

## **A UNIÃO PARENTAL INFORMAL E O DIREITO SUCESSÓRIO: A OMISSÃO DO LEGISLADOR E A INDEFINIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA O SEU RECONHECIMENTO**

Cloves Augusto Alves Cabral Ferreira<sup>1</sup>

Cícero de Oliveira Sabino<sup>2</sup>

### **RESUMO**

A complexidade das relações humanas desafia a compreensão sistêmica e conceitual de sua existência e instiga à investigação de causas e efeitos para a adequada solução de possíveis controvérsias surgidas entre seus integrantes. A delimitação estatal para regulamentar e proteger as relações formalizadas na conformidade de seus parâmetros não mais atende aos anseios sociais. A cada momento o indivíduo postula maior espaço de liberdade e mais autonomia, ao tempo em que procura, em paradoxo, uma atuação estatal para proteger essa conquista. O Estado não parece capaz de dar uma resposta adequada à demanda, conforme a omissão legislativa que induz o acionamento da justiça para a solução de casos concretos. A justiça por seu turno, ainda não faz, ou é tímida em fazer, a devida atualização de seu entendimento para contemplar a inegável realidade: as famílias existem além do registro formal.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Ciências de Pernambuco. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Professor do Curso de Graduação em Direito pela Faculdade da Amazônia Ocidental - FAAO, Acre. Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Acre. Juiz de Direito no Estado do Acre.

<sup>2</sup> Mestre em Engenharia Civil, Área de Pesquisa em Desenvolvimento Sustentável, pela Universidade Federal Fluminense, Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Administração Pública pelas Faculdades Integradas Rio Branco, Especialista em Criptografia e Segurança em Redes de Computadores pela Universidade Federal Fluminense, Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul, Graduado em Matemática pela Universidade Federal do Acre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre. Membro Efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil. Membro Efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Acre. Professor e Coordenador do Curso de Graduação em Direito pela Faculdade da Amazônia Ocidental. Analista do Ministério Público Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Entidade familiar. Posse de estado de filho. União Estável.

## **INTRODUÇÃO**

O conceito de família evolui em concomitância com os valores da sociedade. A pós-modernidade contempla a dissociação dos critérios meramente biológicos que outrora substituíram valores sociais que delimitaram a família por aspectos econômicos e hierárquicos. A santificação do indivíduo em contraposição ao poderio estatal, com a consecutória amplificação da esfera de atuação individual, caracterizando a autonomia da vontade individual como fonte de direitos e obrigações, ultrapassando os limites estatais estabelecidos, fez surgir, no âmbito das relações familiares, entidades informais que não se resumiram, no entanto, ao vínculo conjugal estendendo-se, também, ao aspecto parental.

A despeito da informalidade que caracteriza tais relações, forçoso é reconhecer, até mesmo pelos seus integrantes, que as entidades ali surgidas geram efeitos internos e externos, atingindo interesses inclusive de terceiros. A concretização desses efeitos, por paradoxal que seja, faz surgir a necessidade de disciplinamento que a informalidade não alcança, exigindo um voltar para o Estado, postulando o seu reconhecimento e proteção.

Neste diapasão, surge a necessidade de investigar o fundamento do estabelecimento da entidade familiar informal, diferenciá-la sob o ângulo da objetividade de seus integrantes, conjugalidade ou parentalidade, bem como analisar a atuação estatal na formatação e disciplinamento ordenatório legal para a solução e prevenção dos conflitos daí decorrentes. Sob este prisma, importa analisar o sistema normativo positivado à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Assim, o objetivo deste trabalho é analisar como o Estado brasileiro tem tratado a questão das entidades familiares informais no aspecto legislativo e como tem resolvido as demandas decorrentes dos efeitos dessas relações. Adotar-se o método dedutivo, com análise do texto legal atualmente positivado e de decisões judiciais pertinentes ao tema.

## 1. AUTONOMIA DA VONTADE E ENTIDADE FAMILIAR CONJUGAL INFORMAL

É incontestado que a pós-modernidade relativiza o postulado kelseniano sobre a influência de outros campos da ciência na construção e interpretação do direito, objetivando a sua normatização para além da positividade que por vezes nega a sua existência. Para Alexy, é importante considerar igual densidade aos elementos da legalidade, correção material e eficácia social para que se compreenda o direito que não seja puramente jusnaturalista ou apenas positivista, pois, “*no espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias*” (ALEXY, 2009, p 15). Destarte, em cada postulação em defesa de determinada situação fática não contemplada concretamente em dado sistema jurídico surge a necessidade de uma construção principiológica.

O trinômio dimensional que melhor sistematiza o direito, na dicção de Miguel Reale, justifica o descompasso entre o ordenamento jurídico e realidade. A normatização positivada pressupõe a existência do fato, sua valoração pelo conjunto social e como consequência dessa avaliação, a norma. Nem mesmo a exigência da abstração normativa para contemplar a regulamentação das relações futuras com base na problemática pretérita originária, é capaz de proporcionar uma norma que consiga atender todas as expectativas e contemple todas as formas de relacionamento.

É preciso notar, entretanto, que, apesar de ter projetado para fora de si e de ter antropomorfizado estes fenômenos nas divindades de Justiça, o homem sentiu que, no fundo, a Justiça estava nele mesmo, ao colocar e compreender a Justiça também como uma *virtus*. Quando os romanos se referiam ao Direito, eles o apresentavam como *voluntas*. Há uma correlação necessária e essencial entre a intencionalidade do homem para o justo e o justo como aquilo a que o homem tende. (REALE. 2016. P. 506)

Desta forma, a análise da natureza jurídica da entidade familiar informal e a identificação de seu fundamento vão além da interpretação da norma posta. Com efeito, constata-se no campo dos direitos individuais, mais precisamente no aspecto do direito de personalidade, e nesse a delimitação da caracterização da entidade familiar, o espectro de debates sociais e a tibieza jurisprudencial deixa um largo espaço para a discussão doutrinária que coloca em litígio a (in)formalidade das ações humanas.

É inegável que a entidade familiar formal reconhecida pelo estado e sociedade surge com a celebração do casamento. É o momento em que a autonomia da vontade, manifestada publicamente faz nascer um contrato entre duas pessoas com objetivos que o tornam diferente de outras espécies contratuais. Mas nem por isso retira dessa união formal a natureza contratual.

Diga-se, um contrato que estabelece também obrigações transcendentais às pessoas com vínculo parental a um dos contraentes, vinculando-os, por vezes, até o fim da existência, como ocorre em relação a afinidade na linha reta, que permanece, ainda que dissolvido, o vínculo do casamento, na conformidade do artigo 1.695, § 2º, do Código Civil.

O debate sobre o respeito da autonomia da vontade na formação e disciplinamento da entidade familiar não é exclusividade brasileira. O tema permeia a discussão em diversas sociedades. Neste diapasão, observa-se que a complexidade das relações entre as pessoas e a insubmissão do indivíduo à forma e tempo estabelecidos pelo Estado, num demandar concreto pelo respeito à autonomia da vontade, faz surgir as mais diversas espécies de entidade familiar que, a despeito de não postularem o reconhecimento formal em seu nascedouro, o fazem posteriormente conjuntamente com a responsabilização para a solução de conflitos daí decorrentes,

Aponta-se que a dignidade da pessoa humana impõe ao estado e à sociedade o respeito às escolhas individuais. As convenções sociais que propugnam pelas delimitações e regulamentações seriam incompletas e proibitivas e, portanto, passíveis de integralização e relativizadas a ponto de açambarcar tanto quanto possível as espécies de uniões entre as pessoas. A aceitação social das entidades familiares que surgem prescindindo da autorização e reconhecimento estatal como aspecto de validade, faz nascer para o Estado, como corolário da tridimensionalidade do direito, a atribuição de disciplinar os efeitos jurídicos dessas

configurações a fim de solucionar conflitos existentes e prevenir os futuros. Parece existir, entretanto, um descompasso entre a problemática e a atividade legislativa estatal, que demanda do Poder Judiciário posicionamento capaz de entregar à sociedade a resposta em expectativa.

## **2. ASPECTOS JURÍDICOS CONTROVERTIDOS DA ENTIDADE FAMILIAR INFORMAL**

Em diversos aspectos do direito de família, o ativismo judicial tem substituído o legislador e indicado o caminho a seguir. Diante da letargia ou timidez normativa, a atividade judicial parece dar um novo contorno à tridimensionalidade do direito, com a substituição da norma pelo entendimento jurisprudencial. Com efeito, a confirmação judicial reconhecendo a afetividade como importante vetor do estabelecimento de vínculos familiares, em conjugação com a interpretação do princípio universal da igualdade decorrente da dignidade da pessoa humana, concluiu pela releitura do artigo 226 da Constituição Federal, admitindo a possibilidade do casamento entre pessoas, retirando a heterossexualidade como condição principal para a admissão estatal.

O exemplo brasileiro contempla uma legislação relativamente recente, mas não pode ser considerado suficiente para atender às demandas. A Constituição Federal de 1988, positivando o entendimento jurisprudencial concretizado no final de década de 1980, avançou consideravelmente ao admitir o paralelismo entre a formalidade e a informalidade no surgimento das entidades familiares conjugais, embora não tenha descido à minúcia do conceito dessa instituição, pressupondo tão somente a estabilidade da união para seu acolhimento. Protegeu a entidade familiar desprovida de conjugalidade, ao admitir a união de um dos pais com sua descendência, embora, para enfatizar o repúdio pela relação incestuosa, tenha aplicado o termo comunidade em sua conceituação.

A necessidade da compreensão e fundamentação da entidade familiar informal reconhecida pela Constituição Federal de 1988 fez o direito buscar e importar conceitos e elementos de outros campos da ciência. A conjugalidade que o direito compreendeu como

fundamento que remanesceu no Código Civil Brasileiro de 2012, não foi considerada como fundamento para essa instituição informal.

As denominações dos componentes sem a denominação da entidade não mais atendia à necessidade da sistematização jurídica e acadêmica. Com efeito, o concubinato que usufrui de conceito jurídico, não goza de proteção normativa. Ao contrário, punia-se o concubinato com o afastamento da herança com efeitos transcendentais aos descendentes e sua parentalidade, restringindo-se, em sua existência até o direito de propriedade, posto que a doação intervivos entre eles era anulável.

Não havia instituição outra que correspondesse aos que viviam juntos, amigados, amancebados ou apenas morando juntos e que não tivessem impedimentos para casar. Destinava-se a eles a mesma denominação das relações ilícitas pelo impedimento para o casamento, ou seja o concubinato, porém com a distinção de puro ou impuro, conforme houvesse ou não o impedimento para o casamento, conforme o ensinamento do professor Mairan Gonçalves Maia Júnior (2016, p. 111). Aos primeiros casos denominar-se-ia concubinato puro e aos com impedimentos para o casamento, seria o tipo impuro. E ainda não há denominação para a entidade familiar informal. Adotou-se o termo união estável, apropriando-se da característica exigida pela Constituição, porém, aos que fazer parte dessa “união estável”, se denomina companheiro. Ou seja, até agora, não temos um termo adequado que denomine a entidade familiar que apresente a união estável.

### **2.1 A conjugalidade para além da heterossexualidade**

A previsão constitucional para a entidade familiar informal fez surgir, de maneira mais forte, a demanda pela inclusão também da relação conjugal entre pessoas do mesmo sexo. A necessidade da adoção de um termo juridicamente adequado e socialmente aceito incluiu no mundo jurídico o vocábulo da homoafetividade, introduzido no Brasil por Maria Berenice Dias (DIAS, 2000, p. 18) em substituição ao termo homossexualidade, buscando-se retirar o aspecto da sexualidade como elemento formador da entidade familiar.

Praticamente convencionou-se adotar a afetividade como princípio formador da família a substituir os parâmetros estabelecidos pelo estado como “*o princípio fundamental para a estruturação familiar*” (PESSANHA, 2012, p 04). A afetividade também é eleita por

Vecchiatti como a nova razão de ser da família, em substituição à dependência econômica e outras razões que caracterizariam a instituição em períodos anteriores:

A evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas. (VECCHIATTI, 2008, p. 221)

A despeito da busca pelo termo politicamente correto ou socialmente aceito, que se traduz em exercício panfletário, renunciar o aspecto conjugal na entidade informal importaria em grande contradição, posto que o casamento, como entidade familiar formal, pressupõe o relacionamento conjugal como aspecto primordial e diferencial do contrato de casamento em relação aos demais, a ponto de estabelecer presunções de parentalidade da prole havia na constância do casamento e tornar a conjugalidade um dever e a inobservância uma violação às regras contratuais a ensejar, inclusive, possibilidade de anulação do casamento ou então o seu desfazimento através do divórcio.

O reconhecimento da união conjugal estável informal entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, como corolário dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, recebeu acolhimento na doutrina e na jurisprudência, embora o legislador pátrio não lhe tenha dado guarida formal e concreta. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal em julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 132, proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, com habilitação de 15 entidades como *amicus curiae* pró e contra à proposição, decidiu que:

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem

de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (BRASIL, 2016)

A decisão do Supremo Tribunal Federal conduz à compreensão de que o pressuposto primordial para a configuração da entidade familiar informal é, acima de tudo a manifestação conjunta da vontade dos integrantes em estabelecer uma entidade familiar, caracterizando-se pela conjugalidade. O acórdão expressa em duas oportunidades o aspecto da sexualidade e não faz menção expressa à afetividade, que deve ser característica da união, porém, não é seu pressuposto.

A consideração da manifestação da vontade ocorre quando do surgimento da entidade e pode ou não ser confirmada, formalizada posteriormente por convenção ou declarada judicialmente em caso de controvérsia ou impossibilidade da confirmação conjunta, porém, em caso de dissídio, em que haja negação dessa intenção, o momento a ser considerado é o do início e não o momento da controvérsia. É equiparar os efeitos da manifestação da vontade na entidade familiar informal aos efeitos da declaração de vontade na entidade formal, casamento. Para estes, tendo sido cumpridos os requisitos para a formalização, com a manifestação da vontade na frente da autoridade competente, em solenidade pública, o arrependimento posterior pode até justificar a extinção do vínculo, com o divórcio, mas jamais desconsiderar o início de seu vínculo.

Em síntese, a consideração da entidade familiar informal, deve observar a vontade de seus integrantes no início manifesto pelas pessoas envolvidas na relação. O passo seguinte

dever a busca pela adequação ao contorno constitucional que pressupõe a estabilidade da união e, por fim, a conjugação com os requisitos legais infraconstitucionais estabelecidos no artigo 1.723 do Código Civil, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família.

### **3. A ENTIDADE FAMILIAR PARENTAL INFORMAL NO DIREITO BRASILEIRO: A POSSE DO ESTADO DE FILHO.**

O vínculo parental formal certificado e registrado é reconhecido e protegido no direito brasileiro em todos os sentidos. São proibidas as distinções que preexistentes à Constituição Federal de 1988. A relação parental biológica ou civil, independentemente da existência ou não de uma entidade conjugal estabilizada, seja ela formal ou não, foi contemplada, entre outros direitos, com a previsão sucessória e com a reserva de metade da herança. Assim, comprovada a relação parental geracional independentemente da natureza do vínculo, nasce a expectativa do direito sucessório, direito este que somente pode ser desconsiderado na hipótese de desfazimento do vínculo ou ainda de afastamento motivado do legitimado nas hipóteses de deserdação ou exclusão da sucessão legítima, obviamente mediante o devido processo legal, com previsão no direito brasileiro nos artigos 1.814 e 1.861 do Código Civil.

Ainda que não seja exigida a existência da entidade familiar estável formal ou não para a configuração do vínculo parental geracional, o legislador brasileiro contemplou a presunção do vínculo parental na hipótese da preexistência do casamento no período da concepção, protegendo a situação do filho em relação aos pais, mais especificamente em relação ao pai, em se considerando a relação de conjugalidade em união heterossexual. E a ressalva é importante posto que embora autorizado o casamento entre pessoas do mesmo sexo os demais aspectos jurídicos decorrentes da filiação nesses casamentos reconfigurados ainda não foram disciplinados em lei ou por decisões judiciais.

Com efeito, e em aplicação concreta do princípio da autonomia da vontade, se a união decorre da manifestação livre e espontânea, e a conjugalidade é pressuposto e fundamento da união, independentemente da comprovação da afetividade, existe a proteção estatal para essa relação parental, inclusive premiada com a presunção da originalidade na hipótese de

formalidade em seu início. Vale dizer, o legislador infraconstitucional estabeleceu, no artigo 1.597 do Código Civil, que os filhos havidos na constância do casamento, presumem-se filhos do marido, embora se admita a prova em contrário.

De igual modo, premiou-se a autonomia da vontade no estabelecimento do vínculo parental civil, aquele que decorre da adoção. Nessa espécie de parentalidade, embora não haja vínculo biológico, se ocorrer a formalização na conformidade do disposto no ordenamento jurídico positivado, o estado declara e protege esta entidade familiar e contempla seus integrantes com os mesmos direitos e deveres decorrente da procriação natural, inclusive estendendo seus efeitos para os parentes do adotando e também para aqueles de seu cônjuge.

Embora tenha avançado positivamente no disciplinamento das entidades equiparadas ao casamento, o direito brasileiro, diferente de outras legislações, não apresenta um regramento concreto sobre a parentalidade informal, posse do estado de filho ou posse do estado de filiação. Essa se constitui espécie do gênero *status familiae*. Trata-se de uma realidade social, apreensível no mundo dos fatos e imprescindível para a configuração de uma realidade jurídica da filiação configurada como corolário da autonomia da verdade em essência pura. De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, a posse do estado de filho ocorre quando alguém assume o papel de filho em face de alguém que assumo o papel ou lugar de pai ou mãe; lugar este, vale dizer, que independe de vínculo biológico, “a posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade.”(LÔBO, 2004, p.510)

De outro giro, existem posicionamentos doutrinários que advogam a possibilidade da existência de previsão legislativa brasileira quanto à posse do estado de filho quando se adota a interpretação sistêmica e principiológica de nosso ordenamento jurídico. Brande-se o artigo 1.593 do Código Civil, que classifica o parentesco por natural ou civil, conforme a consanguinidade ou outra origem. Aduz-se que a expressão “outra origem” não encerra apenas a adoção formal, mas, também, a fecundação artificial heteróloga autorizada pelo marido; a fecundação artificial verificada sem a necessária existência de união conjugal; a concepção em útero alheio, denominada de “barriga de aluguel” e a própria adoção informal.

A lição do professor Edson Fachin, atual ministro do Supremo Tribunal Federal, embora não falasse em posse do estado de filho, advogava a tese de que o Código Civil permitia a construção da paternidade socioafetiva a partir da leitura hermenêutica do artigo 1.593.

O contido no artigo 1.593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens de parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consanguinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica. (FACHIN, 2002, p.164)

A configuração da entidade familiar parental informal, para além da estabilidade que faz nascer a proteção estatal e a equiparação à entidade parental formal exige, consoante a indicação tradicional da doutrina, a demonstração de três elementos que constituem a posse de estado de filho: nome, trato e fama. A utilização do nome de família por pessoa sem vínculo parental formal faz nascer, em tese, a identificação de pertencimento a determinada entidade familiar. Com efeito, a simples coincidência de sobrenome familiar faz surgir no meio social a indagação do vínculo. Adoção do nome presume o vínculo e, amparada aos demais elementos, robustece a entidade familiar se esta for estável. O trato é a concretização máxima da expressão da autonomia da vontade. É a vinculação subjetiva dos participantes da relação de que se aceitam nessa condição, ainda que não haja o registro formal como tal. Do trato pode surgir a afetividade, mas não é ela quem caracterizará a entidade, mas, sim, a vontade entre eles de que assim seja. Por fim, a fama, que é o conhecimento para além dos integrantes da entidade, de forma a lhe emprestar o reconhecimento social, a publicidade, a autorizar o reconhecimento estatal na hipótese da não formalização por vontade das partes.

Embora os três elementos devam estar juntos, indica-se que a ausência da demonstração da utilização do nome não seria suficiente para a não configuração do parentesco informal. José da Costa Pimenta aduz que *“o elemento nome encontra-se materializado sempre que exista entre as partes interessadas o simples chamamento recíproco de pai e filho.”* (PIMENTA, 1986, p. 164) Em igual direção afirma Boeira, para quem a doutrina

reconhece em sua maioria que o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, “*não enfraquece a posse do estado de filho se concorrerem os demais elementos – trato fama – a confirmarem a verdadeira paternidade.*” (BOEIRA, 1999, p.53-54). Com efeito, para o direito brasileiro é o trato, *tractus*, principal fundamento da constituição da posse do estado de filho e o reconhecimento público, social, dessa relação. A sabedoria popular cunhou a reconhecida expressão: “*pai é quem cria*”.

A concretude deste conceito ocorre em alguns julgados da justiça brasileira. O Superior Tribunal de Justiça apontou essa direção ao decidir nos autos do Recurso Especial nº 878.941, oriundo do Distrito Federal, quando reconheceu a parentalidade socioafetiva em relação a pai e filha, ainda quando em ação anterior se comprovou em exame de DNA a inexistência do vínculo biológico entre ambos. Pouco antes da morte, o homem reconheceu em registro a paternidade da filha, tornando-a sua herdeira legítima. O reconhecimento foi contestado pela irmã do reconhecedor, que, com o ato, perdeu a condição de herdeira por ser preterida na ordem da vocação sucessória, argumentando que o ato era nulo porquanto praticado em falsidade ideológica. Em primeiro grau a ação foi julgada procedente e o vínculo registral foi cancelado. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal manteve a decisão do juízo singular. Em sede de Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento e reformou a sentença, mantendo o vínculo sob o argumento da confirmação do vínculo existente socioafetivo existente entre ambos, em respeito, também, ao princípio da autonomia da vontade manifesta por ambos de, apesar da inexistência do vínculo biológico, conviverem como pai e filha.

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGUÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO.

Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.

O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento.

A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil-

O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo.

A contrário *sensu*, se o afeto persiste de forma que os pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (STJ. Recurso Especial 878.941-DF. Relatora Ministra Fátima Nancy Andrighi. Julgamento em 21.08.2007).

Outro julgado, com a relatoria da então desembargadora Maria Berenice Dias, acolheu uma ação de investigação de paternidade onde a prova pericial não foi possível produzir em razão de dificuldade para a colheita do material genético.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GENÉTICA. PROVA DO VÍNCULO AFETIVO. Falecido o investigado, a ação dever ser movida contra todos os seus herdeiros. Inexistência de falta de comprovação da maternidade da investigante e irregularidade das informações constantes nas certidões de seu nascimento e casamento. Inviabilidade de realização de prova pericial, por meio de exame de DNA, uma vez que o material genético dos sucessores mais próximos do investigado não serve ao fim pretendido. Caso em que assume especial importância a prova documental e testemunhal produzida. Posto que a paternidade biológica não seja certa, a prova carreada assegura a confirmação da declaração da paternidade, porquanto revela ter a investigante assumido o estado de filha do de cujus. Consagração da paternidade socioafetiva, prestigiando a situação que preserva o elo da afetividade. (TJRS. Apelação Cível Nº 70016585754, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 29/11/2006)

No julgado acima transcrito, constata-se que foi invocado o vínculo afetivo, porquanto a autora, pretensa filha, tinha assumido o estado de filha de acordo com a declaração testemunhal, caracterizando, assim, o elemento constitutivo da publicidade, a fama, para a configuração da relação parental informal.

#### **4. A LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA NA ENTIDADE FAMILIAR INFORMAL.**

O disciplinamento da sucessão do titular da propriedade em razão da morte é uma das mais marcantes características da humanidade e permeia o sistema jurídico de qualquer

sociedade. Em sua ausência, o efeito do fim da existência do indivíduo seria o surgimento de conflitos entre os interessados no estabelecimento do vínculo de posse ou propriedade em relação ao patrimônio deixado. O ordenamento jurídico brasileiro acolheu a sucessão patrimonial causa mortis com duplice critério: privilegiou a autonomia da vontade do proprietário, manifestada através de testamento, porém, estabeleceu o legislador a indisponibilidade por testamento de metade da herança, na hipótese de existência de herdeiros necessários, assim considerados aqueles constantes no artigo 1.845 do Código Civil. Essa dualidade, longe de simplesmente mitigar a autonomia da vontade, é explicada, pois *“estipular ter a especial proteção do Estado equivale a dotar as regras e as normas que regem de força cogente e natureza indisponível, portanto não suscetíveis de serem derogadas ou modificadas pela vontade das partes[...]”*(MAIA, 2016, p. 175)

A dicção normativa da legitimação sucessória expõe o critério de formalização do vínculo conjugal ou parental. Porém, existe disciplina legal também para os integrantes da entidade familiar informal com o vínculo conjugal. Neste diapasão, o artigo 1.790 do Código Civil confere legitimidade à sucessão ao integrante sobrevivente da entidade familiar distinta do casamento. Esse disciplinamento, contudo, não atende por completo os interesses dos envolvidos naquelas entidades, de modo não são raros posicionamentos doutrinários que advogam a inconstitucionalidade da distinção. Neste sentido a crítica da doutrina quanto à inconstitucionalidade do artigo 1.790 e a ausência de definição jurisprudencial quanto ao tema.

A crítica ao legislador pela distinção, em parte, tem sentido, mas não é de todo procedente. A depender da situação fática, a diferença existente não se traduz, necessariamente, em conclusão desfavorável em relação ao integrante da entidade familiar informal. A aplicação da norma em casos práticos têm demonstrado que não é possível afirmar categoricamente que o disciplinamento distinto dado pelo legislador contempla de forma favorável ou desfavorável ao casamento ou à entidade familiar informal, embora o legislador tenha propositadamente dado trato diferenciado e pretendido menor proteção ao sobrevivente na relação informal.

De outro giro, o cônjuge, em situação em que se encontrasse com menos proteção do que o companheiro, poderia demandar também que se lhe aplicasse a norma menos

protetiva, porém, mais interessante sob o aspecto prático. A possibilidade da imprevisibilidade do disciplinamento é um forte argumento para a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Se a entidade conjugal informal recebe um disciplinamento que pode ser, em tese, desfavorável, a parentalidade informal não recebe sequer um tratamento desigual. Ela é solenemente ignorada, a despeito da doutrina que advoga sua existência como explicitado em tópicos anteriores. Tal omissão do legislador tem conduzido às demandas referentes ao seu reconhecimento para análise do Poder judiciário. Porém, ainda não há uma indicação segura do caminho que será trilhado pela justiça brasileira na análise de tais situações, posto que a diversidade de entendimento e a ausência de disciplinamento judicial vinculante pelos tribunais superiores não permite que se faça um exercício de previsão direcional.

A impossibilidade por mandamento constitucional de qualquer distinção entre filhos, a despeito da origem do vínculo, demonstra que a relação decorrente do vínculo informal deve ser também contemplada. Entretanto, o dissenso na jurisprudência brasileira deixa claro que na prática a situação é complexa, mormente quando envolve o direito sucessório. Com efeito, inexistindo interesse material em questão, via de regra não há contestação quanto ao reconhecimento do vínculo informal parental e nem mesmo o interesse na formalização, no reconhecimento estatal, posto que, em tese, não alcançaria efeito prático tal declaração ou reconhecimento.

Ocorre com frequência em decisões judiciais que negam o reconhecimento do vínculo parental informal a manifestação do interesse econômico como fundamento para julgar improcedente o pedido. Ainda que o efeito da declaração seja a habilitação para concorrer à herança, o fato pretérito que autoriza a postulação, o vínculo parental informal é que justifica o pedido, a transferência patrimonial causa mortis é mera consequência. Se fosse possível disciplinar o parentesco afetivo sem a vinculação patrimonial decorrente desta relação, estar-se-ia negando o direito de herança, que é constitucionalmente previsto.

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ADOÇÃO NUNCUPATIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA ABSTRATA DO PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO.

A ação de adoção nuncupativa que busca ver declarada a existência de uma relação de parentalidade de fato ou socioafetiva não é juridicamente impossível quando analisada numa perspectiva abstrata em relação ao

ordenamento jurídico. Todavia, no caso concreto, o longo tempo passado desde a morte daqueles a quem se pretende imputar a adoção afasta eventual socioafetividade, restando à pretensão um objetivo meramente patrimonial. NEGARAM PROVIMENTO.(TJRS. Apelação Cível Nº 70011921970, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/09/2005).

O fundamento constante na verberação do acórdão deixa claro que o tempo transcurso entre a morte dos pais sócios afetivos e o ingresso da ação que postulou o reconhecimento da filiação foi o obstáculo para a análise da existência do vínculo parental ou posse do estado de filho. Pelo tempo decorrido, presumiu-se que o interesse era meramente patrimonial e que a afetividade que deve ter permeado a relação que se tornou estável a ponto de existir até a morte de um de seus integrantes, subtraiu-se da relação. A declaração de possível prescrição, se cabível na espécie, seria mais adequada para o indeferimento por causa exógena processual.

De igual giro outras decisões não reconhecem a união parental informal argumentam a inexistência de formalização que pudesse demonstrar a sua existência, concluindo que se não houve formalização, então não havia vontade de reconhecer a existência, de modo que não se ampara a pretensão para declaração de sua existência.

O argumento é totalmente contrário à existência da entidade de fato, e se constitui em retrocesso, inclusive contrariando mandamento constitucional. A formalização prescinde da declaração judicial, que seria supérflua neste caso. É exatamente a ausência da formalização que leva ao crivo do Poder Judiciário a avaliação da relação, devendo o julgador analisar se houve a estabilidade e se nela ocorreram os pressupostos para o seu reconhecimento na conformidade da lei.

EMENTA: ADOÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DOS FALECIDOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. [...] Revela-se juridicamente impossível, no entanto, o pedido de transformação da mera guarda em adoção socioafetiva, quando as pessoas apontadas como adotantes não deixaram patente a vontade de adotar em momento algum, nem em testamento, nem em algum escrito, nem tomaram quaisquer

medidas tendentes ao estabelecimento do vínculo de filiação, ficando claro que o vínculo pretendido era apenas e tão-somente de mera guarda. Recurso desprovido, por maioria.(TJRS. Apelação Cível Nº 70022484240, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 20/02/2008)

No mesmo diapasão, ocorre a possibilidade do não reconhecimento da entidade familiar, em algumas decisões judiciais, ao argumento da não formalização ou destinação patrimonial através da doação por ato *intervivos* ou por testamento.

A doação por ato *intervivos* no direito brasileiro, como forma de antecipação da legítima, além de não ser providência comum na cultura social brasileira, não poderia ser imposta como forma de garantir a proteção patrimonial sucessória nas entidades informais.

De igual modo, a previsão em testamento também não poderia ser evidenciada como pressuposto para configuração da entidade familiar informal, posto que o testamento não exige que haja vinculação parental ou conjugal para a eleição dos herdeiros ou legatários. Com razão, a deixa em testamento ou a doação por ato *intervivos* não contempla, por si só, aspecto de afetividade a caracterizar a existência de tal relação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A entidade familiar parental informal, onde se configura a posse do estado de filho ou de pais, embora esteja sendo contemplada em algumas decisões pela justiça brasileira, ainda não tem alcançado o mesmo *status* concedido à entidade familiar conjugal, que, por sua vez, ainda não encontrou no direito brasileiro a condição de igualdade no trato legislativo, notadamente no aspecto do direito sucessório.

A autonomia da vontade deve ser o principal elemento a ser buscado na análise da relação entre pessoas com motivação parental. A estabilidade deve ser o segundo aspecto de análise, consistindo esta, a estabilidade, em manutenção temporal com as mesmas

características, permitindo-se, ainda a evolução de características que demonstrem a conquista paulatina da posse do estado parental.

O legislador brasileiro não estabeleceu concretamente a posse do estado de parente nas relações informais, porém, é possível compreender a previsão legislativa para essa forma de relação parental na leitura sistêmica e principiológica do artigo 1.593 do Código Civil, que estabelece suas classes como natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem, incluindo na expressão outra origem, o parentesco civil não oficializado.

A justiça brasileira ainda não pacificou o assunto, de modo que existem decisões que reconhecem o vínculo, mas, em sua maioria, ainda negam a existência do vínculo ao argumento da ausência de formalização da vontade ou ainda da existência concomitante do interesse patrimonial sucessório pela legitimação do filho na herança consoante o direito brasileiro. Os argumentos judiciais que exigem a formalização como pressuposto para o reconhecimento judicial são contraditórios com o ordenamento jurídico, pois a informalidade é admitida constitucionalmente no Brasil, desde que haja estabilidade e que a relação seja revestida dos requisitos de publicidade, continuidade e objetividade de constituição familiar para que seja reconhecida e protegida constitucionalmente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 15.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 53-54.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 13ª. Ed. São Paulo: Rideel 2016.

\_\_\_\_\_.Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 23/01/2019.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 132/RJ. Relator: BRITO, Ayres de. Publicado no DJe 198 de 14.10.2011 Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acessado em 23/01/2019.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial REsp 878.941-DF. Relatora : ANDRIGHI, Fátima Nancy. Publicado no DJe 37 de 23.08.2007. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3318018&num\\_registro=200600862840&data=20070917&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3318018&num_registro=200600862840&data=20070917&tipo=5&formato=PDF) Acesso em 23/01/2019.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão na Apelação Cível Nº 70016585754. Relatora : DIAS, Maria Berenice. Julgado em 29/11/2006. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/jurisprudencia.php?subcat=1103&termobusca=&ordem=&pagina=2>> Acesso em 23/01/2019.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão na Apelação Cível Nº 70022484240, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 20/02/2008. Disponível em [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php). Acesso em 23/01/2019.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão na Apelação Cível Nº 70011921970. Relator : PORTANOVA, Rui. Julgado em 29/09.2005. Disponível em [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php) Acesso em 23/01/2019.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, preconceito e a justiça**. Revista dos Tribunais. São Paulo 2000, pag. 19.

FACHIN, Luiz Edson. Paternidade e ascendência genética. In Leite, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Cord.). Afeto, ética, família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 510

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial : planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável**. 3. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTUxNzk=#> >. Acesso em 11.jun.2016.

PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

REALE, Miguel. **Introdução ao Estudo do Direito**. Saraiva. São Paulo. 38 ed. São Paulo. 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.