
CRÍTICA À MÚLTIPLA FILIAÇÃO REGISTRAL E OS SEUS EFEITOS NAS LINHAS SUCESSÓRIAS A LUZ DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COM FULCRO NA TEORIA DOS VALORES SUBSTANTIVOS – *SUBSTANTIVE VALUES* – E DO DIREITO FUNDAMENTAL À FELICIDADE

*CRITICAL TO THE MULTIPLE REGISTER FILIATION AND ITS EFFECTS ON SUCCESSIVE
LINES UNDER THE VISION OF THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION WITH FULCRO IN
THE SUBSTANTIVE VALUES THEORY AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HAPPINESS*

Lázaro Alves MARTINS JÚNIOR ¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.1006

RESUMO

Hodiernamente, com o vicejar do fenômeno do Constitucionalismo e das teses e teorias com técnicas de interpretação dos textos constitucionais que sorvem a sua validade da Teoria dos Valores Substantivos que empresta normatividade cogente a todos os comandos magnos, por mais etéreos que sejam, eclodindo, inclusive, estudos e decisões no sentido da existência e da validade de princípios constitucionais implícitos que, também, fundamentam e promovem efeitos concretos sobre os jurisdicionados, percebe-se o crescimento dos casos judiciais em que as decisões determinam o registro de filiação múltipla sem a limitação do seu alcance em qualquer dos seus efeitos para com a filiação não biológica, o que pode gerar um desequilíbrio patrimonial entre herdeiros no âmbito da sucessão. Como os fundamentos decisórios dessas decisões são construídos valendo-se de conceitos

¹ Pós Doutor pelo IGC – Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; Doutor Pela Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP; Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Aparecida de Goiânia, Goiás. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2237781973228252>.

indeterminados, v.g., o Direito à Felicidade, os mesmos se sujeitam à beligerância dialética contínua e não evitam a fluência de meros interesses materiais das personagens envolvidas, seara onde o ser humano se movimenta com maior lepidéz em razão de sua característica egoística, exigindo, portanto, tratamento judicial e uma legislação específica e atenta a todos os aspectos do novel instituto.

PALAVRAS-CHAVE: *Teorias Substancialistas, Direito à Felicidade, Múltipla Filiação, Linhas Sucessórias, Quebra da Isonomia entre Herdeiros.*

ABSTRACT

Currently, with the stronging of the phenomenon of Constitutionalism and the theses and theories with techniques of interpretation of the constitutional texts that draw their validity from the Theory of Substantive Values that lends obligate normativity to all the magno commands, no matter how ethereal they are, appearing, even, studies and decisions towards the of the existence and validity of implicit constitutional principles that also underlie and promote concrete effects on the courts, there is a growing number of judicial cases in which decisions determine the registration of multiple affiliation without limiting its scope to any of its effects on non-biological affiliation, which may generate an equity imbalance between heirs in the scope of succession. Since the decision-making grounds of these decisions are constructed using indeterminate concepts, e.g., the Right to Happiness, they are subject to continuous dialectical belligerence and do not avoid the flow of mere material interests of the characters involved, where the human being moves with greater lepidity due to it is of its egoistic characteristic, requiring, therefore, judicial treatment and a specific legislation and attentive to all aspects of the new institute.

Keywords: *Substantialist Theories, Right to Happiness, Multiple Affiliation, Successive Lines, Breaking of Isonomy among Heirs.*

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço e a consolidação do fenômeno do Constitucionalismo nos sistemas judiciais dos Estados e a adoção da matriz kelseneana conferindo a um Tribunal a função de órgão guardião da Constituição, superando a oposição apresentada por Carl Schmitt que vislumbra como adequado à função o Chefe de Estado, seguiram-se o desenvolvimento de vários arquétipos de Tribunais, dentro ou fora da estrutura do Poder Judiciário, com o desiderato de interpretar e aplicar as vontades das Cartas Fundamentais.

Os Estados passaram a se verem guiados por suas respectivas Constituições e passam a receber a denominação de Estados Constitucionais. Nessa mesma esteira, desenvolveram-se inúmeras teorias e técnicas com o escopo concretista dos mandamentos constitucionais, servindo de arrimo ao título deste artigo a Teoria dos Valores Substantivos, a *Substantive Value Theory*, que pode ser conglobada como pertencente ao grupo das *Teses Substancialistas*, diante da profusão dessas teorias, teses e técnicas com diversas nomenclaturas que, ao final, buscam fortalecer o julgador constitucional no sentido de que este possa

valer-se de quaisquer valores contidos na Constituição, explícita ou implicitamente, para promover a interpretação que emane normatividade e se transmute em ordem judicial constitucional com o poder de concretizar no plano material os valores abraçados pela a Carta Magna na respectiva sociedade por ela tutelada.

A amplitude das teses nomeadas “substancialistas”, termo conglobante do gênero, e que se opõem às que seriam as teses ou teorias procedimentalistas, mais próximas do positivismo e com uma robusta limitação do campo interpretativo do julgador erigindo o Legislativo como o Poder angular e representante do povo, escapam ao fito cerne deste estudo, sem que se olvide que a franca ascensão das primeiras tem provocado os fenômenos chamados de Ativismo Judicial e de Juristocracia, resultados de um poder imensurável contido no âmbito subjetivo do julgador constitucional quando este promove, quase que livremente, a leitura do texto que gerará a norma aplicável efetivamente.

Embora não seja este o mote principal deste artigo, a consolidação do Constitucionalismo e as interpretações sem lindes claras, aliadas à insegurança jurídica produzidas, são o fio condutor para as situações fáticas que promovem embaraços aos jurisdicionados, fazendo com que os operadores do direito despertem para alguns aspectos e alertem sobre a necessidade de uma melhor operacionalização desse novo sistema interpretativo, para que não provoque hiatos lógicos nas relações intersubjetivas dos jurisdicionados, empecendo a verdadeira solução da lide.

Se o julgador constitucional e o sistema judicial de vários países, alicerçado em diversos doutrinadores da área, veem como legítima a ingerência da Constituição interpretada sobre todo o arcabouço positivado sem a necessidade da intervenção legislativa, não pode descurar o julgador com esse matiz, quando expande sua função judicante aos campos das funções governativa e legislativa, produzir lacunas que promovam novos embates.

Nesse diapasão, tendo como parâmetro basilar para a discussão neste estudo o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 898.060, tratando da pluriparentalidade e lastreada, também, no Direito à Felicidade, percebe-se que a mesma faz emergir questões a serem debatidas quanto aos limites das obrigações, deveres e direitos das personagens envolvidas, especialmente no que

tange à linha sucessória, campo em que a sensibilidade do ser humano se aflora.

Esse panorama sugere que se deve buscar uma forma mais aprimorada no âmbito judicial para equalizar os efeitos *in concreto* dessas decisões, evitando prejuízos “injustos”, com tudo o que se guarda de relativo no conceito deste termo, sem afastar, por fim, a necessidade derradeira da atividade legislativa como legitimadora desses novos fenômenos sociais tão frequentes em diversas áreas, mas com especial regularidade na seara do Direito de Família.

2 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898.060 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Nosso Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, aparentemente uma não adequada cópia do modelo de Tribunal Constitucional estadunidense, país em nada semelhante ao Brasil em termos de culturas social ou jurídica, proferiu em sede de controle difuso e no bojo dos autos de um Recurso Extraordinário, a decisão que tem sua ementa abaixo reproduzida com os destaques apropriados para o desenvolvimento deste artigo

Ementa: Recurso Extraordinário. **Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica.** Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. **Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB).** Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. **Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito.** Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. **Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante.** Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso

Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpersonais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. **6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.** 7. **O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.** 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das

famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. **14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade.** Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). **16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “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”.** (RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)

Os destaques promovidos deixam entrever a imbricação entre o Direito Civil e o Constitucional, prevalecendo este último em virtude do fenômeno do Constitucionalismo em vigor e a força que o texto constitucional irradia sobre a legislação infraconstitucional, permitindo inferir ainda, que o recurso chegou ao sodalício nacional derradeiro como

uma lide para solução, onde se vislumbra que a solução *processual* pode ter pecado diante do afã de buscar efetivar a tutela jurídica ampla no plano material com o reconhecimento concomitante de paternidade múltipla.

Prosseguindo com esta análise, pode-se assimilar que o Supremo Tribunal Federal prestigiou e alçou à posição cumeeira magna o princípio da dignidade humana, classificado na decisão como um “sobreprincípio”, reconhecendo em seguida a existência do princípio constitucional implícito do Direito à busca da Felicidade, que não cede à força normativa do Estado quando este impõe quadrantes pré concebidos ao indivíduo.

Por fim, a Corte Constitucional brasileira admitiu a possibilidade da pluriparentalidade e emprestou-lhe, através do indigitado *decisum*, a eficácia plena ou a tutela jurídica ampla, aos casos onde ela foi reconhecida, nos seguintes termos: “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*”.

Dessarte, o trabalho se desenvolverá abordando esses três pontos.

3 A NECESSIDADE DE QUE A TUTELA JURÍDICA AMPLA EM SEDE CONSTITUCIONAL OBSERVE A TODOS OS ASPECTOS PRÁTICOS DO PROCESSO E DO SISTEMA JUDICIAL VIGENTE PARA CONTEMPLAR A EFICÁCIA

Acima explicitou-se que a ementa faz com que se infira que o acórdão proveio de um processo que chegou ao Supremo Tribunal Federal pela via difusa, aparentemente digladiando-se as partes pela declaração singular de paternidade da criança, tendo como oponentes o pai biológico e o pai afetivo.

A decisão, nos termos apresentados, parece ter violado aos preceitos magnos do devido processo legal e do exercício do contraditório, prestigiados no texto constitucional brasileiro, alquebrando ainda a pretensa nomeada *Tutela Jurídica Ampla* emprestada ao comando judicial.

Fredie Didier Júnior apresentou em sua obra escol no sentido da incorporação, pela Carta Magna de 1988, de institutos processuais a título de princípios, nos termos seguintes (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 32)

Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica são dois exemplos paradigmáticos). Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita etc.), que serão examinados neste Curso. Ao devido processo legal, que serve de parâmetro para a identificação de um modelo constitucional brasileiro de processo jurisdicional, dedicar-se-á boa parte do próximo capítulo.

De forma especial, o princípio do contraditório é tido como o mais relevante na seara processual para que se garanta a equidade das partes em suas postulações como autor e na defesa e, conseqüentemente preservaria a higidez da decisão judicial. Alexandre Freitas Câmara defende a posição cumeeira do aludido princípio em seu livro do direito adjetivo (CÂMARA, 2009, p. 49)

O princípio que ora se passa a analisar pode ser considerado o mais relevante entre os corolários do devido processo legal. Não há processo justo que não se realize em contraditório. Aliás, a mais moderna doutrina sobre o processo afirma que este não existe sem contraditório.

Luiz Rodrigues Wambier, ao tratar dos princípios fundamentais do processo e suas ligações com a Constituição Federal vigente, o fez com o seguinte texto: “*Os princípios gerais, ou fundamentais, do processo, alguns, como já afirmamos, com sede no texto expresso da Constituição Federal, servem de guia para o legislador brasileiro, no trabalho de elaboração de normas jurídicas processuais*”. Dessarte, mesmo que estejam em pleno vigor as interpretações concretistas da Constituição que afastam as eventuais amarrais formais que manietam a efetiva irradiação de efeitos magnos através dos princípios, parece ser correto pensar que, no que os institutos e princípios processuais em nada prejudiquem as partes, pelo contrário, lhes garanta a paridade, não se

pode defender como plenamente legítima a inobservância dos mesmos em qualquer esfera julgadora.

Humberto Theodoro Júnior afirmou, em diapasão harmônico com o que até aqui foi exposto, que o princípio do contraditório no processo é o principal consectário do tratamento igualitário entre as partes (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 67) e ao buscarmos vetusto ensinamento apresentado por Moacyr Amaral Santos onde se afere o conflito pelos interesses resistidos “*Se entretanto, duas ou mais pessoas têm interesse pelo mesmo bem, que a uma só possa satisfazer, dar-se-á um conflito intersubjetivo de interesses ou simplesmente um conflito de interesses*” (SANTOS, 1999, p. 4), conclui-se, fluindo de forma singela que o processo deve ser conduzido de forma a ouvir as partes acerca de todos os conflitos estabelecidos e quando isso não ocorre, o conflito poderá se manter, mesmo que apenas no campo externo aos autos e, portanto, não houve solução material do caso ao ponto de se poder afirmar que a Tutela Jurídica Ampla tenha se aperfeiçoado na relação intersubjetiva posta em juízo.

Não se olvida da existência e vigor da *teoria da causa madura*, regra processual que permite ao órgão revisor, em um momento anterior pela previsão no reformado Código de Processo Civil de 1973, em seus parágrafos e *caput* do artigo 515 e, atualmente, se mantém no digesto processual vigente nos parágrafos e *caput* do artigo 1013, conhecer e julgar todas as teses implicitamente submetidas às partes, mesmo que estas não tenham se manifestado expressamente. Entrementes, nesses casos a decisão judicial não impede a execução plena da sentença ou do acórdão e tampouco abre flancos para o processo retroceder. Na mesma linha de raciocínio, eventuais liquidações de sentença ilíquidas não levam o processo a pontos que foram superados em momento pretérito. Em nenhuma dessas situações o princípio do contraditório é violado, pois estas questões estiveram sob debate, ao menos potencialmente, para as partes e o comando judicial é exequível.

O direito ao contraditório é de tão robusta matiz que diversos verbetes de Súmulas dos Tribunais Superiores o homenageiam, servindo aqui a atenção ao brocardo *Ubi eadem ratio ibi idem jus* na interpretação de cada uma deles. De forma meramente exemplificativa, no Supremo Tribunal Federal se pode citar as Súmulas de n.ºs. 160, 281, 356, 453, 691, 692, 712 e 713; no Superior Tribunal de Justiça, tem-se as Súmulas de n.ºs. 7 e 211; e por fim, no Tribunal Superior do Trabalho tem-se a Súmula de n.º. 297. Todas percorrem o entendimento da exigência de

prévia oportunidade de manifestação das partes sobre pontos que lhes podem ser importantes.

Sob esta linha de raciocínio, quando se impende reconhecer que a lide dirimida pelo Supremo Tribunal Federal tratava de um conflito de interesses que envolvia a paternidade altercada por duas partes, inexistindo a notícia de que os dois pretensos pais pretendiam a compartilhamento da paternidade, a decisão nos termos em que foi proferida, olvidou de questões que não são menores, pois se antevê que possam retornar ao Sodalício Supremo para resolução de outros pontos, p.e., como será identificado nominalmente o menor? A guarda e as visitas em relação aos pais, como serão dispostas? São pontos que parecem não tratados no processo sob o pálio do exercício do contraditório e não abarcados pelo dispositivo do acórdão.

Nesse contexto, *data máxima vênia*, o acórdão magno teria criado a possibilidade de um novo processo onde estas questões serão discutidas, quiçá, como dito, retornando ao Supremo Tribunal Federal, que efetivamente as fez emergir. Soa paradoxal aplicar o princípio do Direito à Felicidade no aludido julgado, quando as partes parecem ser remetidas a um novo feito, com a continuidade de todo o desgaste emocional e temporal que dele deriva, quando mais no campo sensível do Direito de Família.

Se o Supremo Tribunal Federal, que atualmente parece ser um *Tribunal Normativo Infrene* (MARTINS JÚNIOR, 2018, p. 221), por não ter quaisquer lindes obstativas reais para sua atuação interpretativa, a não ser sua autocontenção, como apontou André Ramos Tavares com essa assertiva: “*Mas, em virtude da especial posição que ocupa o Tribunal Constitucional no seio do Estado, ter-se-á, no tema aqui tratado, muito mais (como possibilidade) uma self-restraint.*” (TAVARES, 2006, p. 41-43), mostra-se pertinente que se lhe cobre que as suas decisões se mostrem exequíveis e não dependentes de solução de novas lides, tornando-se, verdadeiramente, eficazes. Isso é plenamente possível diante da franca margem para a *quase livre* manipulação de todo o arcabouço jurídico pelo Tribunal Constitucional sob a justificativa de concretizar os mandamentos magnos.

UTILIZADAS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À FELICIDADE COMO DECORRÊNCIA DO MOVIMENTO CONCRETISTA DA CONSTITUIÇÃO

As teses substancialistas, nomenclatura conglobante adotada em alguns trabalhos para denominar, ao se vislumbrar um cerne com similar estrutura na plêiade de teses e teorias construídas para conferir eficácia no plano material aos mandamentos constitucionais, por mais etéreos que sejam, pela atividade interpretativa do julgador magno, *v.g.*, as teorias providas dos pensamentos de Dworkin, Muller, Zagrebelsky, dentre outros, que se emaranham na barafunda de termos para designá-las, tais como o pós-positivismo, o neopositivismo, o pós-constitucionalismo, o neoconstitucionalismo etc (MARTINS JÚNIOR, 2018, p. 15), onde todas elas guardam acentuada proximidade com o cerne da *Teoria dos Valores Substantivos – substantive values* -, que na explanação precisa de André Ramos Tavares se consubstancia na defesa de que a Constituição, em seu texto, adota determinados valores ou princípios que são tidos como mais relevantes para a sociedade e estes não estão a mercê da decisão popular, devendo ser aplicados em seu grau máximo de concretude, mesmo que de forma contramajoritária à vontade popular, por aqueles que foram encarregados de zelar pela eficácia dos mandamentos magnos, ou seja, o guardião da Constituição, hodiernamente e predominantemente, as Cortes ou Tribunais Constitucionais, sem deixar de reconhecer que isso acaba por conferir enorme força normativa a estes guardiães ao ponto de subjugar outros Poderes em sua atividade típica (TAVARES, 2007, p. 342/345).

É extremamente robusto o movimento doutrinário com ingente número de adeptos que sustentam a necessidade de uma atividade judicial contemporânea nos moldes acima descritos. Comparato, bem ilustrou o seu entendimento que almeja a mudança no paradigma clássico de exercício da jurisdição, se valendo dos seguintes termos para este fito (COMPARATO, 2006, p. 676)

A atuação do Judiciário há de ser substancialmente transformada para acompanhar esta evolução. Hoje, as grandes violações à ordem jurídica já não são apenas de natureza comissiva – a edição de leis inconstitucionais, ou a prática de atos administrativos contrários à Constituição ou às leis. O Estado contemporâneo entra em conflito com a ordem jurídica também por omissão, ao deixar de fazer votar as leis regulamentadoras dos princípios constitucionais, ou ao se abster de realizar as políticas públicas

necessárias à satisfação dos direitos econômicos, sociais ou culturais.

É comezinha esse cariz na seara da doutrina constitucional caminhando em direção à busca da concretização das vontades expressas no texto constitucional, em uma atividade contínua de interpretação valorativa e normativa pelo julgador que se liberta do positivismo lógico-formal, como demonstra a concepção de Paulo Bonavides no texto a seguir (BONAVIDES, 2016, p. 487)

A moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal.

Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema política com base no equilíbrio entre governantes e governados.

Esse raciocínio se alinha à abalizada e robusta doutrina que sustenta a necessidade da proteção dos direitos mais sensíveis aos seres humanos, conforme expressou Norberto Bobbio, adiante com parte de sua obra transcrita (BOBBIO, 2014, p. 25)

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas, jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Esse fenômeno, como mencionado alhures, adveio da constitucionalização dos Estados e da transmutação destes em Estados Constitucionais fortemente dotados de textos supremos permeados de conceitos e ideais com acentuado grau etéreo, embora estabelecendo direitos, o que incrementa as discussões sobre o que seria exatamente a *norma que dimana do texto* a partir da interpretação do julgador constitucional e permite o surgimento de outro fenômeno, no caso, a Judicialização das condutas nas majoritárias áreas da sociedade, impondo

ao Judiciário, em função de seu primado de não negativa de jurisdição, a obrigação de promover a normatização da vida em sociedade, muitas vezes com a ingerência em espaços tradicionalmente reservados a outros Poderes, especialmente o Legislativo, daí decorrendo outro fenômeno, o Ativismo Judicial, que espalha seus efeitos através das decisões da Corte Constitucional por toda a legislação infraconstitucional. Barroso, agora Ministro do Supremo Tribunal Federal, descreve esse fenômeno (BARROSO, 2013, p. 32/33)

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”. O fenômeno da constitucionalização do Direito tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o Código Civil. (...) Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. (...) À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.

Nesse mesmo diapasão, Luis Roberto Barroso promove escol acerca da *doutrina brasileira da efetividade*, o que se amolda, em seu cerne, às inúmeras teses ou teorias substancialistas citadas e, inclusive, robustece o que no ponto anterior foi exposto acerca da necessidade de que efetivamente se conceda a Tutela Jurídica Ampla quando há a transposição dos limites do texto positivado. Transcreve-se (BARROSO, 2013, p. 28/29)

É bem de ver que o próprio reconhecimento de força normativa às normas constitucionais é conquista relativamente recente no constitucionalismo do mundo romano-germânico. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas das crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e indiretamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da ação e da jurisdição – disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.

Em decorrência do movimento Constitucionalista que se estabeleceu de forma predominante no mundo global e jurídico dos Estados Constitucionais, várias técnicas de interpretação partindo dos conceitos abertos e indeterminados surgiram, mas nenhuma aparenta ser imune às críticas e munida suficientemente de critérios objetivos que não permitam o uso casuístico. Lázaro Alves Martins Júnior, redigiu uma tese em que aponta para a existência de uma simbiose entre as várias teses, teorias e técnicas de interpretação constitucional construídas, que ao final se resumem a uma escolha política do julgador, servindo para esta constatação ater-se aos julgamentos em plenário com votação não unânime pelo Supremo Tribunal Federal, onde os votos se valem de princípios ou conceitos similares em direção favorável ou contrária em diversas oportunidades, frisando ainda a inexistência de coisa julgada material nas decisões proferidas em controle concentrado pelo Tribunal Constitucional. Este autor fez um breve incursão descritiva de algumas destas técnicas de hermenêutica (MARTINS JÚNIOR, 2018, p. 149)

1. Os vetores etéreos utilizados no processo decisório, valendo-se das teses substancialistas.

Não obstante, de forma resumida, pode-se expor algumas das técnicas de interpretação situadas na órbita dessas teorias ou teses, que optou-se neste estudo classificar como teses substancialistas, v.g: a) *Limite dos Limites*, nos quais uma teoria absoluta erige um núcleo essencial de direitos fundamentais, colocando-o livre das ingerências legislativas que o minore (MENDES, 2008, p. 349); b) *Vedação do Retrocesso*, de origem francesa e lá chamada de *efetio cliquet*, que não autoriza a legislação infraconstitucional promover alterações que abalem as conquistas sociais (BARROSO, 2013, 173; CANOTILHO, 2002, p. 336); c) *Ponderação*, com o estabelecimento de pesos relativos a cada princípio constitucional, quando contrapostos um ao outro, todavia, nenhum tido como absoluto, tratando-se de técnica típica dos casos difíceis, com o desiderato de produzir resultado socialmente relevante (BARROSO, 2013, p. 125, 154 e 167); d) *Mínimo Existencial*, que se traduz em um conteúdo mínimo pertencente ao ser humano que não pode ser vilipendiado (RAWLS, 1995, p. 218/219); e) *Efetividade*, que pretende promover a realização do direito com a atuação concreta, prática, da norma que surge pela interpretação do julgador constitucional (BARROSO, 2013, p. 169); f) *Dignidade Humana*, tida como fundamento normativo e justificativa moral que, apesar de não ter caráter absoluto e muito menos conceito assente diante do acirramento dialético, a partir de múltiplas definições abstratas no meio jurídico, representaria um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio humano (BARROSO, 2013, p. 43, 127, 129, 298 e 300); g) *Princípio da Unidade da Constituição*,

que estabelece a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, sejam regras ou princípios, estando contida também na técnica da ponderação, visando à harmonização possível dos comandos *magno cogentes* (BARROSO, 2013, p. 167); e, etc.

A franca possibilidade de decisões da Corte Constitucional partirem de interpretações solipsistas se incrementa com o uso dos chamados *princípios implícitos*, que alguns personagens do mundo jurídico os vislumbram, defendem, constroem um discurso teórico e estes acabam por ganhar destaque e relevância no mundo jurídico.

Dentre os princípios implícitos que provêm dessa origem, temos no mundo jurídico brasileiro, com uma genuína força onipresente, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com origens distintas, tedesca e estadunidense, que recebem conceituações absolutamente imprecisas na doutrina e nos Tribunais, sendo muito frequente o uso dos termos abertos tais como a adequação, a justiça e a equidade com essa finalidade. Aduz Eros Grau, atacando o uso desenfreado desses elementos no processo decisório que “*Aliás, é necessário dizermos, a esta altura, que razoabilidade e proporcionalidade não são senão outros nomes conferidos à equidade.*” (GRAU, 2013, p. 122). Mostra-se evidente que esses elementos utilizados para conceituar e definir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são imprecisos e relativos, e essa intangibilidade atinge até ao ponto de serem entendidos como sinônimos como, por exemplo, defendia Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2002, p. 91)

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parecemos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque “cada norma tem uma razão de ser”.

Odete Medauar, também jurista no campo do Direito Administrativo, segue o entendimento de Meirelles e apresenta sua conceituação que, reitera-se, não apresenta, também, qualquer delineamento objetivo suficiente para os “princípios” implícitos em comento (MEDAUAR, 2004, p. 152)

Alguns autores pátrios separam *proporcionalidade* e *razoabilidade*. A esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins. À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. No direito estrangeiro, o ordenamento norte-americano e o argentino, por exemplo, operam com a razoabilidade. Os ordenamentos europeus, sobretudo alemão e francês, utilizam o *princípio da proporcionalidade*. A Corte de Justiça da União Europeia afirmou como princípio comunitário o da proporcionalidade.

Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.

Celso Ribeiro de Bastos, na seara constitucional não arrosta as definições ate aqui apresentadas e assume a utilização indiferente dos institutos por serem similares (BASTOS, 2014, 166), enquanto o Ministro Luis Roberto Barroso atesta que os referidos princípios têm assento *implícito* na constituição e não recebem, como dito, precisas lindes (BARROSO, 2013, p. 168)

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. (...) O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.

É intuitiva a percepção que dimana das tentativas de conceituação de muitos princípios explícitos ou implícitos da Constituição, que a interpretação do julgador constitucional segue um tormentoso caminho que não se desvincula da opção pessoal do magistrado constitucional, promovendo um cenário de insegurança jurídica. Celso Ribeiro de Bastos, deixa entrever esse caminho movediço com o seguinte escol (BASTOS, 2014, p. 12)

Em primeiro, que a interpretação significa conferir ou irrogar um sentido à norma, com vistas à sua aplicação nunca caso concreto. A interpretação não pode ser despreendida do seu sentido pragmático, que é oferecer uma solução, uma decisão, para um caso concreto ou ao menos uma hipótese levantada.

Em segundo, a hermenêutica e interpretação gerais, embora possam ser em grande parte acolhíveis pela interpretação constitucional não são suficientes para a sua boa compreensão do Texto Constitucional, pelas particularidades que estes apresenta: inicialidade, supremacia da ordem jurídica, caráter predominantemente coloquial dos seus termos, regulação do fenômeno político e outras mais. (...) Interpretar a Constituição sem levar em conta essas suas grandes particularidades seria, sem dúvida nenhuma, subestimar o Texto Constitucional, reduzindo-o também a normas ordinárias ou comuns.

Em terceiro lugar, a interpretação constitucional parte da letra da Constituição até chegar ao caso concreto. O primeiro problema que se coloca é o do escolher dentre as múltiplas normas constitucionais, qual aquela que enquadra o fenômeno analisado. (...)

Em quarto lugar, tem-se que a atividade interpretativa é conduzida substancialmente por normas da hermenêutica. Ela não é, portanto, conduzida segundo regras criadas *ad hoc*. Não é possível, contudo, fazer-se um rol exaustivo desses enunciados, e nem ao menos enumerá-los segundo um critério hierárquico, mesmo porque eles são passíveis de serem utilizados conjuntamente.

Como é rotineira na história da humanidade a presença do dissenso, é evidente que existem opositores às estas teses, adotando a vertente processualista ou procedimentalista, que em oposição às teses ou teorias substancialistas defende que o julgador deve ser limitado na atividade interpretativa pelos limites da Lei, o que gera um influxo de empoderamento ao Legislativo. Não obstante, mesmo entre aqueles, que são a maioria, defensores da concretude dos ditames constitucionais com as técnicas plásticas de interpretação, existem os que alertam acerca da dimensão inadequada de uso dos princípios como balizadores das decisões. Eros Grau, ex-Ministro da Corte Constitucional é um destes críticos, com especial enfoque na utilização indevida da proporcionalidade e da razoabilidade como princípios para concretização da vontade magna, manifestando o seu entendimento nos seguintes termos (GRAU, 2013, p. 18)

Outra, na banalização dos “princípios” (entre aspas) da proporcionalidade e razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um *princípio* superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto – o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de “corrigir” o legislador invadindo a competência deste.

O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação e aplicação do direito.

É possível concluir, portanto, que os Estados regidos hodiernamente por uma Constituição, os Estados Constitucionais, têm sido regidos, em sua grande maioria, pela força normativa do texto magno após a devida interpretação pelos julgadores constitucionais que produz a norma efetivamente aplicável. É a força do Constitucionalismo que predomina como sistema reinante, trabalhando sobre um estrado positivado em sede magna que não se delinea objetivamente como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, no presente caso recebendo leitura de *sobreprincípio*, o que o coloca em patamar onipresente e onipotente para servir de justificação decisória em incomensuráveis casos diante de sua plasticidade.

Para este desiderato os Tribunais Constitucionais têm recebido a anuência de majoritária parte da doutrina e dos estudiosos do Direito, embora com isso se utilizem de quaisquer espécies de influxos que possam conjugar dentro da sua atividade interpretativa, valendo-se dos princípios implícitos ou explícitos, o que aliado à tradição de não negativa de jurisdição pelo Poder Judiciário, que deve resolver o caso concreto, tem feito com que este, em sede constitucional, praticamente sem limites, promova decisões que impactam toda a sociedade, muitas vezes adentrando ao espaço típico de outros Poderes e não raro com a anuência explícita ou implícita destes, gerando o fenômeno do Ativismo Judicial mediante a real possibilidade de Judicialização de quase todas as matérias jurídicas em face de uma Constituição analítica como a brasileira. É relevante pontuar que as Constituições sintéticas, como a dos Estados Unidos da América, não empecem esses fenômenos, se mostrando até mais susceptível de interpretações em razão da limitação do texto e dos eflúvios que podem ser invocados a título de princípios, especialmente implícitos.

Percebe-se que essa espécie de interpretação constitucional concretista, teve como ponto de partida a utilização de princípios

estabelecidos ao longo dos tempos, mas no mundo jurídico contemporâneo alcança aos princípios implícitos, o que acaba por gerar um grau de incerteza jurídica que se soma, guardadas as particularidades de cada Estado, aos questionamentos sobre a legitimidade dessa espécie de governo judicial, a Juristocracia. Vale consignar que o Direito é essencialmente coativo, servindo para subjugar a vontade de outrem a uma ordem geral e abstrata, e por isso deve ser visto e utilizado com a devida parcimônia.

Feito este introito para melhor compreensão da realidade judicial vivida, no compasso dessa evolução da forma de interpretar que se justifica no escopo de materializar *desejos magnos*, floresceu o Direito à Felicidade, princípio tido como implícito e que sustentou o acórdão transcrito e comentado em linhas volvidas, do qual se ocupa o próximo tópico deste artigo.

4.1 O DIREITO À FELICIDADE

Num diapasão crescente em busca da consolidação de princípios extraídos diretamente ou implicitamente da Constituição, o Direito nacional agora albergou o Direito à Felicidade com gênese no direito alienígena. Maria Berenice Dias apresentou a sua conceituação desse recente Direito Magno nacional, com jaez implícita, nos seguintes termos (DIAS, 2011, p. 202)

O direito à felicidade não está consagrado constitucionalmente e nem é referido na legislação infraconstitucional. Mas ninguém duvida que é um direito fundamental, materialmente constitucional. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e de garantir o respeito à dignidade. Apesar do silêncio do legislador, tal não inibe a justiça de invocar o direito à felicidade para colmatar as lacunas da lei. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar demanda buscando a declaração da inconstitucionalidade da legislação que não previa reconhecimento das uniões homoafetivas como união estável, decidiu:

“cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os *Direito fundamental à felicidade* da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), tem revelado

admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito e na esfera das relações sociais.” (ADI 3300/DF, de 03/02/2009, Rel. Min. Celso de Mello).

Antes de lançar o conceito do Direito à Felicidade, a autora retro citada fez considerações com supedâneo na filosofia para revelar os contornos do que seria a felicidade, agora tutelada pelo Direito Constitucional brasileiro (DIAS, 2011, p. 201)

Há 23 séculos, Epicuro já afirmava que o propósito da filosofia é propiciar uma vida feliz. Dizia ele que, dentre os desejos, há os que são naturais e os que são inúteis. Dentre os naturais, há uns que são necessários e outros, apenas naturais. Dos necessários, há alguns que são fundamentais para a felicidade. E conclui: não existe vida feliz sem prudência, beleza e justiça e não existe prudência, beleza e justiça sem felicidade.

A esta pergunta responde Rui Barbosa: “A felicidade está na doçura do bem, distribuído sem ideia de remuneração. Ou, por outra, sob uma fórmula mais precisa, a nossa felicidade consiste no sentimento da felicidade alheia, generosamente criada por um ato nosso.”

Como ao longo do desenvolvimento da humanidade não se viu ainda o consenso absoluto acerca das questões filosóficas e religiosas, alcançando esse dissenso também ao campo do Direito e dos costumes, é possível apresentar algumas citações de filósofos que de alguma forma se correlacionam com a felicidade, em um compasso harmônico com a metodologia empregada pela Maria Berenice Dias, embora possam sustentar a tibieza da estrutura do aludido princípio. Sidarta Gautama, o Buda, disse que “*Feliz aquele que superou seu ego*” (VÁRIOS, 2011, p. 30); “*A maior felicidade possível para o maior número de pessoas*”, era o lema de Jeremy Bentham (VÁRIOS, 2011, p. 174); Bertrand Russell, em um discurso hedonista, apregoava que “*O Caminho para a felicidade está na redução organizada do trabalho*” (VÁRIOS, 2011, p. 236); Richard Rorty, dentre outros pontos, afirmava como pontos importantes na vida “*...a humildade que advém do reconhecimento de que não há padrão absoluto de verdade; a solidariedade que temos com os outros...*” (VÁRIOS, 2011, p. 318); Na obra *A fábula das abelhas*, Bernard Mandeville apresenta como cerne de sua argumentação o entendimento

de que o único meio para o corpo social progredir é através do vício, sendo as virtudes apenas mentiras utilizadas pelos governantes para o domínio dos governados e a evolução econômica, material, provém apenas do interesse egoístico do ser humano em satisfazer a sua cobiça (VÁRIOS, 2011, p. 335); e, por fim, traz-se à baila Ayn Rand, que desafiava a ideia de que o dever moral do homem é viver para os outros (VÁRIOS, 2011, p. 337).

Os elementos apresentados para a conceituação do Direito à Felicidade, tanto na doutrina quanto nos Tribunais, parecem padecer de uma genuína precisão. Em verdade, parecem raiar o adentrar ao campo da metafísica.

É intuitiva a ideia de igualdade como um padrão de justiça. Não obstante, ao longo dos anos a igualdade é dissecada em razão das peculiaridades que envolvem a todos os indivíduos quando em grupos. José Renato Nalini, em sua obra que abarca a análise da filosofia e da ética jurídica, desenvolveu o seguinte raciocínio sobre a igualdade (NALINI, 2008, p. 31)

Paradoxo invocar-se *igualdade* no mundo em que o ideal das pessoas é conquistar o *espaço próprio da diferença*. A identidade não atenderia à pretensão humana de enfatizar a própria *individualidade*. Homogeneidade é própria de formigueiros, de colmeias, não de grupos humanos.

Nalini também abordou um dos elementos discursivos mais utilizados ao longo dos estudos mundiais para justificar medidas impositivas sobre o corpo social, a Justiça, com o seguinte texto (NALINI, 2008, p. 33)

O que é a Justiça?

A primeira experiência humana é com a *injustiça*, não com a justiça. É comum as pessoas considerarem-se injustiçadas. O clamor por *justiça* é o brado mais ouvido em todas as épocas da História.

Inviável a conceituação satisfatória de Justiça. Não por falta de tentativas. Filósofos e juristas se empenham em fornecer os lineamentos dessa virtude que é também expressão de soberania estatal, serviço público e anseio perpétuo de toda humanidade.

É bastante interessante fixar, para se discutir a Felicidade, alguns dos aspectos presentes no seio da sociedade contemporânea,

retomando para esse fim a obra de José Renato Nalini com a seguinte passagem (NALINI, 2008, p. 21)

É o que parece acontecer com uma parte considerável da juventude brasileira. Fruto de uma geração embalada pelas mensagens consumistas, essa mocidade tem opiniões formadas pelo *marketing*. O consumo sobrevive da maquiagem na realidade. Para forçar a aquisição de bens materiais, desenha o mundo da fantasia dos prazeres, das sensações, da “curtição”, das “baladas”, com o qual convive o mundo real da dor e do sofrimento. Compreensível que a tese do aborto pareça mais palatável a quem foi treinado para ser egoísta do que o desconforto de se criar uma criança. Quanta vez indesejada. Muita vez deficiente.

A contemplação serena da conceituação apresentada para o Direito à Felicidade, as frases filosóficas organizadas pela autora em momento precedente à conceituação, bem como os pensamentos de outros estudiosos da vida acima expostos, fazem estes controverterem-se e tornar-se alquebrada a narrativa para a sustentação jurídica do Direito à Felicidade. Ser feliz, para muitos jovens, como abordado por Nalini, é poder consumir egoisticamente. Não é crime e tampouco vedado pela Lei consumir e ser egoísta. Para outros, afeitos a outros prazeres, a promiscuidade ou o uso de substâncias entorpecentes, legais em alguns países e em outros não – novamente a relatividade do que é adequado ou justo se faz presente – lhes trazem, supostamente, a felicidade. Se se enveredar pelo campo religioso, a felicidade não é, em tese, um objetivo possível em nossa vida terrena.

Conceituar de forma pretensamente absolutamente precisa e objetiva a Justiça e a Felicidade, faz o candidato a essa proeza se colocar em um ponto extremamente instável e susceptível a contraposições contínuas e variadas. Países democráticos aplicam a pena de morte e alguns não democráticos, também. Como fixar o que seria exatamente a Justiça e a Felicidade? Mais atroz ainda parece ser definir esses conceitos juridicamente ao ponto de lhes emprestar normatividade e coerção sobre o indivíduo e a todo um corpo social de determinado Estado.

Em diapasão inserido no que se expôs sobre o campo de influência e incidência das teses, teorias e a *Substantive Value Theory*, conglobadas como *Teses Substancialistas*, temos também a *Teoria Estruturante do Direito*, propugnada por Friedrich Muller. Todas estas proposituras são construídas de forma muito próximas e sob diversos neologismos, operando sobre um substrato fortemente plástico, adaptável

e susceptível de apropriação ou direcionamentos, transformando as Cortes Constitucionais em órgãos político-jurídicos que agregam ainda uma função governativa (TAVARES, 2006, p. 40, 41), sendo este o grande potencial deletério dos Tribunais Magnos quando despidos de legitimidade democrática e de sistemas hígidos para a escolha dos membros que o comporão (MARTINS JÚNIOR, 2018, p. 328/330). A Teoria de Muller descreveu com aguda crueza o grau de permissividade criativa concedido ao julgador (MULLER, 2013, p.112)

A teoria estruturante do direito desenvolveu essa concepção desde meados dos anos 60. Niklas Luhmann retomou-a no fim da sua vida; e Jacques Derrida chega, na sua discussão com Walter Benjamin, perto dessa posição: no momento da decisão que objetiva a justiça, o juiz agiria “como se no fim a lei anterior não existisse, como se o próprio juiz inventasse a lei em cada caso”.

Com efeito, a norma jurídica não existe, mas é criada pelo jurista decidente. Ele a cria não com base no virtual, mas, isso sim, partindo do virtual e com sua ajuda.

Soa como o grande problema na interpretação e aplicação do Direito a ampla margem que se dá para a apropriação da verdade. Já são clássicos e vetustos os conceitos da verdade real e da verdade formal no processo. Mas, a atual fase de leitura do Direito pelo julgador constitucional, vinculando todo o arcabouço e graus de jurisdição no caso brasileiro, fato que se incrementou com o atual digesto processual civil e se avizinha similar com a futura vigência do novo código de processo penal, eleva a potencialidade de um governo dos Tribunais, a chamada Juristocracia, elevada a um patamar de dimensões imensuráveis. Nalini refletiu, também, sobre a verdade e a mentira nos termos que seguem (NALINI, 2008, p. 56)

A mentira no direito

Existe uma nítida fixação do jurista em relação à verdade. A cultura predominante se caracteriza por excessivo – talvez *obsessivo* – apego à ideia de verdade, como base de toda a racionalidade. Causa espanto que o exercício do direito se possa fazer sobre bases falsas e que não seja rara no foro a vitória da mentira sobre a verdade real.

Em razão do que foi exposto, tem-se que o Direito à Felicidade se enquadra no Direito com efeitos normativos, mais como um discurso politicamente correto, construído sobre bases e com elementos não

sólidos, que adquire envergadura a partir do momento em que é incorporado e impulsionado por doutrinadores e juristas filiados às correntes aqui nomeadas conglobadamente como *Substancialistas*, que buscam a concretude dos ditames constitucionais, explícitos ou implícitos, etéreos ou objetivos que, ao final, parecem postular sorver, mesmo que não textualmente dito, ao contrário, muitas vezes é repelida esta ideia, de um cerne *máter* que seria um *sensu comum de justiça* semelhante ao *Imperativo Categórico* kantiano.

Acolhido o discurso como princípio constitucional, qualquer que seja, e aplicado em um nível normativo por um Tribunal com o poder para isso dentro da contemporânea corrente em vigor, esse passa a condicionar o indivíduo e a sociedade, através do que o Direito tem de mais perverso, embora às vezes necessário: a coercitividade, que advém da força do Estado.

Impende, portanto, reconhecer, que o Direito à Felicidade, nos moldes propostos, não parece permitir promover desigualdades ou infelicidade a outrem. E por infelicidade devem ser analisadas todas as facetas sob as quais a conduta do indivíduo é permitida, *v.g.*, ter o direito de fruir sua forma de felicidade sob os prismas consumistas ou perdulários, dentre outros, com o patrimônio legalmente e legitimamente herdado. Assim, passamos a pontos mais objetivos dos efeitos da múltipla filiação sobre o corpo social.

5 O IMPACTO DA MÚLTIPLA FILIAÇÃO REGISTRAL NA HERANÇA

A filiação socioafetiva não é instituto novo no mundo jurídico nacional, sendo acolitada pela Doutrina e Jurisprudência já há algum tempo. O projeto do Estatuto das Famílias, de 2007, se encarregava de positivizar esta realidade social, como bem expôs Silvio de Salvo Venosa ao tratar do Direito de Família em suas obras civilistas, nos seguintes termos (VENOSA, 2011, p. 215)

As fontes das relações de família são o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Não se pode esquecer atualmente da socioafetividade, como outra fonte do parentesco, como já faz o Projeto nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias), bem como da união estável. O casamento e suas consequências e vicissitudes já estudamos nos capítulos anteriores. *O parentesco é o vínculo que*

une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum. Essa definição não leva em conta ainda o parentesco socioafetivo que exige maior meditação.

Mantendo esse perpassar contemporâneo, Silvio de Salvo Venosa também discorreu acerca das novas realidades sociais e jurídicas apresentadas pelas uniões homoafetivas, a queda da indissolubilidade do vínculo do casamento, a ausência de distinção entre filhos, dentre outras inovações no âmbito jurídico, oriundas da dinâmica social célere na seara das unidades familiares, açodada se confrontada ao andamento dos processos Legislativos e que se procurava solucionar com o projeto do Estatuto das Famílias (VENOSA, 2011, p. 6, 7).

No que tange à multiplicidade de filiação registral, tem-se um novel instituto, com espreque no Direito à Felicidade e outros elementos fundantes com estruturas etéreas. Para Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann, as condições para o reconhecimento dessa condição e a concessão da tutela ao jurisdicionado, emanam da posse do *estado de filho* e de um comando cogente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como explanaram no artigo, adiante, em parte transcrito (DIAS, 2015, p. 14)

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de um pai ou mais de uma mãe.

Reconhecida a presença da posse de estado de filho com mais de duas pessoas, todos devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar. Não há outra forma de resguardar o seu melhor interesse e assegurar proteção integral. Neste sentido o enunciado nº 9 do IBDFAM: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos ou apenas afetivos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz com o respeito à dignidade e à afetividade.

Esta é uma realidade que a Justiça já começou a admitir. Embora não exista lei prevendo a possibilidade do registro de uma pessoa em nome de mais de dois genitores, não há proibição.

Essa consolidação do entendimento expresso no verbete do Enunciado nº 9, do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, de forma incontestemente encontrou abrigo na doutrina e na jurisprudência,

mesmo que fincado em arrimos jurídicos absolutamente despidos de lindes claras. Carla Eduarda de Almeida Vieira, buscou elementos sobre a multiparentalidade e apresentou sua conclusão devidamente alinhada com a dos mais festejados autores dessa área, defendendo expressamente os efeitos e direitos sucessórios para o filho registrado de forma múltipla (VIEIRA, 2015, p. 96)

Do registro civil, decorrem inúmeras consequências jurídicas, como a fixação do vínculo de parentesco, a ampliação da obrigação alimentar, o estabelecimento do poder familiar com relação aos filhos menores e o dever de guarda dele resultado, bem como a incidência de benefícios previdenciários e a participação na sucessão.

Anuir à *ratio* central da filiação pluriparental não é uma decisão difícil quando se trata de uma criança em tenra idade, sem patrimônio, carente de *per si* de cuidados e desvelos amorosos típicos das relações filiais. Da mesma forma se dá com um idoso que padece de auxílio e sem patrimônio para despertar a cobiça de pretensos herdeiros. São exemplos de casos que despertam os eflúvios dos princípios da solidariedade e fraternidade, sem se cometer o oblívio de apontar que estes, também, são imprecisos.

Em outro norte, quando se atenta ao que fora dito por Públio Sírío, em antanho, onde, segundo a história, este teria apregoado que “*O dinheiro, sozinho, governa todas as coisas*” e cômnicos da realidade social vivida no mundo globalizado, capitalista, consumista e materialista, aliado ao viés egoístico presente em grande parte da população, possivelmente sua maioria, não se apresenta consentâneo ao Direito à Felicidade, até mesmo porquê a felicidade, o amor e outros sentimentos do campo abstrato não exigem documentos para sua consolidação verdadeira, que um filho, por exemplo, seja aquinhoado por duas heranças, se consolidando em posição de vantagem sobre os demais irmãos, em tese, em posições idênticas.

Da mesma forma, soa estranho e não assimilável pelo Direito à Felicidade que um pai biológico, devidamente registrado, torne-se herdeiro de seu filho pela via sucessória provinda da linha de ascendência com o pai socioafetivo, também registrado. Situação rara, mais possível.

Nesses exemplos, o descendente, herdeiro necessário, teria a si sonogado o Direito à Felicidade quando teria que presenciar e entender como legal e justa, com toda a relatividade deste último termo, que seu

irmão se veja em posição financeira muito mais vantajosa que a sua por auferir benefícios ou entrar na posse de duas heranças? E constatar que o pai biológico de seu irmão provindo da relação socioafetiva herdará parte do patrimônio formado pelo seu pai biológico?

Se a filiação plúrima gera todos os efeitos jurídicos possíveis, poderemos ter herdeiros necessários, duplicados, triplicados ou quadruplicados em sua linha sucessória, sem qualquer limite claramente oponível. Silvio Rodrigues apresentou seu conceito de herdeiros necessários já na vigência do atual Código Civil, quando se debruçou sobre o Direito das Sucessões, servindo perfeitamente aquela definição até a presente data (RODRIGUES, 2002, p. 123)

Dos herdeiros necessários

61. Introdução – Herdeiros necessários, segundo o art. 1845 do Código Civil, são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Fazem jus a tal denominação em virtude de não poderem ser afastados, inteiramente, da sucessão, a não ser nas hipóteses excepcionais de deserdação ou indignidade.

Parece apropriado, diante de tantos princípios implícitos invocados e aqui citados para fazer valer Direitos altaneiros da pessoa, anotar que o direito a sucessão tem assento expresso no texto constitucional e mais, também guarda sintonia com os anseios do Estado em impulsionar o seu desenvolvimento. Silvio de Salvo Venosa, *apud* Washington de Barros Monteiro, ao tratar do Direito das Sucessões, fez um resumo emblemático da função social da sucessão (VENOSA, 2011, p. 4)

A ideia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado também tem o maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais. Para ele, ao resguardar o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da Carta de 1988), está também protegendo a família e ordenando sua própria economia. Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não tenha interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço. Como lembra Washington de Barros Monteiro (1977, v. 67), até mesmo a revolução russa teve que voltar atrás, uma vez que abolira o direito sucessório. A constituição soviética de 1936 acabou por restabelecer o direito à herança, sem restrições.

É importante trazer ao debate o fato de que a partilha equitativa da herança é fruto de uma evolução do direito sucessório que se libertou dos conceitos patriarcais primevos, todavia, agora parece se ver abalada diante de uma visão doutrinária e jurídica, eventualmente não holística, acerca do fenômeno da múltipla filiação registral. Silvio Rodrigues digrediu acerca da transposição do direito sucessório desigual para o arquétipo que consagrou a equidade (RODRIGUES, 2002, p. 5)

2. Origem e fundamento do direito sucessório

Note-se que antigas regras sobre a sucessão, quer inspiradas em motivos religiosos, quer fundadas no anseio de fortalecer a família, não levam em consideração o sentimento de equidade, ou seja, o intuito de aquinhear igualmente os descendentes, ou os parentes em igualdade de grau. Entretanto, foi nesse sentido que o direito hereditário evoluiu, visto que hoje, na quase-totalidade dos países, a sucessão legítima se processa entre os herdeiros que se encontram no mesmo grau e que, por conseguinte, recebem partes iguais. Conforme, de resto, se verá oportunamente.

Impende frisar que os efeitos jurídicos plenos que se pretendem ver imprimidos à filiação registral múltipla, repercutem em outros campos das relações humanas tuteladas pelo Direito, tais como nas obrigações alimentícias, no poder familiar, nas relações previdenciárias e mesmo na órbita civil pura quando da defesa dos direitos da personalidade pelos seus parentes e sucessores.

Em virtude dessa possível contraposição de interesses gerada pela atuação do Estado-Juiz na interpretação substancialista da Constituição, mostra-se a sociedade despida de uma melhor delimitação do alcance dos efeitos jurídicos da múltipla filiação registral, seja pela via legislativa com a positivação deste novo instituto e suas variadas nuanças ou pela ingerência judicial aplicando a limitação como, por exemplo, os efeitos sucessórios se manterem em apenas uma das linhas de parentesco.

Existindo disponíveis no farto cabedal jurídico nacional, diversos institutos que permitem ao autor da herança clarificar a linha sucessória ou beneficiar patrimonialmente outrem, *v.g.*, a adoção, aquinhear patrimonialmente pessoas específicas pela via testamentária ou em vida, não se sustenta como escorreita a possibilidade criada pelo Estado de que se estabeleçam lides futuras pela desigualdade no tratamento de pessoas em situações idênticas, ou seja, detentoras de linhas sucessórias filiais e em mesmo grau.

Parece clarividente que o Direito à Felicidade, mesmo com sua construção conceitual lacônica, perde robustez irradiadora quando permite situações de infelicidade na esfera jurídica de alguns para a felicidade de outrem.

5.1 A POSSIBILIDADE DE IMPUGNAR A PARTILHA PROVINDA DA MÚLTIPLA FILIAÇÃO

O Direito de Herança é consignado literalmente como Direito Fundamental aos indivíduos sob a jurisdição nacional no inciso XXX, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na linha de raciocínio das teses e teorias que buscam a concretização dos mandamentos constitucionais e que contribuem com a construção deste artigo, não se mostra irrazoável interpretar que o direito de herança pode ser complementado em seu alcance como o *direito de herança justa*. Consigna-se que esse artigo não arrosta às referidas teses e teorias no que tange à sua validade e respectiva legitimidade, todavia, aponta a necessidade de seu acendramento na sistemática de aplicação *in concreto* e escoimar de eivas o sistema de escolha e indicação do corpo de julgadores constitucionais do Tribunal desta natureza, para que as decisões se revistam da inequívoca e exigível legitimidade democrática, especialmente nas decisões que eclodem da função governativa das Cortes Constitucionais, que são jurídicas, mas, também, políticas.

Configurando-se uma situação de desequilíbrio entre os herdeiros, sem justificativa normativa ou legal, parece ser invocável o direito de ação ao prejudicado que se veria revestido da condição da ação processual, elemento inafastável para que viceje o processo judicial, consubstanciada no interesse de agir, que nas palavras de Fredier Didier se afere da seguinte forma (DIDIER, 2013, p. 246)

O interesse de agir

A constatação do interesse de agir faz-se, sempre, *in concreto*, à luz da situação narrada no instrumento da demanda. Não há como indagar, em tese, em abstrato, se há ou não interesse de agir, pois ele sempre estará relacionado a uma determinada demanda judicial.

A relevância do problema possível de ser provocado pelo julgador constitucional ao conferir todos os efeitos jurídicos ao herdeiro com múltiplas filiações registrais em todas essas relações não é de fácil solução prática.

Primeiro é necessário frisar que eventuais filiações sobrepostas ou concomitantes partindo de atos ou negócios jurídicos defeituosos estarão submetidos aos prazos decadenciais e suas peculiaridades, tais como as do artigo 208 do Código Civil que remetem ao artigo 195 e 198, I do mesmo diploma legal. Os negócios jurídicos inválidos, uma vez que são nulos, é cediço, não se convalidam.

Com relação à prescrição para o exercício da pretensão processual invocando o direito a eventuais reparações a discussão alcança um outro patamar.

O artigo 189 do Código Civil determina que a prescrição tem seu termo inicial com a violação do direito que gera uma pretensão ao prejudicado.

Não obstante, o direito de herança é uma expectativa de sucessão nos direitos e deveres do sucedido e a isso se submetem todas as variáveis da vida, podendo um indivíduo bem-sucedido financeiramente ter seus dias finais em penúria, bem como o inverso pode ocorrer, quando se pensa nas possibilidades, mesmo que ínfimas, mas não impossíveis, de ganhos substanciais por meio das apostas nos jogos legalizados no Brasil.

É plenamente possível o raciocínio de que se não se sabe se existirá herança e o digladiar-se das partes antecipadamente ao falecimento do autor da herança seria semelhante ao vedado *pacta corvina*, vez que não é possível transacionar sobre a herança de pessoa viva, sem olvidar-se do fato material do abalo nas relações familiares em razão dessas disputas, o que pode ser o móvel de outras condutas jurídicas do futuro autor da herança, tais como a doação ou a elaboração de disposições testamentárias na parte que se lhe é permitida.

Não se mostraria indesejável ou um argumento munido de antolhos defender que o marco inicial prescricional se desse com o falecimento do autor da herança, quando o prejudicado teria elementos para provar que o filho socioafetivo já teria outra linha sucessória com possibilidade de herdar ou que já teria herdado quinhão provindo de sua linha biológica, resultando aí a desigualdade que alquebra a equidade que se busca no processo sucessório, sendo esta a *mens legis* vigente, motivo pelo qual existem os institutos civis da colação de bens e da sobrepartilha

no Direito das Sucessões. Entretanto, esse entendimento perde a sua força quando reavivamos o fato de que o direito de herança é uma mera expectativa e, se a linha biológica do filho socioafetivo não se concretizou em sede sucessória, sonegar-lhe o recebimento de quinhão agora equivaleria a legar-lhe à álea, e se a sorte não lhe sorrir e seu parente possível autor da herança falecer em ruína financeira, também implementar-se-ia uma situação iníqua perante os herdeiros que perceberam, com exclusão do filho socioafetivo, os quinhões de uma sucessão prévia.

Uma acurada análise do arcabouço nacional e, mais uma vez, com o ancilo do brocardo *Ubi eadem ratio ibi idem jus*, tem-se que o Supremo Tribunal Federal analisou controvérsias semelhantes quando debateu os verbetes das Súmulas nº 152, “*A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em quatro anos a contar da abertura da sucessão*” e nº 494, que acabou por revogar a anterior “*A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula nº 152*”.

Apesar do entendimento aplicado na interpretação dos fatos e institutos envolvendo as Súmulas em testilha serem consolidados pela Corte Suprema e indicarem um caminho a ser seguido, quando se invocam as lições de Agnelo Amorim Filho *apud* Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 2002, p. 330/331), que promoviam as distinções entre prescrição e decadência para que se desvendassem a natureza dos prazos aplicáveis durante a vigência do Código Civil de 1916, de Beviláqua, onde as ações que exigiam uma prestação, ou seja, uma condenação, teriam prazos prescricionais; as ações com direitos potestativos, negativos ou positivos, sujeitando a outrem, teriam natureza constitutiva ou desconstitutiva e se submetiam ao prazo decadencial; e, por fim, as ações declaratórias seriam imprescritíveis, percebemos que há espaço para a beligerância dialética entre os estudiosos do Direito. Com o Código Civil vigente parte desses conflitos se dissipou por obra do positivismo jurídico, sempre útil.

Não se promove qualquer inovação científica no arcabouço dos estudos das ciências jurídicas a afirmação de que a utilidade dos institutos da prescrição e da decadência se prendem a almejada segurança jurídica para a sociedade e têm, como móvel principal, o elemento tempo (VENOSA, 2011, p. 565; RODRIGUES, 2002, p. 323).

O debruçar analítico sobre os institutos do Direito Processual Civil revela que, em regra, as decisões judiciais têm uma natureza predominante no que tange aos seus efeitos, mas nem sempre única. Os efeitos condenatórios, constitutivos ou desconstitutivos e declaratórios, podem coexistir em um comando judicial e estão livres de vedação a isso, e em verdade, em muitos casos, os três efeitos se mostrem presentes conjuntamente, embora em níveis diferentes.

reconhecimento do estado de filho e a determinação de seu registro filial múltiplo, revelam indubitavelmente, os efeitos declaratórios e constitutivos que, em tese, levariam ou a sofrer os efeitos da imprescritibilidade ou a um prazo decadencial, sob a ótica do estudo realizado por Agnelo Amorim Filho.

Contudo, a ação de eventual herdeiro prejudicado patrimonialmente no processo sucessório não teria como pedido a desconstituição da condição de filho ou a declaração contrária a esta consolidação. O objeto, o *bem da vida* perseguido, seria a paridade na contemplação patrimonial.

Dessa forma, parece ser mais apropriado o prazo prescricional geral de 10 (dez) anos, tendo como fato gerador a morte do autor da herança que possa gerar o descompasso patrimonial entre os herdeiros.

Em suma, o termo inicial do prazo prescricional para os herdeiros biológicos perante os socioafetivos com múltiplas linhagens, seria o falecimento do último autor da herança que impactaria sobre todos herdeiros, com as cautelas necessárias para evitar transposições indevidas em caso de mais de duas linhagens. Assim, o herdeiro socioafetivo quando incorporar pela *saisine* novos patrimônios advindos da sua linhagem biológica ou de outra linhagem socioafetiva, teria que partilhar o novo quinhão percebido com todos os herdeiros da mesma classe em prévia sucessão, até o limite do que recebeu em cada específica linha, evitando que de forma reflexa os demais herdeiros passassem a extrapolar o que seriam seus quinhões na própria sucessão sem o herdeiro socioafetivo que levaria ao enriquecimento sem causa. Não haveria a exclusão da percepção da herança, com este limite, por representação, nos moldes já vigentes.

Esse seria um caminho viável, embora possa ser bastante complexo e gerador de discórdias e contendas judiciais para se aplicar a equidade que guia o direito sucessório.

Dimana de forma inequívoca, que se tornaria a tutela jurídica efetivamente ampla e completa, se as Cortes Constitucionais quando inovarem com a sua atividade de interpretação do texto constitucional, avaliassem todos os aspectos decorrentes da decisão e não dessem azo a novas lides. Eventualmente estipular que a pessoa no estado de filho só pertença a linha sucessória biológica, em deveres e direitos, evitaria a possibilidade do descompasso. Outra hipótese possível seria manter as múltiplas linhas, mas vedando o enriquecimento sem causa justa, afastando dessa forma os atos de cupidez travestidos de amor filial, consolidando o direito dos herdeiros prejudicados buscarem a sua reparação em caso de iniquidade pela participação reiterada do herdeiro socioafetivo em sucessões patrimoniais, gerando assim substrato para as ações seguindo o raciocínio acima exposto.

Sem dúvidas, mais apropriado ainda é que o Parlamento nacional se atente para esse novo fenômeno e positive lindes claras e objetivas para que não se vejam prejudicadas as relações filiais e a proteção integral aos hipossuficientes cognitivos e financeiros, seres em desenvolvimento ou no ocaso de suas vidas, todavia, evitando que se descortine uma via para a locupletação.

CONCLUSÃO

O Judiciário não pode desviar os olhos dos fatos sociais que carecem de pacificação com a força coativa da Lei. Para isso, tem-se os limites intersubjetivos nas ações pela via difusa e de exceção e os efeitos gerais pela via concentrada ou com repercussão geral, sem se perder de vista a crescente vinculação das instâncias inferiores às Cortes Constitucionais, um fenômeno mundial nos Estados que se guiam por Constituições e apresentam regimes democráticos.

As teses e teorias substancialistas, frutos do Constitucionalismo com seu movimento de busca de concretude dos mandamentos constitucionais, nomeadas, em regra, com os prefixos *neo* ou *pós*, em referência à superação do positivismo, parecem todas buscar amparo em princípios e eflúvios magnos, por mais etéreos e plásticos que sejam, situados em uma *esfera maior*, nobre, com contornos que lembram em alguns aspectos o jusnaturalismo ou o Imperativo Categórico de Immanuel Kant, embora sempre repudiados.

Nesse contexto a interpretação pode ser apropriada pelo julgador constitucional com a aplicação de suas convicções pessoais e políticas, fazendo valer então, o discurso proposto por juristas e filósofos que levam a formação de séquitos de seguidores e ao seu acatamento pela comunidade jurídica, eventualmente com o amainar do senso crítico perante as ilações altaneiras propostas no discurso.

Não obstante, é fato inconteste que Direito é coerção. É a força do Estado. O discurso acolhido e transmutado em norma com efeitos impositivos sobre o corpo social a partir de conceitos com jaez acentuadamente aberta permite o casuísmo, motivo pelo qual as Cortes Constitucionais devem se aprimorar na criação de lindes para a interpretação e aplicação do Direito Constitucional e ainda, o Estado deve zelar pela observância de um sistema de formação da Corte que não possa ser tisonado pela política sob sua vertente deletéria, vez que a política em sua essência republicana é inerente ao ser humano gregário.

Essa perspectiva nos traz o Direito à Felicidade, conceituado de forma extremamente lacônica, imprecisa, se apresentando como um discurso que ganhou o contorno de Direito, norma, mas que pode servir também a perniciosidade.

Dentro dessa realidade, conclui-se que, sem acoimar como perversa ou absolutamente inadequada a prevalência das teses substancialistas, estas todas ligadas ou próximas da Teoria dos Valores Substantivos, recebendo inúmeras nomenclaturas e neologismos, tem-se que as mesmas carecem de lapidação no seu uso e portanto, faz-se necessário que o Supremo Tribunal Federal se atente as questões práticas de suas decisões provindas do ativismo judicial, as tornando eficazes em dimensão plena, com a cautela de não tumultuar ou possibilitar o surgimento de novos embates por flagrantes descompassos, como a situação absolutamente paradoxal de se invocar um princípio *implícito* de Direito à Felicidade, quando se imprime a outrem o sofrimento, sem razão suficientemente sustentável para isso.

A conclusão perpassa também a constatação da realidade já tradicional no Brasil da passividade legislativa, omissa e desatenta a vários pontos que se mostram relevantes para uma sociedade que aderiu ao capitalismo, seus consecutórios e o seu sólido elemento que leva ao consumismo. Mostra-se, assim, clarividente a necessidade de positivação desta nova realidade, contando com o amplo debate e discussão, fatos para os quais se vê o regular declinar do Congresso Nacional ensejando o

ativismo judicial e o robustecimento do desvirtuar do ideal funcionamento do Estado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. trad. Sérgio Bath. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BACON, Francis. **Ensaio sobre moral e política**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. 1-23. Disponível em : <www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 25.07.2018.
- _____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Boletim de Direito Administrativo [recurso eletrônico], São Paulo, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/7404/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24.07.2018.
- _____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional – Pressupostos hermenêutico-constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- _____. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 7 ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BENGOETXEA, Joxerramon. **Una defensa del consecuencialismo em el derecho**. Disponível em <http://scholar.google.com.br/scholar?q=UNA+DEFENSA+DEL+CONSECUENCIALISMO+EN+EL+DERECHO+Joxerramon+Bengoetxea&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5>. Acesso em: 22.07.2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. - 31. ed., atual. - São Paulo : Malheiros, 2016. 872 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil** – Rio de Janeiro : Editora *Lumen Juris*, 2009. 1 v.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno** – São Paulo : Companhia das Letras, 2006.

DIAS, Reinaldo. **Sociologia do direito**: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental à felicidade**. Revista da Faculdade de Direito de Valença, RJ. 2011, p. 201/205. Disponível em consulta na internet em 24.07.2018, no endereço http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2011/RID_2011_13.pdf em 24.07.2018

_____.; OPPERNMANN, Marta Cauduro. **Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir**. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul (RS), v. 11, n. 65, p. 13-20, set./out. 2015. Disponível em consulta na internet em 25.07.2018, no endereço http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg/%28cod2_13075%29MULTIPARENTALIDADE_Berenice_e_Marta.pdf e <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/95999>

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15 ed. – Salvador : Editora Juspodium, 2013. 1 v.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico**. Disponível em: <http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_ju%C3%ADdic.>. Acesso em: 1 jun. 2015.

FERREIRA, Delson. **Manual de sociologia**: dos clássicos à sociedade da informação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros; Método, 2013.

HERANI, Renato Gugliano. **Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais**. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. J. Rodrigues de Meringe. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 209-227, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/6284/Biblioteca%20Digital%20-%20Editora%20F%20C3%B3rum.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. **A inadequação do supremo tribunal federal vigente para o constitucionalismo no estado brasileiro e a necessidade de um tribunal constitucional especializado e legitimado**. Goiânia : Kelps, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno** – 8. ed. ver. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. – Malheiros : São Paulo, 2002.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito : introdução à teoria e metódica estruturantes**. - 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas**. Revista española de derecho constitucional. Madrid, n. 27, p. 111-126, 1989. Disponível em consulta na internet em 20.07.2018 no endereço <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=77386>

_____. *Juristische Methodik*. 5ª ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1993. 255 p.

NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

O Livro da Filosofia / (tradução Douglas Kim). São Paulo : Globo, 2011. Título original: The philosophy book. Vários colaboradores.

PEGORARO, Lucio. **La circulación, la recepción y la hibricación de los modelos de justicia constitucional**. Disponível em: <www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicasR=8&IDN=398&IDA=1432>. Acesso em 1 jun. 2015.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores superiores e interpretación constitucional**. Colección: Estudios Constitucionales. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil : parte geral** - 32 ed. - São Paulo : Saraiva, 2002. 1 v.

_____. **Direito civil : direito de família** - 27. ed. - São Paulo : Saraiva, 2002. 6 v.

_____. **Direito civil : direito das sucessões** - 25 ed. - São Paulo : Saraiva, 2002. 7 v.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21 ed. – São Paulo : Saraiva, 1999. 1 v.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica**: Introdução ao estudo do direito, instituições jurídicas, evolução e controle social. 7 ed. São Paulo: Saraiva; Zahar, 2010.

SPECTOR, Céline. **Vocabulário de Montesquieu**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

Supremo Tribunal Federal. RE nº. 898.060. Disponível para consulta na internet em 18.07.2018 no endereço: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo?. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 09, p. 337-348, jan./jun. 2007.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Malheiros; Saraiva, 2012.

_____. **Justiça constitucional e suas fundamentais funções**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 43 n. 171. jul./set. 2006. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/95317>. Consultado em 07.02.2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Rio de Janeiro : Forense, 2003. 1 v.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil** : teoria geral do processo e processo de conhecimento / Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier – 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. 1 v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil : direito de família** - 11 ed. - São Paulo : Atlas, 2011. 6 v.

_____. **Direito civil : parte geral** - 11 ed. - São Paulo : Atlas, 2011. 1v.

_____. **Direito civil : direito das sucessões** - 11 ed. - São Paulo : Atlas, 2011. 7 v.

VIEIRA, Carla Eduarda de Almeida. **Multiparentalidade: benefícios e efeitos jurídicos do seu reconhecimento pelo Direito**. Revista do Curso de Direito da UNIFOR, Formiga, v.6, n.2, p. 78-98, jul/dez. 2015. Disponível e consultado na internet em 20.07.2018, no endereço eletrônico [.http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/357-2159-1-pb.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/357-2159-1-pb.pdf)