sup>10</sup> “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

construídas sobre as bases da solidariedade humana, da piedade cristã ou no sentimento de amizade e não propriamente do desejo de se estabelecer uma relação paternal.

Em relação à coercitividade da adoção alegada pelos apelantes, o julgador descartou essa possibilidade pela fragilidade da argumentação apresentada. O fato do exercício da guarda pelos demandados não excluiu a relação de filiação socioafetiva que foi construída ao longo da convivência familiar. E ademais não se destinou essa ação à adoção, mas a declaração de filiação socioafetiva que é instituto diverso daquele e que se destina a reconhecer uma situação que já se estabeleceu de fato. Não há que se falar nesse caso em inexistência de intenção de adotar e sim nos fatos já consumados.

O magistrado assenta ainda em seu julgamento que a relação socioafetiva não se dá somente ao arbítrio da vontade de uma das partes, o que configuraria uma situação meramente potestativa, o que não seria razoável e tampouco atenderia ao princípio da dignidade da pessoa humana. Invocou também os postulados civis-constitucionais da responsabilização familiar e da não-discriminação.

As provas testemunhais e documentais apresentadas pela autora foram suficientemente robustas para embasar a decisão favorável obtida já em primeira instância. Mesmo diante da negativa da intenção de adotar e da alegação de que a autora não era tratada como filha, restou comprovada de forma clara que esta era tratada como filha, tendo tido acesso a todas oportunidades concedidas aos filhos biológicos. A autora estudou em escolas particulares, fez viagens, frequentou os clubes sociais juntamente com a família. Também comprovou essa condição através dos convites de formatura, do baile de debutantes e de seu casamento, eventos estes que foram custeados pelos pais, que assim se autoproclamavam, tendo seus nomes estampados nos convites dos eventos citados.

Os apelantes também apresentaram testemunhas afirmando que a autora não gozava do mesmo tratamento que os filhos biológicos do casal, entretanto não conseguiram esclarecer em que consistia essa distinção.

Também foram apresentadas provas documentais, como a cópia de uma petição inicial de uma ação de reparação de danos, motivada por um acidente de trânsito, em que a autora consta como filha e presta depoimento nessa condição. Outra prova documental apresentada foi a da associação da autora no clube social frequentado pela família na condição de filha.

Entre outros fatores determinantes dessa decisão judicial está a perenidade da relação familiar estabelecida entre a autora e a família, mesmo após a autora ter atingido a maioridade. Isso demonstra que essa relação se estabeleceu para além das obrigações decorrentes da guarda.

Após apresentadas essas considerações acerca do julgado em questão, o magistrado confirmou a decisão do juiz de primeiro grau, acrescentando não haver dúvidas quanto a caracterização da posse de estado de filho, presentes os requisitos necessários para a confirmação do vínculo socioafetivo.

Ao final do relatório foi anexada a decisão proferida pelo juiz de primeiro grau, que vem a acrescentar elementos importantes acerca do tema julgado:

"Pelo conjunto probatório amealhado, portanto, conclui-se sem dúvida que a **autora era conhecida e reconhecida pelos familiares e pela sociedade como se filha fosse do casal** (fama - *reputatio*). Foi contínua e ininterruptamente tratada como filha, chamada de filha, recebendo as mesmas oportunidades pessoais/ sociais/ financeiras que foram oferecidas aos **filhos** biológicos do **casal (tratamento - *tratus*)**. Por vezes, até utilizava o patronímico dos réus para o exercício de alguns atos da vida civil (nome - *nominatio*), embora esta circunstância seja irrelevante para o sucesso da pretensão, porquanto o uso do nome é dispensável para a caracterização da posse do estado de filho" (fls. 453).

Gize-se, além disso, que o acervo probatório também revela que a apelada perdeu os laços com seu genitor biológico - que sequer contestou o pedido - certamente porque encontrou ela em seus pais socioafetivos o vínculo e o amor paternal.

[...] "a ação declaratória de **paternidade socioafetiva** se presta justamente para 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"(Extraído do corpo do acórdão da apelação cível nº

70049187438, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 06/09/2012).

*Por fim, há que ser rechaçada a aventada impossibilidade de a **autora** ser herdeira nas sedes **biológica e socioafetiva**. É fato incontroverso que a **mãe biológica** da demandante/recorrida faleceu quando esta tinha somente **quatro anos de idade**.*

*Pelo princípio da saisine, a herança transmite-se desde a abertura da sucessão, o que, na espécie, deu-se quando a requerente sequer tinha capacidade civil para renunciar à herança deixada por sua **mãe**. É dizer, a apelada não pôde optar em receber ou não a herança, sendo certo que ninguém pode ser prejudicado por fato que não deu causa.*

Assim, parece claro que o fato de a **autora** figurar como herdeira no âmbito do parentesco, e pretender ostentar a mesma qualidade na esfera da socioafetividade representa fato meramente circunstancial, sem que tenha o condão de rechaçar a pretensão aviada na peça de ingresso, sobretudo porque "*a filiação **socioafetiva**, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica". (grifo nosso, Apelação Cível n. 2011.005050-4, de Lages, rel. Des. Fernando Carioni).*

As considerações formuladas no voto do magistrado da primeira instância refutam os argumentos apresentados em sede de contestação pelos demandados. O primeiro deles se refere ao conjunto probatório apresentado que não deixou dúvidas quanto à presença de todos os elementos que configuram a posse de estado de filho, elemento indispensável para a propositura da ação de reconhecimento de paternidade. Foram comprovados o tratamento e a reputação que ostentavam no âmbito familiar e social da relação paterno-filial; e também o uso do nome, este não obrigatório, quando em diversas ocasiões a autora o utilizou para realizar atos da vida civil. Também restou comprovada a perda dos laços entre a autora e o pai biológico, que não veio a contestar a ação proposta.

Outro aspecto importante destacado neste processo, se refere a impossibilidade de se pleitear a herança socioafetiva e a herança hereditária ao mesmo tempo. O magistrado defendeu que, segundo o princípio da saisine<sup>11</sup> a autora, quando da morte de sua mãe biológica, não tinha capacidade civil para aceitar ou renunciar a herança, não podendo ser penalizada por fato a que não deu causa.

O magistrado ponderou ainda a respeito da controvérsia gerada em razão da

---

<sup>11</sup> Saisine é um instituto do Direito das Sucessões estampado no artigo 1784 do Código Civil, e determina que "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

ação proposta. Aduziu que este é um direito que não pode ser negado à postulante, visto não existir no ordenamento jurídico ação própria e tampouco outro meio eficaz para se apurar seus direitos a paternidade. Ressaltou que este acaba se tornando o único mecanismo de resolução dos conflitos, por reconhecer que as pessoas não costumam de precaver de situações futuras, e que a realidade se apresenta mais forte que qualquer tese jurídica. (Extraído do corpo do acórdão da apelação cível nº 70049187438, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 06/09/2012).

Realizada essa análise, não se pode olvidar que existam casos em que a Jurisprudência tem decidido de forma contrária ao julgado supra analisado. É importante se observar que nem todas as pretensões de reconhecimento de paternidade socioafetiva se confirmam por prescindirem dos elementos probatórios suficientemente válidos para se reconhecer tal estado. Exemplo desse posicionamento está contido no Recurso Especial julgado pela 3ª Turma pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão recente.

No caso apresentado, a autora se insurge contra a decisão do Tribunal que denegou sua pretensão de ser reconhecida como filha afetiva de um casal, cujo marido morreu, deixando à mulher e o filho adotivo todos os bens. Ela alegou ter sido criada como filha pelo casal desde os 4 anos de idade, quando foi entregue por sua mãe biológica que não tinha condições financeiras de sustentá-la e aos outros quatro filhos.

A autora teve seu nascimento registrado somente aos 5 anos de idade por sua mãe biológica, a pedido do casal. Essa providência foi tomada quando a autora, que não tinha o Registro de Nascimento, precisou ser matriculada no ensino regular. Quando tinha 18 anos, o casal adotou um filho, e após 16 anos de convívio a autora deixou de viver com estes para casar-se, aos 19 anos.

Falecido o marido, o inventário foi aberto contemplando apenas a mulher e o filho adotivo do casal. Inconformada a autora pleiteou em juízo o reconhecimento de sua filiação afetiva e os consequentes direitos sucessórios. Sua pretensão foi rejeitada por faltarem os requisitos necessários ao reconhecimento de sua condição de filha

socioafetiva, conforme conjunto probatório analisado em todas as decisões.

[...] No mérito, bate-se o recorrente quanto às conclusões do Tribunal de origem ao apreciar as provas, afirmando que diferentemente do que fora decidido, as provas coligidas apontam, sim, para existência de filiação socioafetiva.

[...] O recorrente, em relação à irresignação, afirma textualmente que:

Como asseverado na decisão fustigada, o casal criou a autora como filha, sendo que a comunidade local tinha a menina como filha adotiva do casal, o que demonstra a forte vinculação havida entre as partes e configura a paternidade e a maternidade socioafetiva. Nessa esteira, entende-se que o acórdão mal valorou a prova dos autos, impondo seja revalorada. (fl. 495, e-STJ)

Atenta ao fato de que a revalorização das provas é medida excepcional na estreita via do recurso especial, pinço, do acórdão recorrido, os elementos formadores da convicção adotada pelo Tribunal de origem:

[...] No caso sub judice, aliás, chama a atenção o fato da autora possuir o patronímico da mãe biológica e ter sido registrada por R. em abril de 1970, quando já contava 5 anos de idade (fl. 158) e já estava sendo criada pelo casal O. e I... Segundo informações trazidas aos autos por E. (fl. 195), foi o casal quem chamou a mãe biológica de L. para registrar a menina, para fins de matriculá-la na escola... Declarou a testemunha que "I. foi fazer a matrícula de L. na escola, mas não tinha nem a certidão de nascimento. Tiveram que chamar a mãe biológica para registrar a criança, isso em idade escolar".

Ou seja, a tese esgrimida pela autora é desabonada pela prova testemunhal, onde resta inequívoco que L. foi criada pelo casal, sendo o que na época chamavam de 'filha de criação'...

[...] Com efeito, a prova dos autos está a apontar a possibilidade de um vínculo afetivo entre a autora e o casal, O. e I., ambos já falecidos, mas é certo que se eles pretendessem tê-la como filha, o teriam feito, assim como fizeram com o réu R., que foi adotado pelo casal ou registrado como filho, tendo sido procedida a chamada 'adoção a brasileira', fato este que – friso – não ficou claro nos autos... (fls. 449-450, e-STJ).

Extrai-se dos autos, portanto, que a autora conviveu com o casal ao longo de aproximadamente 16 anos, época em que recebeu carinho, moradia, alimentação e acompanhamento escolar, mas ela mantinha contato com a mãe biológica e jamais adotou o patronímico de O. Ou seja, viveu por cerca de 16 anos na condição de 'filha de criação', mas não foi adotada por eles!

Registre-se, ainda, que não consta nos autos qualquer documento capaz de evidenciar que o casal reconhecesse a autora como sendo filha, sendo que os documentos de fls. 16/19 e 158 indicam R. como mãe.

Ora, se o casal pretendesse reconhecer L. como filha certamente teria registrado a menina como tal, pois tal prática era bastante comum naquela época, ao invés de chamar R. para fazê-lo (fl. 158 e 195). Assim, é preciso convir que se o casal pretendesse que L. fosse

reconhecida como filha, certamente teria feito o reconhecimento perante o registro civil ou promovido a sua adoção, ou mesmo lavrado algum instrumento público neste sentido, mas isso jamais foi feito. E não foi lavrado sequer testamento manifestando tal manifestação de vontade, nem mesmo fazendo qualquer deixa testamentária ou legado...

Além disso, para que pudesse ocorrer, no caso em exame, a posse do estado de filho, deveriam estar presentes os três elementos clássicos antes referidos e que, como explica LUCIANO ANDRÉ LOSEKANN (in “Paternidade: elo biológico ou afetivo?”), são a *nominatio*, caracterizada pela utilização do mesmo patronímico que o suposto pai; a *tractatio*, que vem a ser a demonstração de afeto que o postulante nutre ou nutria pelo apontado pai; e a *reputatio*, representada pela notoriedade social da situação socioafetiva. (e-STJ fl. 452 - com adaptações).”

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.663 - RS (2010/0067046-9).  
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. RECORRENTE:  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.  
PROCURADOR: JUAN CARLOS DÚRAN E OUTRO(S).  
RECORRIDO: R D. ADVOGADO: RICARDO ALEXANDRE SAUER E  
OUTRO(S). INTERES.: L C. ADVOGADO: VALDEMIRO  
TANNENHAUES E OUTRO(S). RELATORA: MINISTRA NANCY  
ANDRIGHI”**

A decisão do Tribunal traz elementos em sua fundamentação que merecem ser destacados. O casal em questão não procedeu ao registro da autora como sua filha, mesmo essa sendo uma prática comum à época, configurando assim o que se chama de “adoção à brasileira”<sup>12</sup>, ao invés disso, chamaram a mãe biológica para fazê-lo. Também não procederam sua adoção formal, assim como fizeram com o réu desta ação. Restou clara a ligação de afeto que existiu entre a autora e o casal, ambos já falecidos, que lhe prestaram apoio, carinho, acompanhamento escolar, moradia. Estes fatos, porém não foram suficientes para se configurar uma relação de paternidade-maternidade socioafetiva, porquanto a autora usava do patronímico da mãe biológica e com ela mantinha laços filiais.

A decisão destacou ainda que nenhuma prova documental foi apresentada de forma a confirmar a intenção do casal em ter a autora na condição de filha, quando por diversos meios legais poderiam fazê-lo, como por meio do registro ou mesmo da adoção, por instrumento público ou por testamento.

---

<sup>12</sup> “Adoção à brasileira” é o termo usual dado ao registro de filho alheio como próprio.

Outro fator predominante da decisão foi a não comprovação da presença dos requisitos que configurariam a posse de estado de filho. Mesmo não sendo o uso do nome preponderante, seria necessário que houvesse a valoração dos outros requisitos que têm sido utilizados como importantes balizadores das recentes decisões jurisprudenciais acerca da filiação socioafetiva.

Em seu voto, a Ministra Relatou chamou a tenção paro o fato da denominação “filha de criação”, ter sido usado pelo TJ/RS para se referir a recorrente:

“[...] Da transcrição do acórdão recorrido, impende, inicialmente, destacara locução “filha de criação” recorrentemente utilizada pelo TJ/RS para definir a condição da recorrente.

A evidente confusão terminológica que se formou a partir do uso da expressão foi um dos alicerces da insurgência recursal, porquanto poderia se depreender, a partir de rápida apreciação do texto, que havia por parte do casal a intenção de adotar.

Contudo, quando no acórdão se fixa a condição de “filha de criação”, remete o TJ/RS para a posse ou guarda de fato, pela qual uma criança ou adolescente e entregue a outra família para ser criada, usualmente por incapacidade financeira dos pais, *in casu*, da mãe, sem que haja transferência do Poder Familiar. Vale dizer, as decisões fundamentais sobre a criança ainda são tomadas pelos pais (biológicos”).

Infere-se desse trecho do voto da Relatora, a grande confusão conceitual por que passa o filho de criação diante da sociedade e também por parte de Judiciário. O Tribunal ao se referir à recorrente como “filha de criação”, quis na verdade se referir à situação de posse ou guarda de fato, que no seu entender se refere a uma situação meramente de entrega da criança ou adolescente para a guarda de outra pessoa, sem, portanto haver a transferência do poder familiar, como ocorre na adoção. Segue essa análise a Relatora:

“[...] Na hipótese, conspira contra o reconhecimento da filiação socioafetiva a constatada guarda de fato que se depreende da manifesta ausência de atitudes concretas do casal O.D. e I.D, de reconhecer L.C. como sua filha adotiva, fato que ganha ainda maior relevo quando comparado com a situação do recorrido, que foi efetivamente adotado pelo casal.

É mesmo que ainda pairassem dúvidas quanto à natureza efetiva das relações existentes entre o casal e L.C., o óbito de O.D., e a subsequente realização do inventário, que teve como inventariante I.D., guardião de L.C. trouxeram elementos de certeza no que já era perceptível – o casal não considerava L.C. como filha”.

Ademais, destaca-se que a mãe do recorrido, inventariante dos bens, não buscou sanar qualquer irregularidade em relação ao direito hereditário da autora, como destacado no voto da Ministra Relatora:

“[...] Chega-se a essa conclusão pelo beneficiamento único do recorrido como herdeiro, sem que a inventariante – mãe adotiva do recorrido – agisse de alguma forma para sanar a possível irregularidade e outorgar à L.C. o *status* de filha socioafetiva do casal”.

Com relação as provas apresentadas, a Relatora considerou que elas não se mostraram consistentes o suficiente para a comprovação do vínculo da filiação socioafetiva. Reafirmando em seu voto o entendimento de que a filiação socioafetiva, mesmo que dissociada do vínculo biológico, é uma relação de fato que merece o amparo jurídico, não se pode desconsiderar que existem relações de afeto que não se configuram em uma relação de filiação socioafetiva.

“[...] Em outras circunstâncias já manifestei a tese de que, “ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação”. (REsp450.566/RS, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011).

No entanto, a filiação socioafetiva deve ser inconteste, conjugando, além do óbvio convívio entre os possíveis pais e os pretensos filhos, elementos concretos, que demonstrem que aqueles tinham o desejo de exercerem a condição de pais – posse do estado de filho –, circunstância não demonstrada.

A posse do estado de filho, condição que caracteriza a filiação socioafetiva, reclama, para o seu reconhecimento, de sólida comprovação que a distinga de outras situações de mero auxílio econômico, ou mesmo psicológico”.

A posse de estado de filho, em linhas gerais, tem como requisitos o uso do nome da família, o tratamento dispensado entre pai e filho e o reconhecimento social dessa condição de filho. Ressaltou também a Relatora, que mesmo diante da inexistência ou da fragilidade de um desses elementos, outros podem supri-lo, desde que de forma contundente. Mas nesse caso, não se constatou a presença de nenhum desses elementos:

“[...] O primeiro – nome – não foi dado à recorrente, que manteve o nome registral outorgado pela mãe biológica.

Quanto ao tratamento de filha, as provas coligidas, apesar de não afastarem a situação, também não a demonstram de forma cabal.

Finalmente, em relação à repercussão na sociedade da condição de filha, fixou o Tribunal de origem que era de conhecimento público a situação de não-adoptada da recorrente.

A falta de um desses elementos, por si só, não sustenta a conclusão de que não exista a posse do estado de filho, pois a fragilidade ou ausência de comprovação de um, pode ser complementada pela robustez dos outros.

Porém, *in casu*, a inconsistência dos elementos probatórios se estende aos três fatores necessários à comprovação da filiação socioafetiva, impedindo, dessa forma, o reconhecimento desta.

Assim, à míngua da comprovação da filiação socioafetiva, deve ser mantido o acórdão recorrido.

Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial”.

Conclui-se da análise desses dois julgados que não é qualquer relação afetiva que torna legítimo o pleito de reconhecimento da filiação socioafetiva. É imperioso que se demonstre de forma inequívoca que entre as pessoas envolvidas exista o desejo de assim se tornarem pais e filhos. A relação socioafetiva se caracteriza principalmente pela livre escolha, pelo poder de autodeterminação e deve estar afeto aos princípios da autorresponsabilidade e solidariedade familiar, em consonância com o princípio maior da proteção à dignidade da pessoa humana.

#### 3.1.4 O Filho de Criação e o Direito Sucessório

Não se pode conceber que diante das novas conformações familiares, cada vez mais plurais e fundadas nas relações de afeto e solidariedade, a filiação socioafetiva, se veja à margem da proteção do direito e da sociedade. O filho de criação, termo eivado de preconceito, se encontra nesse “limbo” jurídico, tendo que recorrer ao Poder Judiciário para exigir seus direitos, por não ser possuidor dos vínculos biológicos e jurídicos aceitos no ordenamento jurídico.

O texto constitucional proíbe expressamente em seu artigo 227, parágrafo 6º<sup>13</sup>, a discriminação de qualquer natureza entre os filhos. Segundo esse preceito os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção gozam dos mesmos direitos e qualificações. O Código Civil, por sua vez, admite que a parentesco pode ter “outra

---

<sup>13</sup> Artigo 227 §6º - 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.

origem”, ou seja, nascer da relação socioafetiva, implícito nessa conformação parental o desejo de formar uma família, de viver em comunhão de afeto e solidariedade.

Os efeitos do reconhecimento da filiação, passam pelos direitos descritos ao teor do artigo 226, *caput*<sup>14</sup> da Constituição Federal, além de outros decorrentes destes, como o direito à herança, garantido à todos e expresso no artigo 5º, inciso XXX<sup>15</sup>, do texto Constitucional.

Diante dessa construção preliminar infere-se que, ao se garantir o reconhecimento da filiação socioafetiva ao filho de criação, conseqüentemente nasce para este o direito à herança de seus pais socioafetivos, herança esta que pode se constituir tanto de bens materiais, como de bens que possuam somente valor afetivo, como o direito a uma história familiar pautada na convivência afetiva.

O Direito Sucessório contempla como herdeiros necessários, os descendentes, os ascendentes. Como demonstrado, o reconhecimento da paternidade socioafetiva não se destina somente a beneficiar o filho reconhecido como tal, o direito sucessório alcança de forma igualitária os ascendentes que assim se constituírem.

Diante dos fatos apresentados nas duas decisões supra analisadas, conclui-se pela enorme complexidade da questão sucessória do filho de criação, ensejando um esforço por parte do Poder Judiciário, auxiliado pelas teses doutrinárias, de suprir uma lacuna legislativa em relação às ações judiciais de reconhecimento de filiação socioafetiva e dos efeitos conexos à ela.

---

<sup>14</sup> Artigo 226 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>15</sup> Artigo 5º, inciso XXX – é garantido o direito de herança.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova forma de se ver a família. Hoje se admite a existência de outros modelos de família que não estão necessariamente vinculados ao casamento, como a família tradicional. O Direito de Família foi se adaptando a uma nova realidade e cedendo espaço às conformações familiares diversas do modelo tradicional, que fundado no casamento e na preservação do patrimônio, ainda trazia ranços das tradições de ordem religiosa, moral e na desigualdade histórica em relação ao poder familiar, exercido somente pelo homem.

Os princípios constitucionais tiveram um papel fundamental nesse processo de reconhecimento dos modelos de família. A divisão igualitária entre homens e mulheres dos direitos e deveres inerentes à família foi um avanço singular nesse processo. Também a igualdade entre todos os filhos foi fundamental para a construção de um direito de família mais próximo aos anseios e à realidade sociais.

O princípio da promoção da dignidade da pessoa humana, certamente foi o marco divisório no direito de família. A família, base da sociedade e com especial proteção constitucional, passa a ser o meio de realização e de promoção da dignidade da pessoa humana. Neste diapasão tem-se a inauguração de um novo paradigma do direito de família: a afetividade. Este passa a ser o novo fundamento das relações familiares.

Outros princípios constitucionais e do direito de família, vieram contribuir para a concretude desse novo paradigma familiar. O princípio da afetividade talvez seja o mais importante neste novo panorama, por ser o sustentáculo das novas conformações familiares. A socioafetividade, assim entendida como a externalidade do afeto no âmbito social, tem contribuído sobremaneira para a resolução de conflitos familiares envolvendo questões de paternidade, ausentes outras provas de vinculação biológicas ou jurídicas.

Também com destaque o princípio da vedação ao retrocesso, aplicável ao direito de família, que assegura a existência de um vetor normativo que impede que

um direito consagrado constitucionalmente possa ser posteriormente confrontado por outra norma, em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como exemplos o direito ao divórcio e o reconhecimento constitucional da união estável.

Nesta mesma esteira está presente o princípio da boa-fé aplicável ao direito de família, que se traduz na existência da confiança como elemento primordial das novas relações familiares. Comumente aplicado as relações contratuais, o princípio da boa-fé está presente também nas relações familiares, cujos atores não se limitam a vivenciar experiências afetivas, mas também relações de cunho social e patrimonial. Essa boa-fé se traduz no comportamento ético e coerente que deve existir nas relações familiares, no dever de agir de acordo com as expectativas criadas e no respeito a outros deveres decorrentes, como o dever do cuidado e do respeito, de lealdade e probidade, de colaboração e o dever de agir com honestidade em relação ao outro.

Os princípios da solidariedade e do cuidado, expressos tanto na Constituição, quanto em vários dispositivos do Código Civil brasileiro, refletem a importância de uma convivência familiar baseada na solidariedade e no afeto. A família tendo como base a comunhão plena de vida, só se realiza com a cooperação de todos os seus membros. Essa cooperação implica na assistência afetiva, moral e também material, coexistindo um dever de cuidado devido reciprocamente entre todos os membros de uma família. É o dever de amparo entre cônjuges, companheiros, pais, filhos, avós, netos, sobrinhos, enteados e todos aqueles que fazem parte do núcleo familiar.

A solidariedade e o cuidado estarão presentes em todos os momentos compartilhados, sejam eles bons ou ruins, devidos nos momentos de enfermidades, desemprego, desilusões e demais infortúnios que possam existir. Estarão presentes também na direção da família, na educação dos filhos, no amparo aos idosos e aos incapazes e também nos momentos de alegria e felicidade compartilhados da vida cotidiana.

Todos esses fatores contribuíram para que florescesse o reconhecimento da pluralidade dos modelos família. O texto Constitucional, ao reconhecer as relações diversas do casamento como entidades familiares, passou a distinguir a família

constituída como fato natural da família constituída pela convenção social do casamento. O texto constitucional menciona de forma expressa a família instituída pelo casamento, pela união estável, e a família constituída por um dos pais e seus descendentes. Mas esse rol não é taxativo, visto serem os modelos citados os mais comuns, não significando que não existam outros modelos de família reconhecidos no ordenamento jurídico.

A doutrina tem classificado os diversos modelos de família. Como exemplos a família matrimonial, que por muito tempo prevaleceu como única forma de se constituir família; a família resultante da união estável entre o homem e a mulher; a família formada pela união estável homoafetiva; a família mosaico ou pluriparental, também conhecida como família recomposta, reconstituída ou binuclear, constituída por novo casamento ou união estável de pessoas divorciadas ou separadas; a família monoparental, parental ou anaparental, composta de um dos pais e seus descendentes. Por último, temos o modelo de família denominado eudemonista, que mesmo baseada nas relações de afeto e solidariedade, permite a busca individual e pessoal de realização de seus membros. Essa classificação não tem o condão de esgotar o tema da classificação dos modelos de família, que não obstante podem se estender a outros.

Em relação à filiação ocorreram avanços significativos, principalmente no tocante ao resgate do histórico de desigualdades e discriminações vivenciadas pelos filhos até aquele momento. O texto constitucional estabeleceu a absoluta igualdade entre todos os filhos, não permitindo distinção ou discriminação de qualquer natureza. Os filhos antes classificados em legítimos e ilegítimos, a depender da origem de seu nascimento, se pelo casamento ou por outras relações vivenciadas por seus pais, passaram a ser apenas filhos. Antes essas classificações discriminatórias sobrepunham o âmbito meramente formal e se estendiam à supressão de importantes direitos de personalidade, como o direito ao patronímico do pai biológico, ao reconhecimento do vínculo paternal ou ainda a restrição a direitos patrimoniais como direito a alimentos e a herança.

Ultrapassado esse período de discriminação, ainda subsistem alguns critérios distintivos em relação à filiação. Esses critérios são o ponto de partida para a

compreensão dos tipos de vínculos que são estabelecidos entre pais e filhos. O primeiro critério é o biológico ou genético, que é proveniente dos laços de consanguinidade; o critério civil ou jurídico, que constante do código civil, estabelece a paternidade por presunção e regulamenta o instituto da adoção e por fim o critério socioafetivo, que resulta da relação de afeto que se estabelece entre pais e filhos, prescindindo dos elementos biológicos ou jurídicos.

Os critérios supracitados são utilizados principalmente nas ações judiciais que versam sobre a investigação de paternidade. Assim como o exame de DNA é hoje um recurso relevante para o reconhecimento da filiação biológica existem também recursos que auxiliam na determinação da filiação socioafetiva, embora representem uma construção doutrinária e jurisprudencial, como a posse de estado de filho.

O reconhecimento da paternidade agrega efeitos de cunho moral e patrimonial, como os deveres dos pais em relação aos filhos elencados no artigo 227 da Constituição Federal, além de outros estabelecidos na legislação infraconstitucional. Um desses efeitos é o direito de herança que se estabelece entre ascendentes e descendentes.

O direito sucessório, no direito de família, trata apenas da sucessão *causa mortis*, ou seja, da sucessão que se opera quando da morte de alguém, procedendo-se a transmissão de direitos e obrigações aos herdeiros legitimados. Outra forma de transmissão da herança é o testamento, manifestação de última vontade, que se limita a destinar aos herdeiros testamentários metade dos bens existentes, na presença de herdeiros necessários: ascendentes, descendentes e cônjuge.

O filho pode suceder tanto como herdeiro necessário, classificação jurídica daqueles que são legitimados a recebe preferencialmente os bens deixados em herança, tanto como herdeiro testamentário. No primeiro caso, é necessário a comprovação do vínculo familiar, seja por documento hábil de registro de nascimento, seja através de sentença de uma ação judicial de investigação de paternidade.

Apesar de toda a proteção por parte de Estado, ainda existem filhos que se encontram à margem de toda essa construção jurídico-teórica. É o caso do filho de

criação, que não mantendo qualquer vínculo biológico/genético ou jurídico com seus pais, precisa recorrer ao judiciário para provar sua condição de filho e pleitear os direitos patrimoniais decorrentes.

O filho de criação é antes de tudo fruto do afeto e da livre escolha. Seja qual for a sua origem, esse filho foi acolhido, educado, amado, como qualquer outro filho. O fato de não ter sido reconhecido como tal pode resultar da imprevidência tão comum da sociedade atual, como também das dificuldades e entraves impostos pela própria legislação, ou mesmo diante da lacuna jurídica acerca do tema.

A posse de estado de filho, construção doutrinária, traz como elementos necessários ao reconhecimento do vínculo socioafetivo, o uso do nome da família, apesar de esse elemento não ser imprescindível, o tratamento recíproco de pai e filho no âmbito familiar e social e a reputação que essa relação goza em sociedade. É necessário a demonstração inequívoca da relação socioafetiva experimentada no seio da família e também diante da sociedade.

A jurisprudência tem decidido de forma diversa em relação às ações propostas de reconhecimento de vínculo paterno-filial socioafetivo, a depender do conjunto probatório apresentado, embasando suas decisões auxiliados pelos elementos da posse de estado de filho, critérios não reconhecidos no ordenamento jurídico pátrio, mas que têm sido de grande contribuição para as decisões jurisprudenciais.

Neste estudo foram apresentadas duas decisões judiciais. Em uma delas a autora apresenta um conjunto probatório irrefutável de sua condição de filha socioafetiva, revelando em juízo todo o contexto de sua convivência como filha por mais de duas décadas, o tratamento recíproco de afeto, as oportunidades educacionais e financeiras idênticas às oferecidas aos filhos biológicos do casal demandado, e mais, a constância e a publicidade dessa relação. Neste caso foram reconhecidos o vínculo familiar e o direito sucessório pleiteado.

Em um caso análogo, a autora também criada desde tenra idade por um casal, não conseguiu provar que a relação que mantinha com os supostos pais era uma relação de filiação socioafetiva. As provas documentais e testemunhais não foram

suficientes para convencer o julgador de que se tratava de uma relação de paternidade socioafetiva e tampouco que a autora tinha legitimidade para pleitear a herança deixada pelos supostos pais.

Destaca-se nesse ponto o cuidado que o julgador deve ter ao analisar esses casos, pois existem relações afetivas que são construídas sobre outras bases como o sentimento de solidariedade, de amizade, que inspiram relações de carinho, cuidados e proteção, mas que não se revestem da intenção de consolidar uma relação de paternidade.

Em ambos os casos as decisões analisaram os critérios da posse de estado de filho, mas não se ativeram somente a eles. Foram levantados outros elementos importantes em relação à filiação socioafetiva, como a importância do critério afetivo, que em determinados casos, pode até mesmo sobrepujar o critério biológico. E principalmente foram destacados o direito de pleitear através do judiciário o reconhecimento da situação jurídica do filho socioafetivo, em atendimento ao princípio da igualdade de todos os filhos e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A lacuna jurídica existente em relação ao filho socioafetivo não pode servir de entrave para o reconhecimento de direitos consagrados a todos os filhos. O direito ao reconhecimento jurídico e social da condição de filho é inerente ao direito de personalidade e tem como fundamento a promoção da dignidade da pessoa humana.

Em suma, não se pode olvidar que o problema de reconhecimento da filiação socioafetiva e os direitos dela decorrentes existem e estão se apresentando à sociedade em busca de soluções. Não se pode deixar de reconhecer que essas relações inquietantes são fruto de uma irresponsabilidade patrocinada pelo Poder Legislativo e também por aqueles que se refutam a assumir as responsabilidades pelos atos praticados em relação ao seu semelhante.

O ilustre professor Paulo Lôbo brilhantemente analisa o aspecto da responsabilidade familiar, sendo uma citação de sua autoria escolhida para finalizar este trabalho de pesquisa:

“A responsabilidade na família é pluridimensional e não se esgota nas consequências dos atos do passado, de natureza negativa, que é o campo da responsabilidade civil, mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização dos atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração de gerações”.(LÔBO, 2011, p.51)

Todas essas considerações apontam para um caminho já trilhado por outras situações já vivenciadas na sociedade em relação ao direito de família. Foi assim com o reconhecimento da união estável como legitimadora da formação da família, também com a definição da situação jurídica da união estável homoafetiva, com a consequente admissão do casamento de pessoas do mesmo sexo, e mais recentemente abriu-se a possibilidade do divórcio entre casais homoafetivos.

A situação jurídica do filho afetivo se encontra em compasso de espera por uma definição por parte do Estado para que sejam reconhecidos como filhos socioafetivos e que seus direitos patrimoniais sejam também assegurados, sem que haja a necessidade de enveredar em uma demanda desgastante e por vezes infrutífera diante do Judiciário.

A responsabilidade pela solução desses conflitos é de todos, família, sociedade e principalmente do Estado, que com sua ingerência legislativa, permite que situações de exclusão e discriminação prosperem, em detrimento do que estabelece o texto maior que preconiza a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## REFERÊNCIAS

BRAUER, Maria Cláudia Crespo. **O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família.** *Apud* Belmiro, MADALENO, Rolf Hanssen (Org.) WELTER. Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.026.981/RJ, DJe 23.02.2010 *apud* TARTUCE, 2014, p.1119.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.005050-4, de Lages, rel. Des. Fernando Carioni.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.034517-3, de Lages. Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70049187438, Oitava Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 06/09/2012.

Recurso Especial Nº 1.189.663 - RS (2010/0067046-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Procurador: Juan Carlos Dúran e outro(s). Recorrido: R D. Advogado: Ricardo Alexandre Sauer e outro(s). Interes.: L C. Advogado: Valdemiro Tannenhaus e Outro(s). Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva.** São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DONIZETI, Elpídio e QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil.** São Paulo: Atlas, 2013.

FACCHIN, Edson Luiz. **Elementos críticos do direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - famílias**. Salvador - BA: Jus Podium, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FUJITA, Jorge Siguemitsu. **Filiação**. s.l. : Atlas, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo. **Direito de família - as famílias na perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GLANZ, Semy. **A família mutante**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. VI.

LÔBO, Paulo. **Direito civil - famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família - uma abordagem psicanalítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Os critérios de estabelecimento da paternidade (maternidade) ou filiação**. *Apud* WELTER, Pedro Belmiro e MADALENO, Rolf Hanssen. *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil - direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. V.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Orlando. **Direito de família: de acordo com o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito civil - direito das sucessões**. São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2014.

USTÁRROZ, Sérgio Gilberto Porto Daniel e DONADEL, Adriane. **Tendências constitucionais no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil - direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade**. Número 4 vol. 63, 2015. Disponível em: <criticadodireito.com>

WALD, Arnoldo. 1999. **O novo direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.