

A ALTERAÇÃO DAS NORMAS AO LONGO DO TEMPO COM DESTAQUE AO DIREITO DE FILIAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Larissa Leite Santana¹
Belcorígenes De Souza Sampaio
Junior²

RESUMO: No artigo 1.605 do código civil de 1916 os filhos tinham classificações e tratamento diferenciado. Os filhos havidos dentro do casamento eram os legitimados, os que detinham direito natural a herança, o reconhecimento social e a preferência das famílias, os descendentes gerados fora da relação matrimonial eram abastados, muitas vezes nem reconhecidos e os adotados eram a última opção de uma família considerada desestruturada por não ter conseguido gerar filhos consanguíneos. Com o passar do tempo à sociedade/legislador percebeu que essa não era a melhor forma de tratar da filiação e sucessão revogando assim, esse referido dispositivo e criando um novo que explicitava o tratamento isonômico entre os filhos, como consta no atual código civil (2002) em seu artigo 1.596. Essa transição brusca ocorreu pela mudança de valores da população brasileira, obrigando a alteração da norma, algo que passou por diversas fases e etapas até a culminação do presente entendimento. As fontes do direito dão diretrizes para a elaboração das leis, mas não são medidas únicas. O que se procura responder é se as transformações constantes da lei são uma busca para melhor atender as pessoas, com leis justas e segurança jurídica ou uma adequação aos valores oportunos da sociedade, que clamam por melhores condições de vida e tratamento isonômico.

Palavras-Chave: Lei. Criação. Alteração. Fontes. Direito. Filiação.

ABSTRACT: In article 1605 of the civil code of 1916 the children had different classifications and treatment. The children born within the marriage were those legitimized, those who had a natural inheritance right, social recognition and the preference of families, the offspring generated outside the marriage relationship were well-off, often unrecognized and adoptees were the last option of a family considered unstructured for not having been able to generate children inbred. Over time, the society / legislator realized that this was not the best way to deal with filiation and succession, thus revoking this device and creating a new one that explained the

¹Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador, larissa.leite.santana@hotmail.com.

²Professor orientador: mestre em direito pela UFPE (Universidade Federal de Pernambuco); mestre (D.E.A.) em direito pela UBU (Universidade -Pública- de Burgos – Espanha); professor da UCSal (Universidade Católica do Salvador - Bahia) no curso de direito, lecionando as disciplinas de direito constitucional e filosofia do direito; e advogado.

isonomic treatment among the children, as stated in the current civil code (2002) in its article 1.596. This abrupt transition occurred due to the change in values of the Brazilian population, forcing the change of the norm, which went through several phases and stages until the culmination of the present understanding. The sources of law give guidelines for drafting laws, but they are not unique measures. What is sought to answer is whether the constant transformations of the law are a search to better serve people, with just laws and legal security or an adjustment to the values of society that call for better living conditions and isonomic treatment.

Keywords: Law. Creation. Alter. Sources. Right. Membership.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS; 1.1. A Lei; 1.2. O Costume; 1.3 Validade da Norma; 2. DIREITO DE FILIAÇÃO; 2.1. Breve Histórico Da Origem Do Direito De Filiação; 3. O DIREITO DE FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916; 3.1. Dos Legítimos; 3.2. Dos Ilegítimos; 3.3. Dos Adotados; 4. O DIREITO DE FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002; CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

As fontes formais do direito são a lei, a doutrina, a jurisprudência, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme art. 4 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Na omissão da norma aplica-se qualquer um desses.

São as fontes do direito que regulam a criação das leis, a sua elaboração. Segundo Montoro (2014, p. 376), Os costumes são uma constante repetição de certos comportamentos na vida de uma comunidade, no qual caminha junto a convicção de sua necessidade, ao ponto de poderem exigir o respeito a esse comportamento pela força, em caso de violação. Pela comunidade estar em constante mudança de valores e cultura, os costumes também mudam, gerando alterações nas leis, devendo ser renovadas a todo instante.

Essas alterações, muitas vezes, acontecem de forma brusca, mudando completamente o sentido, como é o caso do artigo 1605 do código civil de 1916, no qual estabelecia classificação entre os filhos, separando-os em legítimos (gerados dentro do casamento), ilegítimos (gerados fora da relação matrimonial) e adotivos, colocando, no caso, a preferência pelos legítimos em detrimento dos demais e do artigo 1596 do código civil de 2002, o qual alterou a forma como são tratados os filhos legítimos e os filhos de outras relações fora do casamento ou adotivos,

retirando as diferenças entre eles tratando-os de forma igualitária.

O objetivo deste trabalho será analisar o que gerou essa mudança, como ela ocorreu e o entendimento atual. Verificar se e como as mudanças culturais e dos costumes dialogam com a doutrina e os princípios gerais do direito, em busca de uma formulação de leis mais próxima do ideal, ou se é uma simples adequação ao clamor social.

Procura analisar como as normas são criadas, não simplesmente a técnica, mas o que motiva essa mudança, essa criação, para que haja um melhor discernimento do legislador no que se refere à formulação de tais normas, para que supra a necessidade da sociedade não somente de forma temporária, mas de forma concreta para que beneficie e garanta o direito de todos.

Busca discutir se as leis procuram a verdadeira justiça ou somente uma resposta ao clamor social, para que não ocorram as chamadas “brechas na lei”, ou que pelo menos possa às evitar, dando melhor segurança jurídica à população.

Tendo como pergunta norteadora: Considerando as fontes do direito, as mudanças constantes das normas, como o artigo 1605 da lei 3.071/1916 e o artigo 1596 da lei 10.406/2002, são simples adequações às mudanças sociais ou se processam como busca de uma melhor aproximação ao mais juridicamente correto?

Irá utilizar como metodologia a revisão bibliográfica e análise documental.

1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

1.1 COSTUME

As fontes formais do direito são a lei, a doutrina, a jurisprudência, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme art. 4 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Na omissão da norma aplica-se qualquer um desses.

São as fontes do direito que regulam a criação das leis, a sua elaboração. Segundo Montoro (MONTORO, 2014, p. 376), os costumes são:

Uma repetição constante de determinados comportamentos na vida de uma comunidade, acompanhada da convicção de sua necessidade, ao ponto de poderem os interessados exigir o respeito a esse comportamento pela força, em caso de transgressão.

Pela comunidade estar em constante mudança de valores e cultura, os costumes também mudam, gerando alterações nas leis, devendo ser renovadas a todo instante.

O Costume é a fonte do direito mais antiga, pois não nasce do positivismo da lei nem dos debates em relação a sua aplicação, mas sim, o contrário, é através dele que a lei nasce. O costume é conhecido como “direito não escrito” (MONTORO, 2014, p. 398), dado que são regras e condutas praticadas e estipuladas pelos povos, é a cultura adotada, é a forma como a sociedade vive.

Montoro cita Coviello (2014, p. 399) o qual define costume como “uma norma jurídica que resulta de uma prática geral constante e prolongada, observada com a convicção de que é juridicamente obrigatória.”, ou seja, o costume não pode ser algo eventual, deve ser praticado habitualmente, de forma contínua, com força de imposição e imperatividade. André Montoro classifica a continuidade como um elemento externo e a sua obrigatoriedade como elemento interno.

O costume varia sua importância e acolhimento em diferentes áreas do direito, como no direito penal ele não é aplicado, no direito internacional ele é primordial por exemplo. Em vários artigos do nosso ordenamento jurídico ha sua menção como prática a ser adotada, podemos citar o direito comercial e o direito civil, ressaltando sua fundamental importância na aplicação das leis.

Há duas correntes que analisam a importância do costume, a primeira acredita na importância dele, entendendo que seu uso bastaria. A segunda é totalmente oposta, para eles a norma positivada é absoluta e única fonte de direito.

O costume, apesar de refletir o social, apresenta instabilidade, visto que a visão social muda continuamente, com isso, segundo a lei de introdução às normas brasileiras no art. 4º, o costume só é aplicado na falta de norma escrita assegurando assim, a segurança jurídica.

A segurança jurídica é de suma importância para a vida em comunidade, pois as pessoas não podem viver na incerteza dos seus direitos e deveres, contudo, com o passar dos anos a norma perde sua força em razão das novas necessidades da população com isso surge à imprescindibilidade de sua alteração. Como foi o caso do direito de filiação.

1.2 A LEI

As leis são tão comuns em nossas vidas que acabamos nos esquecendo do seu significado. Mas afinal, o que é a lei? Para São Tomás de Aquino “A lei não é outra coisa senão uma ordem da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade” (apud LYONS p. 17, 1990). Já para John Austin “Uma lei é um comando que obriga uma pessoa, ou as pessoas... As leis e outros comandos são procedentes de superiores, para amarrar ou obrigar os inferiores” (apud LYONS p. 17, 1990).

Comungando dos dois, a lei é uma forma de controlar a sociedade, para que haja harmonia, mas também é para punir os transgressores, para limitar as ações humanas que vivem em conjunto. De uma forma as normas são para o bem e para o mal, conseqüentemente elas podem ser justas ou injustas. David Lyons em seu livro, *As Regras Morais e a Ética*, procura esclarecer o que é a lei. Ele trás uma citação de São Tomás que diz que as leis humanas podem ser justas ou injustas, sua força vai depender da extensão de sua justiça, mas as leis de Deus são perfeitas. (apud LYONS p. 18, 1990).

Para alguns as leis de Deus são conhecidas como leis naturais, algumas correntes doutrinárias, como os jus naturalistas, acreditam que as leis naturais são hierarquicamente superiores às leis positivadas, outras, como os juspositivistas, o oposto. As leis naturais são as inerentes a vida, como andar, falar, se locomover, pensar... elas são imutáveis e inegociáveis, não há a necessidade de se positivar.

Segundo os jus positivistas a sociedade deve ser regida somente pela lei escrita, positivada, o que está escrito é para ser obedecido. Montoro, em citação de Delos, diz: “a lei (enunciada externamente) só regula a atividade voluntária do homem, porque ela exprime as exigências da ordem e do ser (lei interna)” (DELOS apud MONTORO p. 345, 2014).

Contudo, como exposto anteriormente, as leis criadas pelo homem são falíveis, pois se baseiam na moral e costume da população e do legislador conforme Lyons demonstra:

A moralidade positiva inclui algumas regras que são explicitamente estabelecidas, mas também incluem algumas determinações que não são formalmente expressas ou impostas, mas são determinadas por uma

convergência de atitudes populares e apoiadas por pressões sociais informais. Muito da 'moralidade positiva' é o que nós podemos chamar costume ou convenção. (p. 19, 1990).

A moral e o costume surgem da cultura e vivência da sociedade, e como tal, está fadada a oscilações, pois a cultura se altera ao longo do tempo. André Montoro, em seu livro *Introdução À Ciência Do Direito*, traz a chamada Lei Ética, a qual é a norma moral que rege a vida humana, são leis “verdadeiras, norma racional, conforme a natureza, inscrita em todos os corações, têm Deus por autor; não pode, por isso, ser revogada...” (CÍCERO apud MONTORO, 2014, p. 350).

Como visto a moral e o costume estão presentes, e são a essência da criação das leis, mas elas são falíveis. Para que uma lei seja boa, ela deve ser justa, deve servir para o bem comum, deve buscar a verdade.

1.3. VALIDADE DA NORMA

Para Miguel Reale uma norma jurídica para ser considerada correta e obrigatória é necessário que ela atenda aos requisitos de validade sendo elas divididas em validade formal (vigência), validade social (eficácia) e validade ética (fundamento).

No art. 1º da Lei e Introdução ao Código Civil brasileiro diz que a lei só terá vigor após 45 dias de ser publicada, contudo para a norma ser vigente são necessários alguns requisitos.

Vigência ou validade formal é a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais a sua feitura ou elaboração. (REALE, p. 108, 2002).

O primeiro requisito para que uma norma seja vigente é que ela seja encaminhada pelo poder competente, ou seja, pela união, estados ou municípios como delimita a Constituição. O segundo que o órgão competente tenha sancionado a mesma. O terceiro que a norma seja aplicada corretamente, seguindo a legalidade do procedimento, segundo o art. 5º, LIV da Constituição Federal.

Todavia, uma norma pode estar vigente e não cumprir sua finalidade, pois, para que uma norma tenha eficácia é preciso que ela seja aceita pela sociedade, que ela seja reconhecida e integrada à população.

Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina “assentimento costumeiro”, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. (Reale, p. 112, 2002).

Portanto a lei deve ser “formalmente válida e socialmente eficaz”, para que possa vigorar e sua aplicação se tornar obrigatória. Uma lei que não possui eficácia pode continuar em vigor, mas perdida em um limbo jurídico no qual acaba por cair em desuso, contudo se uma lei nova surgir ela não retroagirá para revogar os atos praticados pela norma antiga, o que é o caso do paradigma aqui trazido.

Além desses dois critérios de validade é preciso que a lei tenha fundamento, tenha valor, um objetivo a ser seguido.

A validade está na simultaneamente na vigência, ou obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; na eficácia, ou efetiva correspondência dos comportamentos sociais ou seu conteúdo, e no fundamento, ou valores capazes de legitimar a experiência jurídica numa sociedade de homens livres. (Reale, p. 116, 2002).

2 DIREITO DE FILIAÇÃO.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (p. 570, 2014) Direito de filiação é:

A relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados.

Ou seja, filiação é a relação entre pais e filhos, não importando se a relação é consanguínea, adotiva ou por afinidade.

Esse é um conceito atual, pois, como será exposto, o direito de filiação nem sempre foi interpretado dessa maneira. Um exemplo disso era o entendimento das Ordenações Portuguesas no qual previa uma espécie de direito de filiação onde o mesmo era um favor a ser concedido aos filhos e uma maneira ofertada aos pais de se escusar de sua consciência e propor uma maneira de melhorar a sorte dos “inocentes frutos dos seus erros” (Ordenações Filipinas, Liv. II, Tit. XXXV, parágrafo 12 apud FARIAS e ROSENVALD, p. 572, 2014).

2.1. BREVE HISTÓRICO DA ORIGEM DO DIREITO DE FILIAÇÃO.

O Código Civil Brasileiro tem inspiração no código civil romano, “nada menos que oitenta por cento dos artigos de nosso código foram confeccionados baseando-se direta ou indiretamente nas fontes jurídicas romanas.” (VON IHERING 1968 apud GIORDANI apud CASTRO 2013, p.254).

Os romanos dividiam, de forma a classificar, a origem da norma. São elas o: *Ius Honorarium* (o direito elaborado e introduzido pelos protetores); *Ius Civile* (o direito tradicional que provinha dos costumes, leis, plebiscitos, *senatus consultos* e constituições imperiais); e *Ius Extraordinarium* (derivado das atividades jurisdicionais do imperador). (CASTRO 2013, p. 92).

Em Roma a sociedade era patriarcal, a pessoa natural só tinha personalidade jurídica se cumprisse alguns requisitos, um deles era não estar sobre o *pátrio poder*, ou seja, não ser dependente dos pais. A família era inviolável e fonte de poder, uma família numerosa era uma família forte, portanto quando um casal não conseguia ter filhos, principalmente filhos homens, uma vez que eram os homens que herdavam e cuidavam dos bens da família, havia possibilidades de suprir essa falta, uma delas era a adoção.

A adoção em Roma era algo comum e aceito pela sociedade, existiam duas formas de adoção, uma era a adoção de uma *pater familias* por outro levando com isso todos os dependentes e bens, a outra modalidade era a adoção de um filho. O único requisito para o segundo era que o pai deveria ser mais velho que o filho, pois consideravam a adoção como uma imitação da natureza, por isso um filho, na ordem natural, não poderia ser mais velho que o seu ascendente. No que diz respeito às mulheres, elas não podiam adotar, com exceção se a mesma tivesse perdido seus filhos e conseguissem uma autorização especial.

No tocante a sucessão, os adotados e os filhos gerados detinham os mesmos direitos sucessórios. Quando o pai morria os filhos herdavam os direitos administrativos dos bens, pois até mesmo com o pai vivo os mesmos já eram considerados donos dos bens da família.

Tal entendimento divergia no Brasil como se percebe pela Constituição Federal de 1934 a qual foi a primeira a mencionar o direito de filiação, contudo somente

reconhecia alguns direitos dos filhos naturais (ilegítimos) no qual facilitava seu reconhecimento e tratava da questão sucessória como se vê no art. 147: “O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.”.

Já na Constituição de 1937 foi reconhecida a igualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos somente no tocante ao reconhecimento paterno e aos deveres e direitos dos pais em relação aos descendentes como demonstra o art. 126: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.”.

Nas Constituições de 1946 e 1967 não havia qualquer menção ao direito de filiação, sendo retirado até mesmo os textos mencionados anteriormente, deixando apenas o código civil pra tratar da matéria, sendo novamente acolhido pela Constituição de 1988.

3. O DIREITO DE FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916.

Para Beviláqua (apud RODRIGUES 2002, p. 316) o parentesco é uma relação que vincula entre si as pessoas que descendem do mesmo tranco ancestral. Ou seja, esse conceito só abrange as relações consanguíneas. Tal entendimento era comum à época, pois se acreditava que as relações de sangue eram mais importantes do que as demais, sendo as ligações civis ou adulterinas, somente para suprir a falta da família natural.

Com o código de 2002, no que tange ao parentesco, existiam mais possibilidades, englobando o parentesco por afinidade e o parentesco civil. Contudo, antes da promulgação do atual código, havia separação entre o parentesco consanguíneo, parentesco civil e parentesco ilegítimo.

3.1 DOS LEGÍTIMOS.

Os filhos havidos dentro do casamento eram os legítimos, os que detinham direito natural a herança, o reconhecimento social e a preferência das famílias. Havia a presunção de paternidade nos seguintes casos listados no Código Civil de 1916, em seu artigo 338, in verbis:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:
I – os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

A diferença primordial entre os filiados era em relação à sucessão, uma vez que, o patrimônio familiar era a maior preocupação na época. Diante disso, a preferência para receber a herança familiar era do filho legítimo, concebido em comum acordo dentro do seio matrimonial. Assim, não havia risco dos bens oriundos da família serem corrompidos ou perdidos, permanecendo na mesma linhagem consanguínea.

Pode-se observar diante da leitura do dispositivo abaixo retirado do Código Civil de 1916, a preferência quanto à ordem sucessória aos filhos legítimos:

Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.
§ 1º Havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358). (Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977).
§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

Apesar dessa preferência, não poderia se fechar os olhos para os “agregados”, porque, assim como os bens eram importantes, os valores familiares cristãos eram muito fortes também, não permitindo que desamparasse os demais filhos, sendo eles adotados ou ilegítimos.

3.2 DOS ILEGÍTIMOS.

O parentesco ilegítimo se dava quando havia filhos fora do casamento apesar de ser de certa forma filho de sangue, ele não detinha os mesmos direitos que os filhos legítimos, havidos dentro do casamento.

Havia duas classificações sendo elas: os filhos gerados entre pessoas impedidas de se casar no qual eram classificados como incestuosos e os havidos entre uma pessoa que já é casada e outra, mas não são impedidos de contrair matrimônio, sendo eles classificados como adúlteros.

Os filhos adúlteros só poderiam ser reconhecidos pelo cônjuge separado de fato após cinco anos contínuos e por sentença transitada em julgado.

3.3 DOS ADOTADOS.

O parentesco civil eram os filhos havidos por adoção. Como pontua o autor Silvio Rodrigues (2002, p. 377) “o código civil disciplinou a adoção na forma por que era tradicionalmente regulada alhures, isto é, como instituição destinada a dar filhos, ficticiamente, aqueles a quem a natureza os havia negado.”. Por isso a adoção só era permitida aos maiores de 50 anos, que não tinha filhos por entender o legislador que quando alcançasse essa idade o casal não tinha mais chances de ter filhos, portanto era aberta essa oportunidade para que lhes fosse permitido suprir essa falta.

Com a lei 1.133 de 1957, a qual alterou alguns artigos do código civil de 1916, mudou-se o entendimento colocando como foco o adotado e não o adotante, pois buscava-se suprir uma necessidade de família daquele que iria ser adotado e não ocupar um lugar vazio de uma família sem filhos. Essa norma passou a permitir a adoção de maiores de 30 anos, que detinham ou não filhos.

Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar.

Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.

Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotado.

Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção:

I. Quando as duas partes convierem.

II. Nos casos em que é admitida a deserção.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

Contudo ainda permanecia a barreira sucessória, pois os filhos adotados em concorrência com os filhos legítimos não tinham direito a herança nos mesmos

moldes, conforme se depreende do art. 377 do código civil de 1916.

Era consolidado o entendimento no STF (Supremo Tribunal Federal) que, na vigência do Código Civil revogado, os filhos adotivos não tinham direito a herança em concorrência com os filhos legítimos conforme ementa de uma jurisprudência descrita abaixo:

DIREITO DAS SUCESSÕES. FILHOS ADOTIVOS. PRETENDIDA HABILITAÇÃO NA QUALIDADE DE HERDEIROS DOS DE CUJUS. INDEFERIMENTO CALCADO NO FATO DE A ABERTURA DA SUCESSÃO HAVER OCORRIDO ANTES DO ADVENTO DA NOVA CARTA, QUE ELIMINOU O TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO ENTRE FILHOS LEGÍTIMOS E FILHOS ADOTIVOS, PARA FINS SUCESSÓRIOS. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO ART 227, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO.

Ou seja, antes da Constituição Federal de 1988 entrar em vigor, o que prevalecia era o entendimento de que os filhos adotivos não receberiam herança se os seus adotantes tivessem filhos biológicos.

40 DIREITO DE FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002.

O entendimento aplicado em 1916 veio a ser alterado com o advento da Constituição de 1988 no qual estipulou em seu artigo 277, § 6:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Posteriormente, com o novo código civil de 2002 no artigo 1.596, foi reproduzido o conteúdo literal do parágrafo 6ª supramencionado da Carta Magna, revogando totalmente a legislação aplicada na época passada.

Entre um código e outro, houve várias leis que regulavam o direito de filiação, isso ocorreu para que os filhos, independentes de sua origem, pudessem ter sua dignidade respeitada e sua isonomia garantida. Até o Direito Civil de 2002 ser promulgado e sacramentar de vez o tratamento igualitário entre os descendentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe o reconhecimento da filiação como

direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, independente de onde tenha havido a origem desse filho, não importando se o mesmo era legítimo, ilegítimo ou adotado.

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

A posteriori, a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 revogou as classificações dadas aos filiados, retirando os termos legítimos e ilegítimos, conforme se verifica no artigo 6º da referida lei: “Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.”.

Além dessa mudança, ela alterou a forma como eram feitos os registros de nascimento e reconhecimento de filiação tendo, também, aumentado às possibilidades de investigação de reconhecimento de paternidade, segundo o artigo 2º-A da lei 8.560: “Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.”.

No tocante aos filhos adotivos, um julgamento de ação rescisória no STF (Supremo Tribunal Federal) de 2010 de número 1811, tratava de um caso concreto julgado pela primeira turma, onde uma filha adotiva, após a morte da sua adotante, requereu na justiça o direito à herança, contudo ainda era vigente na época o código civil de 1916 e ainda não havia sido promulgada a Constituição de 1988, portanto a mesma não tinha direito de receber a herança. Com isso abriu-se novamente o questionamento da matéria, alegando que o art. 51 da lei 6.515/77 (art. 51. “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”) já tinha revogado tacitamente o art. 377 do código civil de 1916.

Mesmo já tendo sido revogado o código antigo e já ter se consolidado, aparentemente, o entendimento de que os filhos devem ser tratados de forma igual, houve ministros que divergiram e votaram pela manutenção da decisão, como demonstrado abaixo:

Verifica-se, portanto, a inviabilidade da presente ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC, pois não tendo o julgado se pronunciado sobre a norma supostamente violada, não pode haver, em conseqüência, a alegada ofensa literal da lei. (acórdão).

O julgamento determinou a improcedência da ação rescisória, pois segundo o relator:

A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988. Precedente: RE nº 163.167/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 8/9/95. (acórdão)

Alguns ministros se posicionaram contra a decisão alegando que desde o código antigo, o artigo que diferenciava os filhos já era considerado inconstitucional, uma vez que feria o princípio da igualdade.

Por outro lado, o ministro Cezar Peluso se manifestou pela procedência da ação. De acordo com ele, todas as normas, inclusive as do Código Civil de 1916, que distinguiram as categorias de filhos são inconstitucionais porque violaram o princípio da igualdade.

“Para mim, o artigo 227, parágrafo único, da Constituição de 88, apenas explicitou uma regra que já estava no sistema constitucional, ou seja, a inadmissibilidade de estabelecer distinções para qualquer efeito entre classes ou qualidades de filho”, destacou Peluso. “Perante um princípio constitucional velhíssimo nosso, da isonomia, ou é filho e tem todos os direitos ou não é filho”, completou. Do mesmo modo votou o ministro Ayres Britto. (Notícia STF)

Pode-se perceber que apesar de ser considerada uma norma ruim, que viola os princípios da dignidade e da igualdade, ainda assim, como não tinha sido promulgada a Constituição positivando esse direito natural, ela era e foi aplicada, não sendo reconhecida sua natureza injusta, seguindo o ordenamento jurídico que, como mencionado no subcapítulo anterior (validade da norma) a lei nova não pode retroagir aos atos praticados anteriormente, pois a época da norma anterior, ela era considerada válida e socialmente aceitável, cumprindo com todos os requisitos de validade.

O Brasil percorreu um longo caminho para que se chegasse ao ponto de reconhecer os filiados, pois, como explicitado nos capítulos introdutórios, o costume é algo enraizado na sociedade e é necessária a sua ruptura para o surgimento de novos pensamentos. Pode-se observar tal mudança através de um julgamento de recurso extraordinário em 2016, no qual, em sede de repercussão geral relatou:

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.** (destaque nosso).

Nesse julgado estabeleceu-se que, em alguns casos a relação filial pode superar a relação biológica, prevalecendo o vínculo afetivo entre as partes, consagrando o entendimento de que todas as relações são importantes e merecem proteção, trazendo com isso um novo paradigma a sociedade.

Diante desses fatos, atualmente, o instituto da filiação é isonômico, não conferindo classificações nem distinções aos filhos. Os filiados por consanguinidade, afinidade ou adoção não possuem qualquer diferença de tratamento ou de direitos. Ademais, foram incluídos também os filhos havidos de fertilização *in vitro* e até os gerados após a morte do genitor, como se depreende do artigo 1.597 do Código Civil de 2002:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

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

Por fim, como Carlos Roberto Gonçalves fala em seu livro *Direito de Família* (2012):

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação. A Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar as mudanças ocorridas na legislação, na sua busca constante pela verdade e pelo justo, o caminho traçado pela sociedade e pelo legislador para alcançar a forma mais correta de lidar e aplicar o direito de filiação.

Foi possível perceber que as alterações jurídicas não se dão somente pelo clamor social, mas sim, pela procura incessante do melhor para a população, pois essas mudanças ocorridas no período entre o código civil de 1916 e 2002, no tocante a filiação, se deram para que se alcançasse uma lei mais justa, mais benéfica, conforme fora defendido por São Tomás de Aquino.

Esse é o maior objetivo do ordenamento jurídico brasileiro, garantir à sociedade uma melhor qualidade de vida, conforme estipulado na Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme o paradigma trazido, os descendentes diretos eram tratados de forma diferenciada em vários pontos, um deles se dava no direito sucessório no qual

os filhos havidos fora do casamento e os adotivos não concorriam com os chamados filhos legítimos na herança. Havia diferença também em relação ao reconhecimento da filiação, onde existiam critérios rígidos para o acolhimento dos filhos *adulterinos*, dificultando as relações parentais, essa era uma norma chamada “ruim”, uma vez que prejudicava direitos de uns em detrimento de benefício de outros, ou seja, exaltava os filhos consanguíneos legítimos enquanto rebaixava os demais.

Outro ponto que distinguia as relações filiais era no tocante ao reconhecimento de paternidade no qual não poderiam ser realizados exames, que hoje podem, para certificar a ascendência, ficando a mercê da vontade do pai, ferindo o direito fundamental a família, sendo necessário haver a positivação desse direito natural para que houvesse a possibilidade das ações de reconhecimento de paternidade. Com isso houve a elevação do direito natural à família, abrindo um leque de formas de acesso ao reconhecimento de paternidade.

No tocante aos filhos por adoção as distinções eram ainda maiores, um longo caminho foi percorrido para que os adotados tivessem o mesmo status de filhos legítimos passando de uma “muleta” familiar, no qual se recorria quando a família não podia ter filhos, para uma força natural, onde se procura satisfazer as necessidades do adotado e não do adotante, quebrando um costume pregado anteriormente, levando novos pensamentos e costumes a atualidade.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, no qual diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)”, teve o intuito de acabar com qualquer discriminação proveniente da norma anterior, algo que deveria ser natural precisou ser positivado para que não houvesse dúvidas quanto à forma correta de aplicação e tratamento.

Por fim, pode-se responder a pergunta norteadora (Considerando as fontes do direito, as mudanças constantes das normas, como o artigo 1605 da lei 3.071/1916 e o artigo 1596 da lei 10.406/2002, são simples adequações às mudanças sociais ou se processam como busca de uma melhor aproximação ao mais juridicamente correto?) como uma mescla dos dois pontos, a sociedade clama por normas justas e isonômicas, mas também por medidas que sejam oportunas ao período vivido, algo que sustente e garanta justiça ao tempo determinado em que ela é necessária, até que esta necessidade mude e com isso a legislação, buscando

sempre a norma mais justa, a lei mais benéfica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Filosofia do Direito: Uma Crítica À Verdade Na Ética E Na Ciência. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Flávia Lages De. História Do Direito Geral E Brasil. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro: Direito De Família, Vol. 5. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso De Direito Civil: Direito De Família, Vol. 6. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LYONS, David. As Regras Morais E A Ética. 1ª ed. Campinas, SP: Papyrus, 1990.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 31 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito De Família, vol. 6. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24/10/2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1934. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 28/11/2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1937. Planalto.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 28/11/2018.

CÓDIGO CIVIL DE 1916. Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 06/12/2017.

CÓDIGO CIVIL DE 2002. Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06/12/2017.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 24/10/2018.

Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 24/10/2018.

Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 24/11/2018.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. Ed. 27. São Paulo: Saraiva, 2002.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 898060 / SC - SANTA CATARINA.

Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 21/09/2016. Supremo Tribunal Federal, 2018.

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898060%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oxbmklf>>.

Acesso em: 20/11/2018.

STF. AÇÃO RESCISÓRIA: AR 1811/PB - PARAÍBA. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ:

03/04/2014. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081115>>.

Acesso em: 24/11/2018.

STF. NOTÍCIAS. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154574>>.

Acesso em: 24/11/2018.