

OS LIMITES PARA O RECONHECIMENTO DE FILIAÇÕES SOCIOAFETIVAS POST MORTEM, NAS RELAÇÕES FAMILIARES: UM ATO DE AFETO OU UMA QUESTÃO PATRIMONIAL¹

THE LIMITS FOR RECOGNITION OF POST MORTEM SOCIO- AFFECTIVE AFFILIATIONS, IN FAMILY RELATIONS: AN ACT OF AFFECTION OR A PATRIMONIAL ISSUE

Jorge Teles NASSIF²

Elizabete Cristiane de Oliveira Futami de NOVAES³

RESUMO

O Direito de Famílias e Sucessões, é uma das ramificações do pensamento jurídico que sofreu mudanças tanto em conceitos, como na forma de decisões do próprio Poder Judiciário brasileiro. Nesse contexto, surge a problemática do reconhecimento de filiações socioafetivas post mortem, pois se trata de ação declaratória do afeto em uma relação filial, contudo, surge a questão da transformação do relacionamento nobre da afetividade, em uma possibilidade de angariar o Direito à Herança, ou seja, há uma espécie de banalização do afeto em detrimento do patrimônio. Sob esse prisma, busca-se por meio de análises legislativas e históricas, entender as minúcias da afetividade na sociedade brasileira, a fim de demonstrar qual seria o parâmetro ideal para legitimar uma filiação socioafetiva post mortem, bem como apresentar um panorama doutrinário de como se entende o instituto jurídico de Estado de Posse de Filho e os efeitos no âmbito do Poder Judiciário e nas garantias constitucionais.

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2022-2023) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduando do 3º ano de Direito pela Faculdade de Direito de Franca; jorgennassifteles@gmail.com.

³ Doutoranda em Função Social do Direito – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, Mestre em Direito pela Universidade Franca, advogada e professora titular da disciplina de Direito Processual Civil II na Faculdade de Direito de Franca – FDF – elizabeth.futami@gmail.com.

Palavras-chave: Direito de família, Princípio da dignidade da pessoa humana, Reconhecimento de Filiação, Socioafetividade e Patrimônio.

ABSTRACT

Family and Succession Law is one of the branches of legal thought that has undergone changes both in concepts and in the form of decisions by the Brazilian Judiciary itself. In this context, the problem of recognizing post mortem socio-affective affiliations arises, as it is a declaratory action of affection, however, the question arises of transforming the noble relationship of affection into the possibility of raising the Right to Inheritance, that is, there is a kind of trivialization of affection to the detriment of heritage. In this perspective, through legislative and historical analyses, the objective is to understand the minutiae of affectivity in Brazilian society, in order to demonstrate what would be the ideal parameter to legitimize a post mortem socio-affective affiliation, as well as to present a doctrinal rationale for an overview of how she is understood. if this question in the judicial way in the constitutional guarantees.

Keywords/Palabras-claves/Móts-clés: Family law, Principle of human dignity, Recognition of Affiliation, Socioaffectivity and Heritage.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito de Famílias é um espelho das influências sociais, uma vez que, como expressa o artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, “a família, é a base da sociedade”. Nesse contexto, quando se observa a questão das filiações socioafetivas, e suas diversas nuances, percebe-se uma modificação da preponderância do afeto tanto no âmbito legislativo, quanto na esfera Judiciária.

Inicialmente, a problemática surgiu quando um dos autores teve contato, ainda durante o período de estágio, em um escritório de advocacia e consultoria jurídica, o qual realizava a defesa de uma ação declaratória de reconhecimento de maternidade socioafetiva *post mortem*.

E sob tal problemática surgiram variados questionamentos, a saber: como seria possível estabelecer delimitações para o reconhecimento de filiações socioafetivas *post mortem*, a fim de que não haja a banalização da afetividade? Seria possível, entender qual seria a essência do pedido: se realmente tratava-se de um ato de afeto, ou seria uma ambição meramente patrimonial? Sendo assim, ante as variadas indagações e críticas ao problema jurídico instaurado, surgiu o anseio de se pesquisar, analisar e entender os detalhes de uma filiação socioafetiva, especialmente a *post mortem*.

Diante de tais questões, buscou-se por meio de uma análise legislativa e histórica, a comparação da preponderância da afetividade nas relações familiares no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002,

incluindo-se a forma de se entender os conceitos de famílias, patrimônio e afeto.

Ainda foram objeto desta pesquisa os entendimentos doutrinários, dos autores Maria Berenice Dias, Luiz Edson Fachin, Paulo Lôbo e Cláudio Luiz Bueno de Godoy, sobre o tema e como tais aplicações da doutrina brasileira eram incorporados no âmbito da prestação jurisdicional, inclusive como alguns institutos jurídicos, tais como o Estado de Posse de Filho eram compreendidos para se reconhecer uma filiação socioafetiva, após a morte de um dos genitores. Ademais, analisou-se também o Tema 622 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a forma como esse Tema alterou a concepção das decisões do Poder Judiciário.

Nesse enquadramento, busca-se compreender como é a preponderância da afetividade, quais seriam as principais motivações para se recorrer à Justiça com vistas a obter o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, quais são os meios probatórios necessários para se comprovar a existência do afeto, e como tais considerações são aplicadas ao *post mortem*.

2 CONCEITO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O Código Civil de 2002, diferentemente de legislações anteriores, trouxe no artigo 1.593 outras possibilidades de configurações de parentesco, além da consanguinidade, como consta no referido texto:

“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” (grifo nosso)

Observa-se que o legislador ao trazer a inclusão do termo “outra origem” na norma legal, trouxe a possibilidade de legitimar um parentesco baseado não exclusivamente no vínculo biológico, mas sim em vínculo afetivo. Nessa perspectiva, houve a abertura jurídica para que demais filiações ou vínculos familiares, anteriormente adstritos à questão biológica, possam transformar-se em algo de maior abrangência social, como é o caso das filiações socioafetivas.

LÔBO (2023) conceitua que o princípio da afetividade, está embasado em quatro pilares essenciais, como a) – igualdade entre os vínculos filiais; b) – possibilidade de adoção, sendo essa uma opção

baseada no afeto com igualdade entre os direitos de descendentes; c) – comunidade constituída por qualquer dos pais e filhos, os quais podem ser compostos por filhos adotivos; d) – direito à convivência familiar, que incontestavelmente é um fatorpreponderante para a vida de qualquer ser humano.

Quando se analisa sob um viés histórico e social, a legitimação da filiação baseada noafeto é inegavelmente uma mudança para o prisma da instituição familiar, a qual era tradicionalmente originada pelo matrimônio e o vínculo biológico, ou seja, as entidades familiares eram “*matrimonializadas*” e “*biologizadas*”. Entretanto, desde o ano de 2010 discute-se a possibilidade de reconhecimento de uma filiação socioafetiva, em ocasiões que um ou ambos os genitores tenham falecido. A possibilidade de um reconhecimento filial, está devidamente adequada, na via judicial, por uma ação declaratória de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem*, ou seja, recorre-se à tutela jurisdicional para que determinada relação de fato, produza seus devidos efeitos legais.

Em síntese, o referido processo de conhecimento é proposto quando não se tem uma adoção de direito, mas sim de “fato”, todavia, para que seja reconhecida a filiação, necessário é que a constatação do instituto jurídico denominado “Estado de Posse de Filho”, esse conceituado como a vivência como se pais e filho fossem, mesmo que esse não seja adotado ou de origem biológica, ou seja, percebe-se que tal declaração é valorada mais no âmbito afetivo, do que a via consanguínea.

O Estado de Posse de Filho, está ancorado em três premissas: I) – *nomem* (nome); II)

– *tractatus* (tratamento) e III) – *fama* (fama), via de regra, tais elementos devem estar presentes ao se analisar o caso concreto. A doutrina brasileira entende que o nome se refere àutilização do patronímico familiar durante a vida cotidiana; sendo o tratamento a forma como o ascendente se relacionava com o filho socioafetivo; e por último, a fama, conceituada pelos conjuntos anteriores e como tal filiação era visualizada socialmente.

Ante tais colocações, constata-se que o Código Civil de 2002 oportunizou a criação de filiações que não fossem exclusivamente consanguíneas, todavia, quando se trata de uma filiação baseada no afeto, percebe-se, na atual legislação, um certo receio de legitimar relações fundamentadas nesse sentimento singular. Nesse sentido, ao se comparar de forma interpretativa a legislação alienígena, em especial os países europeus, verifica-se que há uma tendência de reconhecimento da afetividade no âmbito familiar, a exemplo o caput do artigo 311-1 do

Código Civil Francês (“*A posse do estatuto é estabelecida por um conjunto suficiente de factos que revelem o vínculo de filiação e parentesco entre uma pessoa e a família a que se diz pertencer*”).

Ao observar a legislação pátria no artigo 1.605, inciso II, do Código Civil, o qual dispõe sobre a possibilidade da comprovação da filiação, especialmente quando se trata do instituto jurídico de Estado de Posse de Filho, traz que a filiação pode ser comprovada pela presunção de fatos já certos, consequentemente quando se traça um panorama da filiação socioafetiva *post mortem*, é possível vislumbrar que o legislador atribui aos fatos uma carga valorativa, logo, não se pode, de forma alguma, desprezá-los, no caso concreto.

DIAS (2022), na obra “Filhos do Afeto”, salienta que há uma certa modificação social quanto ao valor do afeto, pois entende que atualmente a afetividade vai além de um simples sentimento acessório, sendo um norteador do vínculo filial, como se pode vislumbrar no trecho a seguir:

“Com o reconhecimento do afeto como princípio norteador dos vínculos familiares, os laços de sangue não são suficientes para garantir a verdadeira parentalidade. Paternidade e maternidade podem estar muito além, ou muito aquém, do vínculo genético. A verdadeira parentalidade pode ser uma construção socioafetiva que nasce na “posse de estado de filho” ou posse de estado de pai”. Trata-se de uma modalidade de parentesco civil. Albergado no conceito de parentesco de outra origem (CC, art. 1.593).”

É evidente, portanto, que a filiação socioafetiva está intimamente ligada ao afeto, ou seja, incabível é a sua desvinculação, entretanto, a problemática instala-se quando há uma confusão entre a afetividade filial e o interesse unicamente patrimonial gerado pela

possibilidade de direitos sucessórios, pois caso haja o reconhecimento de tal vínculo filial, por lógico, o filho socioafetivo terá Direito à Herança.

Ressalta-se que não há nenhum mal ou infração de ordem moral em se requerer esse Direito, contudo “patrimonializar” um Direito personalíssimo ligado a construção de uma filiação baseada na afetividade,

não é moralmente aceitável, pois, para que haja o reconhecimento de uma filiação socioafetiva *post mortem*, precisa-se valorar o afeto.

Portanto, a filiação socioafetiva sob uma perspectiva jurídica é uma evolução social e cultural da filiação, a qual se desvinculou da exclusividade da consanguinidade e baseou-se na nobreza do afeto.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O instituto jurídico da família e o poder familiar, é um reflexo do pensamentocultural e social em determinada época, que uma sociedade firmou. Assim, um determinado ato legislativo por princípios constitucionais representa os valores e ideais que o conjunto (sociedade e pensamento social) refletem.

Nesse sentido, a partir de uma análise histórica e legislativa para a sociedade, tem-se que o primeiro ato legislativo que trouxe a legitimidade da família foi o Código Civil de 1916, sendo tal ordenamento jurídico criado com a premissa de proteção da tradição e costumes, sendo uma regulamentação de algo que já era pacificado socialmente.

Todavia, ao analisar o Código Civil de 1916, é perceptível a manutenção das formações sociais, especialmente na estrutura familiar cultivada geracional. Cumpre salientar, que a família tinha o objetivo de manutenção do patrimônio construído nos laços consanguíneos, ou seja, os Direitos Patrimoniais sobrepunham-se aos Direitos Personalíssimos e Pessoais, conseqüentemente, valorizava-se mais o patrimônio do que os princípios enraizados ao ser humano, como a dignidade da pessoa humana.

Sob esse prisma, a legislação aqui analisada, tinha que a família apenas poderia se constituir pelo matrimônio e pelo vínculo biológico/consanguíneo. Observa-se, portanto, queo fator afetivo estava excluído das relações familiares, inclusive da forma de gênese de uma filiação, dessa maneira, não se admitia que o afeto fosse o propulsor de incorporação de Direitos Patrimoniais de uma relação filial.

Uma premissa inegável, para a história legislativa brasileira, sob a temática de filiações socioafetivas, é que durante a vigência do Código Civil de 1916, o fator afeto foi desprezado, estigmatizado, desconsiderado e imputado como uma espécie de “pecado”

social, ou seja, infelizmente não se tinha a percepção de que a afetividade não era apenas umsentimento adesivo da relação familiar, mas sim o condão capaz de modificar cenários, indivíduos e relações.

A maneira cética com que o Código Civil de 1916, não viabilizava nenhum tipo de filiação baseada na afetividade trazia justamente a valoração do patrimônio em detrimento do afeto. Esse contexto, é amplamente explorado por Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa, na obra “Teoria Geral do Afeto” (2022), quando aduz que,

“Observado aquele cenário de irrelevância e neutralidade em relação ao afeto, o Código Civil 1916 não estabeleceu qualquer correlação que tivesse em mirada. Muito pelo contrário. Naquela estrutura normativa, o filho adotivo não fazia jus à herança: [...]” (*grifo nosso*)

Fato é que, durante muito tempo, a sociedade brasileira foi regida por uma espécie irrelevância do princípio da afetividade, entretanto, em 2002 com a reforma do Código Civil, o ordenamento jurídico, mesmo com as fortes e latentes estruturas da legislação anterior (Código Civil de 1916), possibilitou o reconhecimento de uma filiação que não fosse gerada pelo sangue, todavia, é perceptível que o legislador demonstrou algum receio de trazer o afeto como norteador da filiação, a ponto de trazer a filiação consanguínea, mas denominar a filiação socioafetiva como “outra origem”.

Certo é que o legislador retira a exclusividade da filiação consanguínea, porém não legitima a afetividade, demonstrando assim, ainda a robusta presença da visão do Código Civil anterior, e com isso houve uma espécie de lacuna legal para as filiações socioafetivas, inclusive tal vácuo torna-se mais relevante ao se analisar as filiações socioafetivas *post mortem*, pois com isso surgiram certas indagações como: em caso de morte do(a) genitor(a) socioafetivo(a) haveria limites para a relação baseada no afeto e os possíveis Direitos Patrimoniais advindos da herança? A filiação por não ser consanguínea, e sim afetiva, mesmo após a morte poderia ser reconhecida, e conseqüentemente gerar Direito à Herança como qualquer outro vínculo filial?

Inevitavelmente, diante de tais questionamentos recorreriam ao Poder Judiciário, o qual se viu obrigado a respondê-los, haja vista a omissão legislativa ao legitimar o afeto. Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal (STF) em 21 de setembro de 2016 impulsionado pelo Recurso Extraordinário (RE) n.º 898.060, com repercussão geral reconhecida, trouxe a possibilidade com base no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de se reconhecer uma filiação

socioafetiva, e com isso tornando aplicável o reconhecimento *post mortem*, com todos os efeitos dele decorrente.

Assim, a Corte Máxima firmou com o prisma da dignidade da pessoa humana, a seguinte tese:

“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

O colegiado, entendeu que a filiação, caso preencha o trinômio (*nomem, tractatus e fama*) do instituto jurídico Estado de Posse de Filho, sob o condão da afetividade, pode ser, sem nenhuma barreira, judicialmente reconhecida e, conseqüentemente, tal julgamento trouxe reverberações para os efeitos *post mortem*.

Salienta-se, que na história brasileira a filiação socioafetiva sofreu uma “desbiologização⁴” no vínculo filial, pois após um século (Código Civil de 1916) de total desprezo, neutralidade e apatia do fator afetivo, esse sentimento floresce após o julgamento do Tema 622 do Supremo Tribunal Federal em 2016, como protagonista jurídico e social da relação entre pais e filhos socioafetivos.

Com isso, conclui-se que a evolução histórica da filiação socioafetiva *post mortem*, trouxe uma modificação na construção de uma consciência jurídica e legislativa brasileira, e assim passa-se a um novo modo de enxergar a filiação nas relações familiares.

Evidente é que o passado não pode ser alterado, ou seja, os filhos socioafetivos negligenciados pela sociedade e legislação civilista da época de 1916, contudo, atualmente mesmo com as alterações do Código Civil de 2002 no tocante à filiação, e a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Tema de Repercussão Geral n.º 622), é perceptível uma tentativa de se construir uma nova dinâmica para futuro, com a legitimação do vínculo filial, não mais baseado no sangue, com o intuito na manutenção

⁴ O termo “desbiologização” foi apresentado à academia jurídica, pela primeira vez na obra “Desbiologização da Paternidade” em 1.979, escrita pelo jurista João Batista Vilela, com o objetivo de demonstrar que a paternidade não necessitava ser concebida pelos meios biológicos e matrimônios, ou seja, percebe-se antes mesmo da reforma civilista que a sociedade já tinha indícios de possível alteração de consciência social.

do patrimônio, e sim na grandeza da afetividade com o objetivo de construção familiar.

4 ANÁLISE DOUTRINÁRIA SOBRE O TEMA

Como se observa, a filiação socioafetiva *post mortem*, é uma construção, em grande parte doutrinária, uma vez que a legislação optou pela omissão quanto ao reconhecimento e legitimação do vínculo filial baseado no afeto. Nesse sentido, coube à doutrina e à jurisprudência modularem como se dará essa declaração, a exemplo da formulação do instituto jurídico de Estado de Posse de Filho. Nesse diapasão, analisar-se-ão os entendimentos dos autores, Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias, Luiz Edson Fachin e Cláudio Luiz Bueno de Godoy.

4.1 REQUISITOS E CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE

Paulo Lôbo, é doutrinador marcado por suas obras baseadas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sua aplicação no Direito de Família. Em análise ao recorte temático da filiação socioafetiva, observam-se espécies de requisitos para que haja a caracterização desse vínculo filial, que são o trinômio: a) – Comportamento social típico de pais e filhos; b) – Convivência familiar duradoura; e c) – Relação de afetividade familiar.

Observa-se, que além do chamado “Estado de Posse de Filho” ou “Posse de Estado de Filiação”, termo esse utilizado pelo próprio doutrinador, torna-se necessário adentrar ao âmago da filiação, uma vez que esse meio traz justamente a presença da afetividade, um fator imaterial, porém totalmente necessário nas relações familiares.

Nesse aspecto, o professor apresenta que o “comportamento social típico entre pais e filhos”, trata, em tese, de uma aferição social, ou seja, é a presença dos elementos subjetivos e objetivos do relacionamento filial, a ponto de a sociedade identificar não mais duas pessoas comuns, mas sim a presença de pais e filhos. Aponta-se, preliminarmente, que em uma ação declaratória de filiação socioafetiva *post mortem*, é sem sombra de dúvidas necessária a realização da prova testemunhal, uma vez que esse

meio probatório trata da perspectiva social da comprovação dos atos comportamentais entre pais e filhos afetivos.

Outro ponto noticiado pelo doutrinador é a “convivência familiar duradoura”, de forma que a pessoa sendo e se sentindo pertencente ao seio familiar durante anos, entende-se perante tal consideração, que o “comportamento social típico de pais e filhos” e a “convivência familiar duradoura” estão intimamente interligados, pois um não ocorre sem a presença do outro. Salienta-se, que essa familiaridade não esporádica ou ocorrida em um breve momento da vida familiar, contudo, não é determinante para que haja ou não a devida caracterização do vínculo filial socioafetivo.

A relação de afetividade familiar, é um fundamento verdadeiro e uma questão *sine qua non*, a fim de o resultado final ser uma filiação socioafetiva. Lôbo, apresenta, nessa questão, uma latente diferenciação, a ponto de avaliar que um apadrinhamento ou acolhimento doméstico, de forma alguma, pode ser confundido com uma filiação, pois,

“As relações entre pessoas devem ser de natureza afetiva e com escopo de constituição de família, para que se constitua estado de parentalidade e de filiação. Devem ser desconsideradas como tais as que tenham outro escopo ou interesse, ainda que haja convivência sob o mesmo teto. Assim, não há afetividade familiar no acolhimento doméstico que uma pessoa dá a uma criança desabrigada, ou na relação social entre padrinhos e madrinhas e seus afilhados, ou na prática de apadrinhamento de criança que viva em instituição de acolhimento.”

Nesses casos de filiação socioafetiva, especialmente a *post mortem*, aquele velho ditado popular aplica-se na integralidade, isto é, “uma atitude vale mais do que mil palavras”, pois ainda que seja possível o reconhecimento por declaração em registro público, por vezes esse reconhecimento será feito por meio de ações cotidianas da vida, e justamente as declarações de fato e não de direito aplicam-se ao chamado “Estado de Posse de Filho”.

4.2 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DE MARIA BERENICE DIAS

De maneira descontraída, porém séria e respeitável, a doutrinadora, que foi a primeira Desembargadora do Estado do Rio Grande do Sul, apresentou na obra jurídica “Filhos do Afeto”, um panorama da instituição familiar com aprofundamento nas diversas maneiras de concepção da filiação.

Maria Berenice Dias, conceitua que a filiação socioafetiva é oriunda do chamado “Estado de Posse de Filho”, o qual decorre com o passar da vida, com a primazia da convivência afetiva e reconhecimento mútuo da paternidade, essa marcada pela predominância perfeita do sentimento de pertencimento tanto de pais, quanto de filhos, e com isso há a geração de direitos e garantias provenientes de um vínculo filial, e assim observa-se uma tímida modificação do pensamento social na questão da afetividade.

Percebe-se, que a autora é enfática ao dispor da urgência em conscientizar a sociedade, quanto a existência no plano jurídico da filiação de cunho social e afetivo, inclusive entende que menosprezar tal condição do afeto é, em tese, apontar apenas uma perspectiva, e com isso reduzir o ser humano ao mundo genético, conseqüentemente desobriga-se o homem ao fornecimento e recebimento daquilo que desponta em sua condição humana, a capacidade de desenvolver relação fundada no afeto.

A doutrina em tela destaca um cuidado e atenção quanto a equivalência de direitos e deveres oriundos de uma filiação socioafetiva, de uma por parentesco consanguíneo, devendo, no âmbito dos direitos e obrigações, tratamento de forma isonômica a um vínculo exclusivamente afetivo.

Entende também, que quando um indivíduo se coloca voluntariamente em posição de ascendência, gera-se uma adoção de fato. A doutrinadora defende que o fator afetivo é um norteador dos vínculos familiares, e dessa forma há o entendimento que os laços de sangue não são suficientes para garantir uma verdadeira parentalidade.

Assim, DIAS (2022) interpreta que o elemento necessário para a real filiação é a verdade socioafetiva, ou seja, a **realidade** da filiação baseada no afeto, como extrai-se a seguir:

“Emerge como elemento caracterizador da filiação de afeto, para demonstrar a verdade socioafetiva, formada por situações de fato, reveladora de um

estadovisível e vivido, que se reforça ao longo dos dias e da vida.”

De maneira evidente comunga com a opinião de Luiz Edson Fachin, que a filiação socioafetiva é gerada pelo instituto jurídico de “Estado de Posse de Filho”, todavia, esse mesmo, sendo um importantíssimo referencial, não pode ser o único e exclusivo parâmetro de aferição da configuração ou não do vínculo filial.

Nesse contexto, portanto, nota-se que a filiação socioafetiva é de modo algum uma questão estática, contudo é um meio dinâmico com constantes alterações tanto no âmbito doutrinário, quanto nas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, demonstrando assim um reflexo na alteração cultural e racional do pensamento crítico jurídico.

4.3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DE LUIZ EDSON FACHIN

O atual Ministro do Supremo Tribunal Federal e relator do Tema de Repercussão Geral n.º 622 do Supremo Tribunal Federal, na obra Estabelecimento da filiação e paternidade presumida, editada por Sergio Antônio Fabris, em 1992 (ainda na vigência do Código Civil de 1916), apresenta apontamentos importantes para o estabelecimento da filiação, especialmente para filiação socioafetiva, ou como trazido na obra, “socioafetiva”.

Observa-se na obra doutrinária em comento, um cuidado e amor ao tema pelo escritor, pois de maneira brilhante o mesmo apresenta, ainda em fase anterior à vigência do Código Civil de 2002, conceitos como “Posse do Estado de Filho” quando ainda não se discutia o valor jurídico do afeto ou da possibilidade de reconhecimento de uma filiação socioafetiva, demonstrando-se com isso, justamente uma transformação do olhar social da afetividade.

Nesse diapasão, Fachin (1992) caracteriza que o “Estado de Posse de Filho” é:

“Apresentando-se no universo dos fatos, à posse de estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se assim, a regra jurídica da realidade”.

De forma evidente, o doutrinador demonstra que, em tese, a filiação socioafetiva está mais ligada ao cotidiano fático da vida, provando-se assim a preponderância da caracterização do instituto jurídico de “Estado de Posse de Filho”. Nesse sentido, conclui-se que o vínculo filial do afeto que a vivência, por muitas vezes, não encontra consonância como regente da vida civil (legislação), pois contata-se preliminarmente um desprezo e neutralidade do afeto e, ante as demandas da sociedade, um possível renascer desse sentimento, que ocorreu timidamente com a vigência do Código Civil de 2002, mas principalmente com julgamento do tema de repercussão geral 622 do Supremo Tribunal Federal.

Na obra analisada, em especial no capítulo de número sete (Encontro entre a verdade jurídica e a verdade sociológica), com o subcapítulo de número três (Limites e Excessos), um parâmetro para filiação socioafetiva, o autor aduz que o vínculo filial é instrumentalizado pelo Estado de Posse de Filho, com o objetivo de *valorizar a verdade sócio-afetiva*.

Incontrovertida é a necessidade do Estado de Posse de Filho (configurada pela trilogia clássica de *nomen, tractatus e fama*), todavia esse refere-se a elementos normais, ou seja, cabe em análise ao caso concreto, entender os diversos elementos da vida diária para a declaração da filiação baseada no afeto.

Sob esse enfoque, ao estudar a referida obra jurídica, tem-se que o princípio da segurança jurídica é inegavelmente importante para sociedade, porém, a conscientização social e cultural é um fator preponderante para alterações dentro do âmbito acadêmico, prático e de cenários de debates do Direito, pois foi por meio dessa transformação que, na atualidade, pode-se reconhecer filhos gerados pelo afeto, até mesmo após a morte dos pais.

4.4 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DE CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY

Cláudio Luiz Bueno de Godoy, é desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atuante na Primeira Câmara de Direito Privado, e escritor sobre “Atualidades sobre a Parentalidade Socioafetiva e a Multiparentalidade”, na obra jurídica *Direito Civil: Diálogos entre a Doutrina e Jurisprudência*.

De plano o doutrinador, apresenta que a filiação socioafetiva trata de um confronto com a história e a legislação que, tradicionalmente, elegeram o elo biológico e genético como a única e exclusiva forma de legitimar o vínculo filial, inclusive tais observações dialogam com as considerações alhures mencionadas neste texto.

Em um segundo momento, o autor traz os elementos de configuração de um relacionamento baseado no afeto entre pais e filhos, e para tanto há, necessariamente, a chamada *função afetiva*, essa descrita como uma forma de convivência solidária e familiar, a qual os integrantes do núcleo da família buscam suas realizações pessoais de maneira conjunta ou proporcional, tendo como condão a afetividade.

Observa-se, que o autor dispõe que o artigo 1.593 do Código Civil de 2002, prescreve que a filiação pode se originar de diversas causas, portanto não apenas a biológica ou genética, inclusive apresenta que a Constituição Federal nos artigos 226 e 227 já dispunham da possibilidade de alterar a composição familiar “*biologizada*” ou “*matrimonializada*”, mantendo, porém, a mesma dignidade e igualdade de filhos, sejam eles consanguíneos ou socioafetivos.

A filiação é, antes de tudo, um *fato cultural* e social, do que um fenômeno da natureza, ou seja, em síntese retorna-se à instrumentalização do “Estado de Posse de Filho”, pois com esse meio norteador consegue-se “fugir” do parâmetro historicamente adotado do vínculo genético, cabendo assim, os elementos sociais.

Nesse sentido, o autor fundamenta que a situação da parentalidade/filiação baseada na afetividade, traz consigo a questão do cotidiano da vida para constatação ou caracterização dessa relação familiar, como cita:

“No campo da identificação jurídica da afetividade, ao contrário de se perscrutar o sentimento íntimo que se nutre pelo filho, de resto em alguma medida indevassável, será preciso objetivamente colher indicativos da situação da parentalidade, no mais revelada por dados comuns a esse vínculo, como a comunhão da vida, a formação, a educação, o cuidado, o sustento dispensado a quem, assim, se trata, se chama e se reconhece como filho.”

Nota-se que o autor na obra doutrinária alhures citada, em específico, reconhece que além dos elementos objetivos ou normais do

“Estado de Posse de Filho”, cabe ainda analisar o dia a dia do núcleo familiar, o qual se dá por duas formas de comprovação, sendo: a) – a prova testemunhal, que é um extrato de como a sociedade entendia aquele vínculo afetivo e

b) – a perícia social nos integrantes da filiação socioafetiva, especialmente a *post mortem*.

5 ENTENDIMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)

Como se observa, o afeto era culturalmente e juridicamente visto como um sentimento acessório ou supérfluo nas relações familiares, inclusive não se tinha a possibilidade de ser um condão afetivo, capaz de produzir direitos, deveres e responsabilidades. Não se imaginava, durante a formulação do Código Civil de 1916, que o instituto da filiação pudesse se originar por meio do convívio social e relacionamento regado pelo afeto, ou seja, a legislação entendia e era aplicada às filiações que se originavam por meio da via biológica e matrimonial. Percebe-se que, assim como a consciência social foi transformada, a legislação atual e vigente tentou, no artigo 1.593, balbuciar o que seria uma filiação socioafetiva. Todavia, com o advento do julgamento do Tema 622 do Supremo Tribunal Federal em 2016, vislumbra-se um alterar nos posicionamentos dos Tribunais de Justiça Estaduais, e com isso abriu-se a oportunidade de reconhecimento da afetividade como capaz de gerar um vínculo filial *post mortem*.

Nesse estudo analisa-se o banco jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual tradicionalmente possui decisões conservadoras, contudo, devido ao julgamento mencionado há uma modificação quanto à consideração da afetividade, paragarar Direitos Patrimoniais advindos da abertura sucessória.

Nota-se que, mesmo com a disposição legal (artigo 1.593 do Código Civil de 2002) garantindo a possibilidade de uma filiação de “*outra origem*”, ao realizar uma análise jurisprudencial se verifica que entre os anos de 2010 a 2013, entendia-se que a filiação socioafetiva deveria ser reconhecida se vida tivesse o genitor, ou seja, vedado era a declaração de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem*, pois tratava-se de um Direito Personalíssimo que cessava com a morte, como entende-se pelo julgado abaixo:

“PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA - Reconhecimento “Post Mortem” - A nova ordem constitucional trouxe relevantes avanços ao conceito de família, não mais decorrente necessariamente do casamento, e o vigente Código Civil dispôs expressamente no art. 1.593 que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Situação diversa da chamada “adoção à brasileira” - Ocorreu, em relação à apelante, a lastimável prática, tão comum, também, outrora em nosso País, dos “filhos de criação”, em que os infantes abandonados ou de famílias carentes, muitas vezes, sem qualquer conhecimento das autoridades competentes, sob o manto de alegada dispensa de tratamento humanitário ou piedoso, eram criados no ambiente familiar, nesta qualidade, sem a intenção de criar parentesco ou de conceder qualquer benefício de ordem patrimonial, ainda que por meio de testamento, violando os mais comezinhos princípios do vigente Estatuto da Criança e do Adolescente, como a de ser parte de sua própria família, ainda que substituta (art. 19), de participar da vida familiar e comunitária sem discriminação (art.16, V), e de ser adotado – Os efeitos pretendidos são o de uma adoção inversa. Portanto, não há como se afastar da presente pretensão a exigência da consensualidade, por aplicação analógica do art.1.621 do Código Civil, e sendo impossível de ser manifestada a anuência, pelo falecimento dos requeridos, **está inviabilizada a propositura da presene ação, por se tratar de direito personalíssimo** – Recurso desprovido (Apelação Cível nº 0281940-91.2009.8.26.0000, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, v.u., j. em 09.04.2013)” (*grifo nosso*)

“RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA Pretendido

reconhecimento da relação após a morte da guardiã Ausente **comprovação Impossibilidade de imposição do vínculo Pretendida assunção, pelo embargante, da condição de filho, no sentido de**

obter vantagem em sucessão hereditária Ausência de prova sobre histórico articulado Guarda simples exercida pela tia em razão de problemas a envolver os pais e, ao depois, a morte da própria mãe Decisão majoritária a prevalecer **RECURSO NÃO PROVIDO.**

(TJSP; Embargos Infringentes 0012312-88.2009.8.26.0132; Relator (a): Elcio Trujillo; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Catanduva - 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 06/08/2013; Data de Registro: 09/08/2013)” (*grifo nosso*)

Em situação semelhante a do julgado acima, a qual buscava-se o reconhecimento de paternidade socioafetiva *post mortem*, na decisão judicial, é possível observar certos parâmetros para a declaração do vínculo filial: **a)** – os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, e na fundamentação do Tema 622 do Supremo Tribunal Federal; **b)** – demonstração do Estado de Posse Filho e **c)** – a demonstração tácita da convivência familiar, caracterizadora de um vínculo filial baseado no princípio da afetividade, e não mais da consanguinidade.

“AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

'POST MORTEM'. Ação proposta pelo autor contra o espólio do suposto pai. Sentença de procedência, reconhecendo a paternidade socioafetiva do falecido em relação ao autor e determinando a modificação do registro de nascimento dele, a fim de constar o nome do 'de cujus' como pai e dos avós paternos socioafetivos. Inconformismo do espólio/réu. Possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. Tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 (Repercussão Geral 622). Paternidade biológica que não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem socioafetiva, com os efeitos jurídicos próprios. Testemunhas e documentos juntados nos autos que demonstram que o falecido e

o autor se tratavam como pai e filho, tanto no seio familiar, como perante a sociedade. Genitora do autor e da representante do espólio que concordam com o pedido e relatam que o 'de cujus' sempre quis adotar o apelado. Paternidade socioafetiva que, de fato, deveria ser reconhecida. Sentença que deve ser mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1005963-58.2021.8.26.0576; Relator

(a): Ana Maria Baldy; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 26/09/2022; Data de Registro: 26/09/2022).”

Atualmente, percebe-se uma modificação de posicionamento do Juízo após o julgamento do tema de repercussão geral, sendo assim, em meados de 2016 até o primeiro trimestre de 2023, há uma conscientização do valor social e jurídico do afeto, diferentemente das decisões formuladas anteriormente, as quais limitavam-se na preservação de direitos personalíssimos.

Em uma breve reflexão, sob a temática, há uma questão palpitante nos julgados e na vida cotidiana de filhos socioafetivos, a presença do fator da afetividade. Na verdade, observa-se que devido a um estigma social e cultural do afeto, e na impossibilidade de garantir Direito ao amor, a felicidade e a afetividade, gerada pelo Código Civil de 1916, criou-se durante muito tempo na sociedade e conseqüentemente no âmbito legislativo, no judiciário e também no meio acadêmico, uma espécie de apatia ou neutralidade aos sentimentos e convivências familiares.

Assim, o Judiciário vestiu, durante muito tempo, essa armadura contra os sentimentos que tornam a dignidade do homem, como observa-se nos espelhos das decisões judiciais que não consideravam o poder transformador da afetividade nos vínculos filiais, todavia, com a mudança de pensamento jurídico e social percebe-se que de maneira tímida e a seu tempo, o Poder Judiciário tem buscado entender e valorizar os sentimentos da vida humana. Salienta-se que, ainda há consciências fundamentadas nas sobreposições de Direitos Patrimoniais aos Direitos Pessoais e Personalíssimos, porém a empatia e anseio para garantir direitos enraizados ao ser humano são capazes de brotar no entendimento do valor dos sentimentos, inclusive no âmbito jurídico.

6 CONCLUSÃO

A filiação socioafetiva, e o reconhecimento na via judicial *post mortem*, são temáticas que inegavelmente despertam reflexões internas sobre a sociedade, família, e os sentimentos como percussores de Direitos e garantias, deveres e responsabilidades do ser humano. Fato incontroverso é que historicamente o afeto foi negligenciado, neutralizado e entendido como mera emoção acessória ao âmbito familiar, todavia, com a mudança da sociedade e da postura ante às relações humanas, esse modo de pensar foi se transformando a ponto de que, atualmente, pode-se reconhecer um filho não de sangue, mas gerado em laços afetivos, de pais que escolheram ser geradores de amor e filhos que se colocaram em posição para entender e compreender essa escolha de serem amados.

O valor jurídico do afeto, de maneira única foi se modificando durante as décadas, uma vez que, a valoração apresentada no Código Civil de 1916, trazida pelo Código Civil de

2002, são diferentes, demonstrando-se com isso, uma nova consciência social, cultural e do próprio pensamento jurídico.

Sabe-se, ainda que tais modificações são mais acentuadas após o julgamento do Tema de repercussão geral 622 do Supremo Tribunal Federal, o qual apresentou a preponderância da filiação socioafetiva em detrimento da filiação biológica, sendo a tese firmada aceita, majoritariamente, pela doutrina base nacional.

O afeto é um sentimento nobre, que inspira o melhor do ser humano, e quando tal forma de vivência torna-se algo transformador na vida de um filho, são histórias transformadas, gerações modificadas pelo poder da afetividade nas relações familiares. Entretanto, ao se transportar essa realidade social para a realidade jurídica, especialmente nos casos de declaração *post mortem*, incontestável torna-se a observância de todos meios de prova admitidos em Direito, inclusive com atenção redobrada para a prova testemunhal, pois essa é um referencial importante de como a sociedade entendia aquele vínculo filial, enquanto vida houve aos ascendentes socioafetivos.

Ressalta-se, que de modo algum o processo declaratório judicial não deve ficar adstrito ao meio probatório supracitado, cabendo plenamente à instrução processual com a realização da perícia social, a fim de que se constate pelo olhar sociológico, se tal vínculo filial afetivo, estava ou não presente, inclusive para que se perceba se havia o tratamento, fama ou

reputação mútuo entre pais e filhos, os quais são elementos caracterizadores do instituto jurídico de “Estado de Posse de Filho”.

Sob esse prisma, uma ação declaratória de filiação socioafetiva *post mortem*, atualmente, não carrega o entendimento da impossibilidade de um reconhecimento filial, pois houve a compreensão de que o afeto pode gerar Direitos Patrimoniais. Todavia, importante destacar que tais Direitos Patrimoniais são a razão de uma pessoa recorrer ao Poder Judiciário para pleitear uma declaração de vínculo familiar afetivo. Salienta-se que, tal questão não deve ser demonizada pela sociedade, uma vez que assim como uma pensão alimentícia é devida ao filho vivo, nada mais justo seria garantir os Direitos Sucessórios ao filho socioafetivo.

Insta consignar, que caso não houvesse tal desejo sucessório garantido pelo Direito à Herança, apenas a consciência pessoal do filho socioafetivo, já seria totalmente suficiente para configurar o vínculo filial.

A premissa apontada necessita ser aplicada de maneira cautelar, devido ao fato que somente é gerador de Direitos Patrimoniais aquela filiação socioafetiva em que se constate o fator da afetividade, ou seja, nenhuma pessoa por mera liberalidade pode requerer uma

declaração de uma filiação baseada no afeto, sem que isso tenha ocorrido durante a vida dos genitores socioafetivos, pois não se pode diminuir um sentimento capaz de mudar relações familiares, em uma necessidade desenfreada de angariar patrimônio com a sucessão.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ACÓRDÃO. Apelação n.º 0281940-91.2009.8.26.0000. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, 09 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (10ª Câmara de Direito Privado).

ACÓRDÃO. Embargos Infringentes n.º 0012312-88.2009.8.26.0132/50000. Relator: Elcio Trujillo, 06 de agosto de 2013. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6910383&cdForo=0>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6ª Câmara de Direito Privado).

ACÓRDÃO. Apelação n.º. Relator: Ana Maria Baldy, 26 de setembro de 2022. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16081430&cdForo=0>

BRASIL. Julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial n.º 1.087.163 - RJ, Plenário, Brasília, DF, 31 de agosto de 2011.

BRASIL. Julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC – Tema 622, Plenário, Brasília, DF, 21 de setembro de 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 16 abr. 2023.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 de jul. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso 16 abr. 2023.

DIAS, Maria Berenice. Filhos do Afeto. Salvador: JusPolvim, 2022.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. DE ROSA. Conrado Paulino. Teoria Geral do Afeto. 4 ed. Salvador. JusPolvim, 2022.

DE NOVAES, Elizabete Cristiane de Oliveira Futami. Considerações sobre o novel instituto da SENEXÃO PL 105/20. Seminário apresentado junto a Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP na disciplina Justiça constitucional, direitos fundamentais e acesso a "NOVOS DIREITOS". Sob o magistério da Profa. Dra. Carolina Noura de Moraes Rego, em 25 de junho de 2022.

DINIZ, Maria Helena. CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO: Direito de Família, volume 5. ed. 36ª Tiragem. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

FACHIN, Luiz Edison. Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida. 1ª ed. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1992.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade. LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias, volume 5. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023.

SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio (Coord.). Direito civil: diálogos entre a doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018.