



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL

EFEITOS SUCESSÓRIOS DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Trabalho de Conclusão do Curso de Pós Graduação em Direito Civil - Universidade Federal de Santa Maria, como parte das exigências para a obtenção do título de Pós Graduado em Direito Civil, orientado pela Professora Mestra Bernadete Schleder dos Santos.

VALMOR SCOTT JUNIOR

ORIENTADOR(A): PROF^a. M^a. BERNADETE SCHLEDER DOS SANTOS

SANTA MARIA - RS, NOVEMBRO DE 2006.

EFEITOS SUCESSÓRIOS DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Valmôr Scott Junior¹

Resumo

Esse trabalho busca mostrar os efeitos da paternidade socioafetiva na sucessão hereditária. Este assunto é atual e polêmico na sociedade e no ordenamento jurídico pátrio, tanto no Direito de Família como no Direito das Sucessões, em virtude das mudanças sociais do século XX surgidas, entre diversos fatores, pela Revolução Industrial e a inserção da mulher no mercado de trabalho. Isso ocasionou uma mudança no conceito patriarcal de família, dando origem a uma pluralidade de núcleos familiares em que o afeto é o seu elemento principal de formação. A norma, enquanto reguladora dos comportamentos sociais tenta acompanhar esta evolução principalmente através da Lei Maior e do Código Civil de 2002. Contudo, a posse do estado de filho que é o elo para definir a paternidade não está positivada. A doutrina e a jurisprudência já estão construindo a fundamentação neste sentido, ao considerar o sentimento paterno-filial contínuo como determinante da paternidade, a qual pode ser exercida inclusive por um terceiro denominado pai socioafetivo, mesmo que não possua vínculo jurídico e/ou biológico. Ao ser definida a paternidade, surgem os direitos sucessórios. Através da Lei Maior, do Código Civil, da doutrina e jurisprudência busca-se esclarecer acerca do direito à sucessão pelo filho socioafetivo.

Palavras-chaves: família, afeto, paternidade, direitos, sucessão.

Abstract

This work aims at demonstrating the effects of socio-affective parenthood in hereditary succession. This is a current and polemic topic in society and in the national legal establishment, both in Family Law and in Succession Law, due to the social changes that took place in the XX Century, which arose, among several factors, from the Industrial Revolution and from the insertion of women in the marketplace. This led into a change in the patriarchal concept of family, giving rise to a plurality of family nuclei, in which affection is the key constitutive element. The law, as a regulator of social behaviors, tries to keep track of such evolution, especially by the means of the Constitution and Civil Code of 2002. However, parental-bonding, which is the link to define parenthood, is not clearly defined in law. Doctrine and jurisprudence have already been building proper foundations regarding such situation, by considering continuous parental-filial as a determiner of parenthood, which can be performed by a third party, so-called socio-affective parent, even though that party may not have legal or biological bonding. As a consequence of the definition of parenthood, hereditary rights can be claimed. Through the analysis of the Constitution, the Civil Code, and of doctrine and jurisprudence, some clarification about succession rights by socio-affective children is sought.

Keywords: family, affection, parenthood, rights, succession.

¹ Servidor Público Federal, Advogado e Especializando em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria/RS.

Introdução

O trabalho em questão tem como objetivo principal apresentar os efeitos sucessórios da paternidade socioafetiva, buscando construir um entendimento satisfatório em torno deste assunto tão polêmico no contexto social atual, além de pouco explorado pela legislação pátria.

Neste sentido, serão apresentados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria, bem como a definição dos elementos básicos para a sua compreensão, além dos dispositivos legais escassos e aplicáveis, assim como a tendência no sentido de reconhecer os direitos sucessórios ao filho socioafetivo.

O presente estudo vem ao encontro do valor do afeto, essencial nos relacionamentos humanos e que não pode ser ignorado ou mau abordado pelo ordenamento jurídico brasileiro, por afetar diretamente a formação do indivíduo e de sua dignidade humana, mais precisamente na relação paterno-filial e na definição de paternidade.

A afeto é o ponto de convergência entre três institutos de fundamental importância para o Direito que são: a família, a paternidade e a sucessão hereditária. Desta forma, para possibilitar uma abordagem dinâmica, este artigo será dividido em três partes.

A primeira parte versará sobre o verdadeiro conceito de família e a dimensão de sua definição na sociedade, visto as profundas transformações ocasionadas em virtude do própria característica mutante do contexto social, como também pelas mudanças oriundas, principalmente da revolução industrial e inserção da mulher no mercado de trabalho.

Diante disto, a família tradicional acabou por se ramificar em vários tipos de arranjos familiares, os quais não são estanques, mas que possuem a afetividade como ponto em comum entre os seus membros, e que uma vez verificado em determinado núcleo, caracteriza-o como família, independente da quantidade de membros, sendo inclusive constitucionalmente protegida essa diversidade, em virtude de que o próprio artigo 226, § 6º, da Lei Maior, apresenta um conceito aberto de família, sem delimitação ou conceito de qualquer espécie.

Na segunda parte será estudada a paternidade socioafetiva, a filiação socioafetiva e a importância da posse de estado de filho como elo de ligação caracterizador deste tipo de relação paterno-filial.

A posse de estado de filho, apesar de ser caracterizadora da paternidade responsável, não está positivada no sistema de normas brasileiro, configurando-se numa verdadeira lacuna. No entanto, é aceita graças a construção da doutrina e jurisprudência, sendo absolutamente entendida como fruto de uma convivência afetiva, prevalecendo inclusive sobre a verdade biológica e tornando-se elemento primordial para o reconhecimento da paternidade socioafetiva como parentesco civil.

Na última parte deste trabalho será analisado, como consequência da paternidade socioafetiva nos arranjos familiares e sua natureza como parentesco civil, os efeitos sucessórios ao filho socioafetivo.

Por fim, tendo em vista a pouca segurança legal para efetivação dos direitos sucessórios ao filho socioafetivo, será apresentado e discutido o que a doutrina e jurisprudência estão trazendo como solução para que os direitos sucessórios sejam garantidos ao filho do amor, do afeto e da compreensão.

1 Família e afetividade

Família, paternidade e filiação são termos cujas definições parecem bastante claras para cada indivíduo, para a sociedade e para o ordenamento jurídico pátrio. No entanto, é preciso ter cuidado, pois estes termos sofreram uma ampliação significativa em seus conceitos, valores e principalmente em seus efeitos legais.

A família já não compreende apenas o núcleo familiar formado pelo genitor, a genitora e a prole. Com a Constituição Federal de 1988, a família e como consequência o Direito de Família, sofreram importantes alterações, tendo em vista a dinamicidade e complexidade deste ramo das Ciências Jurídicas, assim como em decorrência da evolução das realidades sociais, que são mutantes por natureza e exigem adequações constantes da norma jurídica aos novos fatos.

A família patriarcal do início do século XX que tinha como suas funções mais destacadas as finalidades econômico-patrimonial, política, procriadora, religiosa e, a mais importante de todas, a filiação biológica, imprescindível para o cumprimento de todas as outras funções da família, assim como a mulher e os filhos em posição de inferioridade e o homem como chefe de família, tornou-se extinta, em virtude de uma nova realidade oriunda

principalmente da revolução industrial e da emancipação da mulher, que trouxe novos tipos de entidades familiares cuja origem são os laços de afeto, e não mais o matrimônio e o vínculo biológico.

Esclarecendo a nova concepção de família convém mencionar o entendimento de José Lamartine C. de Oliveira² onde ministra que:

A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais.

Na década de oitenta, este novo conceito de família passa a ter um avanço significativo, conforme observa-se no artigo de Paulo Luiz Netto Lôbo³ que diz:

A superação da família patriarcal é fato histórico e social comprovável, notadamente pelas constantes pesquisas nacionais por amostragem de domicílios (PNAD), promovida pelo IBGE. Analisando os dados da pesquisa de 1986, pode constatar o que os estudiosos vinham revelando: o despontar das relações familiares de plúrimas formas, assentadas em laços afetivos, essencialmente. Os PNADs, dos anos posteriores, demonstram o aprofundamento desta linha de tendência. De um modo geral, a mudança de foco, do patrimônio às pessoas, é o sinal expressivo das transformações mais espetaculares que o direito civil passou a ter [...].

As relações familiares de plúrimas formas decorrem das mudanças na sociedade e da evolução dos costumes, que ocasionaram o surgimento de vários tipos de famílias, as quais fogem do modelo tradicional para comporem novos arranjos familiares, sendo exemplo as novas técnicas para fecundação, como os métodos de reprodução assistida que possibilitam a qualquer pessoa realizar o sonho de ter um filho e que, para isto, não há necessidade de matrimônio, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual, e como consequência do afeto do pai ou mãe, configura um núcleo social também denominado de família.

O exemplo citado é apenas a constatação de um fato, cada vez mais corriqueiro, a disposição de todos e aceito pela sociedade, que acaba por dar origem à vertente de um novo arranjo familiar, composto pela mãe ou pai e filho que, por existir no mundo dos fatos, não pode ser negado e, portanto, deve ser abrigado pelo ordenamento jurídico pátrio.

² OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. J. F. Curso de Direito de Família. 3. ed. Curitiba. Juruá, 1999. p.13.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109> . Acesso em: 22 set. 2006.

Igualmente, é inconcebível que os casais de pessoas do mesmo sexo, também chamados de uniões homoafetivas, por não disporem da capacidade reprodutiva, simplesmente não possam nem devam ter filhos e, quando os têm, não sejam também um tipo de entidade familiar, visto que assim como na união heteroafetiva, existe a presença de um vínculo de afeto que leva ao comprometimento mútuo, ligando vidas e, desta forma, originando uma entidade familiar.

Ainda, ocorre a possibilidade do divórcio e estabelecimento de novas formas de convívio, assim como o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, o que acabou por operar uma verdadeira transformação no conceito de família. Assim, é essencial adquirir uma visão pluralista que alcance os mais diversos tipos de entidades familiares, devendo ser buscado o elemento que possibilite unir no conceito de entidade familiar o relacionamento entre pessoas.

O conceito de família é tão amplo que a própria lei admite como família certos grupos sociais com vistas a determinados fins legais, a exemplo da Lei nº 8.009/90 sobre a impenhorabilidade do bem de família; da Lei nº 8.425/91, sobre locação de imóveis urbanos, relativamente à proteção da família, que menciona ser membro de uma família todo aquele que viva sob a dependência do locatário e, importante, apenas isto, sem nenhuma ressalva de cunho biológico; ainda, os artigos 183 e 191 da Lei Maior que versam sobre a usucapião especial, em favor do grupo familiar que possua o imóvel urbano e rural como moradia.

Inclusive, o artigo 226, § 6º, da Carta Magna deixa claro a amplitude do que seja família, visto que não contém determinação de qualquer espécie para conceituá-la e muito menos delimitá-la.

Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento", sem substituição por outra expressão, acabou por colocar sob a tutela constitucional qualquer tipo de família, ou seja, o que determinava a exclusão foi banido do referido dispositivo legal. O fato de mencionar em seus parágrafos tipos determinados para atribuir conseqüências jurídicas, não significa exclusão, em virtude de que se o caput deixou o conceito aberto e indeterminado. Os parágrafos apenas estabelecem os efeitos legais para determinados tipos de família, configurando um rol exemplificativo e não taxativo.

Tanto é que a regra do § 4º do mesmo artigo acaba por integrar-se à idéia de inclusão, sendo esse o sentido do termo "também" nele contido, como sinônimo de igualmente, o qual possui o alcance de ser aplicado inclusive na hipótese de comunidade monoparental, como

ocorre em alguns casos de impenhorabilidade de bem de família, em que se inclui a pessoa solitária no conceito de entidade familiar equiparada, sendo exemplo os viúvos, separados e divorciados.

Lôbo⁴ apresenta com maestria a dimensão do conceito atual de família e a importância da afetividade como elemento formador dos arranjos familiares, assim como os efeitos nocivos de qualquer tipo de exclusão para a dignidade da pessoa humana, inclusive mencionando a hipótese da pessoa solitária ser incluída no conceito de entidade familiar ao mencionar o presente julgado que diz:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º, da lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.

2. Recurso especial conhecido e provido. (R. Especial 205.170-SP, CJ, de 07.02.2000)

Vários são os casos que demonstram a abrangência do conceito de família sobre diversos aspectos legais, os quais não convém citar pela dinâmica do próprio trabalho que busca outra finalidade, mas o importante é frisar que o elemento essencial e formador de um arranjo familiar é a afetividade e não a quantidade de membros.

Outro aspecto que deve ser considerado é que se dois forem os sentidos de inclusão e exclusão apresentados no art. 226, § 4º, da CF/88, deve ser recepcionado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsiderar as entidades familiares existentes e que possam vir a fazer parte da realidade social.

Lôbo⁵ ainda esclarece com maestria a dimensão do arranjo familiar constitucionalmente protegido, dizendo que:

A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552> . Acesso em: 30 set. 2006.

⁵ LÔBO, loc. cit.

protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que a integram por opção ou por circunstância da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

A dificuldade em torno do que seja família reside desde o seu conceito até a aceitação do grupo familiar na sociedade, que muitas vezes foge do que é socialmente aceito como tradicional. É necessário que se perceba a família não apenas através da materialização de um desenho feito nas séries iniciais em uma folha branca em que os indivíduos estão bem definidos como pai, mãe e filhos, mas uma visão que tenha como ponto principal da família, os laços de amor, afeto e solidariedade entre as pessoas que a compõe, independente de estereótipos e modelos culturais ultrapassados.

Como expõe Sérgio Resende de Barros⁶: “O afeto é que conjuga. Apesar de a ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, não é requisito indispensável para haver família, que haja homem e mulher, pai e mãe”.

Diante disto, os pontos de convergência perceptíveis em todos os núcleos familiares é o vínculo afetivo, o envolvimento emocional e o sentimento de amor que funde os sentimentos e confunde os patrimônios, assim como a estabilidade, que exclui do arranjo familiar, relacionamentos casuais, sem comunhão de vida e, por último, a ostentabilidade, que pressupõe a publicidade deste tipo de relação.

Com referência a importância da afetividade nas relações familiares, manifesta-se Maria Berenice Dias⁷ ao mencionar que “[...] a família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca”.

Além da doutrina, o ordenamento jurídico brasileiro também recepcionou a importância da afetividade, transformando-a em um princípio jurídico, a partir da Constituição Federal de 1988, não devendo este ser confundido com um fato sociológico ou psicológico, mas resultado de uma evolução social da família, considerada como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.

A Lei Maior menciona três motivos que fundamentam o princípio da afetividade no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: primeiro, o fato de considerar todos os filhos iguais,

⁶ BARROS, S. R. de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 2002. v. 14. p.9

⁷ DIAS, M. B. Manual de Direito das Famílias. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.48.

independente de sua origem; segundo, ao considerar a adoção, como escolha afetiva, dando supremacia a igualdade de direitos e em terceiro, ao determinar que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida.

A Constituição Federal ao dizer que todos os filhos são iguais, independente de sua origem, afastou qualquer interesse ou valor que não seja o de comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. Em outras palavras, se a nossa Lei Fundamental não estabelece distinção entre filhos biológicos e adotivos, é porque os concebe como fruto do amor, do afeto, sejam aqueles que a natureza permitiu ou aqueles que foram escolhidos.

Nesta mesma linha de raciocínio, o casamento, considerado o único tipo de família aceito e hegemônico, perdeu espaço e abriu caminho para outros valores comuns a todas as entidades familiares, como a afetividade que é fundamental para a realização pessoal de seus integrantes. Um exemplo que demonstra a importância primordial da afetividade nas relações familiares é o divórcio direto ou a livre dissolução na união estável que mostram que não é a lei que mantém unidas essas entidades familiares, mas a afetividade.

Ora, a afetividade não é um mero princípio adotado pelo direito pátrio ao avaliar os arranjos familiares, mas mais que isso, o interesse maior é o bem estar e a consideração da pessoa humana na satisfação de suas necessidades essenciais, qual seja, amar, ser amado, protegido, educado, além da convivência com as pessoas que gosta, livre de qualquer vínculo biológico. Enfim, é o respeito à dignidade humana.

Immanuel Kant⁸ esclarece que dignidade é tudo o que não tem preço, seja pecuniário ou estimativo; o que é inestimável, indisponível, que não pode ser trocado. Diz ele:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está em cima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes, trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986. p.77.

Em diversos dispositivos dedicados à família a Constituição Federal demonstra a sua atenção com a dignidade das pessoas que integram a família. Vários são os dispositivos que enfocam isto, sendo exemplo os seus arts. 226, § 7º; 227 e 230⁹.

Cleber Affonso Angeluci¹⁰ mostra que a jurisprudência também já vem considerando a dignidade da pessoa humana como fator primordial em suas decisões tendo em vista a importância do afeto, conforme se extrai do julgado abaixo:

Negatória de paternidade. “Adoção a brasileira”. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na súmula 149 do STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito de personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada “adoção a brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, **há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana.** 3. **A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes a irregular “adoção a brasileira” não tutelaria a dignidade humana,** nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências em benefício do próprio apelado. Decisão: Unânime: negar provimento aos agravos. (Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº 108.417-9, 2ª Câm. Civ., Rel. Des. Accácio Cambi, v.u.,j. 12.12.2001)(grifo nosso)

Ora, com base na decisão acima, verifica-se a abertura de precedentes para que as normas jurídicas se adaptem a realidade vivida pela sociedade neste século, no que diz respeito ao indivíduo enquanto membro de um arranjo familiar e a consideração de sua dignidade como cerne do respeito que cada um merece em seus vínculos de afeto em família e que, saliente-se, é um direito de todos e dever do Estado em primazia.

⁹ BRASIL. Constituição federal, código civil, código de processo civil. Organizador: CAHALI, Yussef Said. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.132-134.

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.(...)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.(...)

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.(...)

Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.(...)

¹⁰ ANGELUCI, C. A. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>. Acesso em: 05 out.2006.

Além disso, verifica-se que a exclusão de qualquer tipo de arranjo familiar, independentemente da justificativa, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pois se as pessoas vivem em núcleos familiares de forma não explicitado no art. 226 da Lei Fundamental, por livre escolha ou em virtude de circunstâncias existenciais, sua dignidade deve ser preservada com o reconhecimento de seu grupo como uma entidade familiar, sem restrições.

Atualmente, a família tem seu caráter existencial voltado à satisfação de suas necessidades pessoais, onde cada membro é sujeito de direitos e deveres com sua dignidade respeitada e protegida pelo Estado, transformando-se em uma instituição que busca o desenvolvimento pessoal de cada um. Em outras palavras, em cada núcleo familiar, todos almejam a alegria, o afeto, a proteção, o bem-estar e a união desejada por qualquer grupo estruturado.

O afeto é o “alicerce” das relações familiares, acabando por compor não apenas a análise da família enquanto núcleo, mas também as relações entre os seus componentes, conforme será visto a seguir, mais precisamente a relação paterno-filial, sendo a afetividade o elemento fundamental para sua definição e efeitos legais.

2 Identidade paterna

A paternidade se subdivide em três espécies que são: paternidade biológica, jurídica e sócio-afetiva. A combinação destas três linhas a cada caso de paternidade existente seria perfeita. No entanto, muitas vezes ocorrem conflitos decorrentes da própria realidade social que cria novos modelos paternos, os quais o Direito tem a obrigação de resolver, enquanto regulador dos comportamentos sociais.

Ainda é preciso ficar claro que a paternidade socioafetiva não é uma espécie isolada de paternidade, mas elemento comum em todos os tipos de paternidade, visto que é caracterizada pelo vínculo afetivo, cuja construção ocorre diariamente, com amor, carinho e cuidado ao filho.

No entanto, muitas vezes, no caso concreto, ocorrem conflitos entre as paternidades, causando um problema jurídico que precisa ser resolvido, pois em certos casos o afeto entre pai e filho não condiz com a paternidade jurídica, ou ainda, quando comprovada a paternidade biológica, a criança considera como pai um terceiro, que não é o pai genético.

O problema é bastante sério, mas uma vez que a paternidade socioafetiva é elemento fundamental nas paternidades citadas, considera-se aconselhável considerá-lo como fator determinante da paternidade, tendo em vista os direitos da criança enquanto sujeito de direitos, a qual não pode ter sua dignidade como ser humano e sua identidade paterna prejudicada, sendo inclusive um dos objetivos principais da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Da mesma forma entende Maria Cláudia C. Brauner¹¹ ao dizer que: “[...] referido diploma legal veio reconhecer a criança como sujeito de direitos, garantindo-lhe proteção integral, reafirmando a igualdade entre os filhos, sejam eles resultantes de uniões matrimonializadas ou não, **proibindo qualquer tipo de discriminação**” (grifo nosso)

A paternidade socioafetiva pode parecer um fenômeno novo, mas não passa, na atualidade, do reconhecimento de um tipo de paternidade que sempre existiu, mas que necessitou da evolução da legislação e da doutrina especializada brasileira para ser aceita e compreendida em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Legalmente, este tipo de paternidade foi recepcionado a partir da Lei Fundamental de 1988, uma das mais avançadas no mundo em matéria de família, cujas linhas essenciais foram absorvidas pelo Código Civil de 2002, sendo o principal ponto de ligação o fato de que a relação de paternidade não tem ligação direta com fatores biológicos para ser determinada, tendo em vista que toda paternidade é necessariamente socioafetiva, independente do vínculo biológico entre a criança e o pai.

Para melhor compreensão, Zeno Veloso¹² apresenta uma definição de pai ao mencionar que:

Quem acolhe, protege, educa, orienta, repreende, veste, alimenta, quem ama e cria uma criança, é pai. Pai de fato, mas, sem dúvida, pai. O “pai de criação” tem posse de estado com relação a seu “filho de criação”. Há nesta relação uma realidade sociológica e afetiva que o direito tem de enxergar e socorrer. O que cria, o que fica no lugar do pai, tem direitos e deveres para com a criança, observado o que for melhor para os interesses desta.

A paternidade envolve a constituição de valores e a singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, também adquirida da convivência familiar desde tenra idade. A

¹¹ BRAUNER, M. C.C. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em direito de família francês e brasileiro. Revista da faculdade de Direito, a. 27, n. 27, Curitiba, 1992/93. p.66.

¹² VELOSO, Z. Direito brasileiro da filiação e paternidade. São Paulo: Editora Malheiros, 1997. p.215.

paternidade é um dever, construído principalmente na afetividade e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação “ [...] à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Lei Maior) e cabe ao pai assumir esses deveres, ainda que não seja identificado com a pessoa do genitor.

Diante do que foi dito até aqui, é fácil constatar que a paternidade é definida pela afetividade. Tanto é importante, que a afetividade tornou-se um princípio jurídico, com força normativa, impondo deveres e obrigações aos membros da família e, neste liame, o dever de afetividade vai além do afeto psicológico.

A paternidade socioafetiva, além de ter como pilar mestre a afetividade, possui também uma base sociológica, em virtude de que depois da supremacia da paternidade presumida durante o século XX e que ainda vigora no Código Civil de 2002 e, após o surgimento do exame de DNA que determina ser filho aquele que possui vínculo biológico, surge na doutrina e jurisprudência, a paternidade socioafetiva, se contrapondo a determinação da paternidade pelo vínculo jurídico ou biológico apenas, visto que estes tomam-se secundários em virtude da identidade paterna que a criança possui, ou seja, o terceiro que ela adota como pai em seus sentimentos prevalece sobre qualquer outro tipo de identidade que o Estado queira impor.

A paternidade passa a ser determinada pelo exercício do amor paterno, qual seja, a proteção, o afeto, o zelo e a educação, os quais muitas vezes não são transmitidos ao filho como base de sua dignidade pelos pais biológicos, mas por outra pessoa que acaba por exercer a paternidade e forma a identidade paterna do futuro adulto. O Direito, na função de regular os fatos sociais, deve acompanhar a evolução da sociedade e agasalhar sobre seu manto a verdadeira paternidade.

O legislador brasileiro percebendo isto, optou pela paternidade socioafetiva ao trazer no art. 227, § 6º, da CF/88, um conceito de paternidade aberto e inclusivo, ao assegurar a plena igualdade a todos os filhos e ao mencionar que estes, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.

Ainda, o mesmo dispositivo, caput, traz o direito à convivência familiar e não à origem genética, como prioridade absoluta da criança e do adolescente. Portanto, a

paternidade socioafetiva se fundamenta juridicamente no Princípio da Proteção Integral da Criança e no convívio familiar.

Diante disto, verifica-se a existência de uma determinação legal da paternidade socioafetiva e uma vez que possui embasamento legal como paternidade em si, é fácil constatar o descabimento de uma ação de investigação de paternidade, visto a existência de paternidade, já que o objetivo da referida ação é estabelecer a paternidade e não desfazê-la.

Nesta linha, o Código Civil de 2002 acompanhou esta abrangência na consideração da paternidade, seja biológica ou não. Terminou o paradigma do Código Civil anterior, que estabelecia a relação entre a filiação legítima e a filiação biológica, ou seja, todos os filhos legítimos eram biológicos, ainda que os filhos biológicos não fossem legítimos.

O Código Civil acompanhou a evolução legislativa trazida pela Lei Maior passando a considerar a isonomia entre os filhos, sem qualquer espécie de discriminação, conforme se verifica em seu artigo 1.596¹³. Com esta expansão no conceito de filiação, o Código Civil abrigou os filhos de qualquer origem, em igualdade de direitos, sejam eles adotivos, de inseminação artificial heteróloga e também os oriundos da posse de estado de filho.

Muitos são os dispositivos do Código Civil que optam claramente pela paternidade socioafetiva. Entre eles, o art. 1.593 que considera o parentesco de duas formas: natural e civil, conforme resulte da consanguinidade ou, que se preste atenção, outra origem. Em virtude disso, constata-se uma idéia de inclusão, ou seja, a origem biológica perde a sua primazia e considera-se também a paternidade de qualquer origem.

Isto ocorre para preservar a dignidade da pessoa humana, expulsando do sistema de normas brasileiro a desigualdade entre os filhos e, por conseguinte, entre as relações de parentesco diversas. Assim, não se pode mais classificar os filhos em legítimos e ilegítimos, naturais, espúrios, adulterinos e incestuosos, sob pena de inconstitucionalidade.

Outro dispositivo igualmente importante, por estabelecer o conceito aberto e inclusivo de filiação, reproduzindo a idéia do art. 227, § 6º, da Lei Maior é o art. 1.596 que traz a isonomia entre os filhos, havidos ou não do casamento, trazendo mais uma vez o primado da dignidade da pessoa humana.

¹³ Art. 1.596 – Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ainda, o art. 1.597, V, do Código Civil de 2002, admite a filiação através de inseminação artificial heteróloga, ou seja, através do sêmen de outro homem, mediante autorização do marido da mãe. A origem do filho em relação aos pais é parcialmente biológica, pois a figura paterna é socioafetiva, não podendo ser impugnada por investigação de paternidade posterior e descartando a hipótese do marido que consentiu com a inseminação, sequer, questionar a paternidade posteriormente.

Veloso¹⁴ menciona que “seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente”.

Mais uma vez, verifica-se a prevalência da dignidade da pessoa humana, assim como o Princípio do Melhor Interesse da Criança e sua proteção integral.

O art. 1.605, por sua vez, traz a posse do estado de filho, mencionando que quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou, quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Estas veementes presunções são verificadas em cada caso, dispensando outras provas da situação de fato, ou seja, abre-se um leque de possibilidades abertas e o Código Civil não indica, sequer, exemplificações das espécies de presunção, o que nos leva a concluir que na experiência brasileira inclui-se como posse de estado de filiação, o filho de criação e a adoção de fato.

Diante destes marcos no que diz respeito a paternidade e filiação, observa-se o abandono absoluto da supremacia da verdade biológica para se determinar a identidade paterna de alguém, sendo que a paternidade mais que um dado genético, é um complexo de direitos e deveres cabíveis a uma pessoa em razão do estado de filiação, seja ele consanguíneo ou não.

Mister se faz ressaltar, porém, que a paternidade socioafetiva não é uma regra, apesar de ser recepcionada com simpatia pelo sistema normativo do Brasil, pois o juiz sempre deverá avaliar o caso concreto e observar a relação de afeto entre pai e filho e, portanto, a existência da posse do estado de filho para, em seguida, optar pela permanência ou não deste vínculo afetivo.

Num primeiro momento pode parecer um tanto fria a atitude do juiz, mas a responsabilidade de preservar a dignidade deste filho e o melhor interesse da criança e sua primordial proteção, além de seu bem-estar, acarretam ao juiz o ônus de avaliar cada caso, tendo

¹⁴ Ibid., p.151.

em vista os efeitos irreversíveis de sua decisão na vida de uma pessoa em desenvolvimento. Sob esta ótica, o juiz sempre considerará que a paternidade biológica não substitui a convivência e a construção cotidiana dos laços afetivos.

Essa nova realidade paterna também afeta a filiação, devido as várias mudanças nos paradigmas da família, conforme visto anteriormente, afetando diretamente a identificação dos vínculos de parentesco, surgindo novos conceitos que retratam a realidade social atual, quais sejam, a filiação socioafetiva, a posse do estado de filho e o parentesco psicológico, que prevalece sobre a realidade biológica e legal.

Da mesma forma que ocorreu com a concepção de entidade familiar, também a filiação passou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial, denominada filiação socioafetiva.

A filiação socioafetiva diz respeito à realidade que existe e a posse do estado de filho, por sua vez, revela a constância social da relação entre pais e filhos caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.

A posse do estado de filho é a relação clara e pública de um vínculo natural existente entre pais e filhos.

José Bernardo Ramos Boeira¹⁵ menciona que:

A posse de estado de filho revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva. Cresce, pois, a relevância da noção de posse de estado de filho em todas as legislações modernas, o que demonstra a inviabilidade de uma absorção total, pelo princípio da verdade biológica.

Neste sentido, é que a posse de estado de filho torna-se elemento essencial, primeiro e indispensável para determinar a paternidade de cada indivíduo, sempre salientando que isto ocorre nos casos em que há conflito entre a paternidade biológica, legal e socioafetiva, pelo fato de que é este instituto que valoriza o afeto, o caráter sociológico, o melhor interesse da criança e o respeito a sua dignidade.

¹⁵ BOEIRA, J. B. R. Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Síntese, 2002., V. 14. p.54.

Conceitualmente, segundo Luiz Edson Fachin¹⁶, a posse de estado de filho é formada por três elementos básicos que são o nome, o trato e a fama. Porém, Fachin¹⁷, também lembra que “ [...] é sabido que estes são os principais dados formadores daquele conceito, mas nem a doutrina nem o legislador se arriscam em dar um rol completo ou definição acabada dos fatos aptos a constituí-lo”, ou seja, é necessário um exame criterioso ao tratar do assunto, pois estes elementos não têm finalidade exaustiva na determinação da posse de estado de filho.

O nome se verifica na atribuição do nome do pai ao filho, mas a doutrina não dá mais importância a este elemento por não ser determinável; o trato refere-se ao tratamento dispensado à pessoa, a criação, a educação, assim como pela assistência moral e material dada ao filho, como carinho, educação, saúde, enfim, ao tratamento dado aos filhos pelos pais.

É mister salientar que dispensa-se o tratamento com o uso de termos como “pai” e “filho”, sendo mais importante o sentimento de amor, isto é, atuar como pai em relação ao filho.

A fama é a exteriorização desta relação paterno-filial ao público, como vizinhos, amigos, empregados. Em outras palavras, é a convicção de todos de que aquelas duas pessoas são como pai e filho, ou melhor, são pai e filho.

O que está sendo visto até aqui em relação a posse de estado de filho teve origem através de uma construção da doutrina e jurisprudência, pois o presente instituto não está contemplado em nossa legislação, apesar de ser constitutivo da paternidade responsável, fundada nos laços de afeto.

Isto configura uma lacuna imperdoável na legislação brasileira, pois sendo a posse de estado de filho, uma construção oriunda do princípio da afetividade nas relações familiares, nada mais inaceitável do que a sua não positivação, já que este instituto é elemento fundamental na determinação da paternidade.

A posse de estado de filho quebra com qualquer tipo de presunção, já que sendo elemento determinante da paternidade acaba por suprir qualquer indefinição ou lacuna existente no nosso sistema de normas.

¹⁶ FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992. p.126.

¹⁷ Ibid., p.156.

Flávio Tartuce¹⁸ consola àqueles que lamentam pela não positividade da posse do estado de filho em nosso ordenamento jurídico, trazendo três enunciados importantíssimos na defesa da paternidade sócio-afetiva e da posse do estado de filho.

O primeiro deles, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do STJ, é o enunciado n. 103 que diz: “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribui com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho”.

O segundo enunciado de n. 108, aprovado no mesmo evento prevê: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

Na III Jornada de Direito Civil, realizada também pelo STJ em dezembro de 2004, aprovou-se o enunciado n. 256, em que “a posse de estado de filho (parentabilidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Todos os enunciados mencionados não deixam quaisquer dúvidas a respeito da posse de estado de filho como determinante e aceitável para a determinação do parentesco civil, mesmo que a legislação nada mencione.

Aqui torna-se transparente e inquestionável que a paternidade socioafetiva não é uma ficção jurídica, mas uma realidade social aceita pelos tribunais superiores, como uma construção cultural e social, em que o ordenamento jurídico deve prezar e resguardar a dignidade da pessoa humana.

A transformação trazida à paternidade pela posse de estado de filho também é priorizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/90) que em suas normas preza pela criança e o adolescente e pelos seus melhores interesses, pois é um dos maiores anseios destes ter um pai cuja relação seja fundada nos laços de afeto e amor, na paternidade vivida diariamente por pai e filho.

¹⁸ TARTUCE, F. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em: 11 out. 2006.

Tanto a Carta Magna como o Estatuto da Criança e Adolescente apontam para a valorização da paternidade socioafetiva e portanto, da posse de estado de filho na determinação da paternidade através dos vínculos de afeto e secundariamente pela verdade biológica e/ou legal.

Diante da posse de estado de filho, a paternidade deixa de ser um dado absoluto, determinado pela norma legal e passível de presunção para ser, antes de qualquer coisa, uma relação construída pelo afeto, compreensão, responsabilidade e amor entre duas pessoas como pai e filho, através de uma escolha sentimental e não necessariamente legal ou biológica. Isto é, em linhas gerais, o conceito de paternidade.

Concluindo, Tânia da Silva Pereira¹⁹ traduz o mesmo entendimento ao mencionar que:

Por outro lado, com o avanço da “psi” podemos verificar que a paternidade não é um fato da natureza, mas antes, um fato cultural. Em outras palavras, paternidade é a função exercida, ou um lugar ocupado por alguém que não é necessariamente o pai biológico. Neste sentido, o lugar de pai pode ser ocupado por outra pessoa como o irmão, o avô, o namorado etc. O Direito brasileiro já deveria ter entendido que por mais que se queira atribuir uma paternidade pela via do laço biológico, ele jamais conseguirá impor que o genitor se torne pai. (...) Um pai, mesmo biológico, se não adotar seu filho, jamais será o pai. Por isto podemos dizer que a verdadeira paternidade é adotiva e está ligada à função, escolha, enfim, ao Desejo.

A paternidade socioafetiva, uma vez esclarecida a sua dimensão e real definição enquanto exercício do sentimento paterno, além de sua consideração como modalidade de parentesco civil, acaba por originar dúvidas quanto aos direitos sucessórios que acarreta, os quais serão analisados na seqüência.

3 Sucessão socioafetiva

A afetividade, como mencionado no transcorrer deste trabalho, passou a ser o ponto de convergência das relações familiares, tanto é que afeta até mesmo a relação paterno-filial. Isto ocorre em decorrência da mudança nos costumes e da própria evolução da sociedade

¹⁹ PEREIRA, T. da S. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.580.

que acabou por extinguir o estereótipo da família composta por pai, mãe e filhos, que vigorou até o final do século XX.

A revolução industrial e a conquista de direitos pelas mulheres quebraram com o modelo patriarcal de família e inaugurou-se uma nova era em que as entidades familiares se ramificam em diversos tipos, como é o caso das famílias monoparentais, formada pelo pai ou mãe e filhos; as famílias homoafetivas, formadas por pessoas do mesmo sexo entre várias outras hipóteses que surgem no contexto social e que mostram a pluralidade de arranjos familiares existentes.

No entanto, o que realmente importa é que independente de qual seja o grupo familiar existente ou que venha a surgir, o elemento caracterizador de certo grupo como família é a afetividade, em virtude de já ser considerada um princípio jurídico em nosso sistema de normas, assim como formador da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, surge a paternidade socioafetiva considerada através da posse de estado de filho por alguém que pode ser o pai biológico, jurídico ou ainda, um terceiro que mesmo não sendo o pai biológico ou legal, exerce o sentimento paterno em relação a outra pessoa e desta forma, a paternidade, através do afeto de pai, do interesse, da proteção, da educação. Enfim, atuando como pai em relação a outra pessoa, sentimentalmente denominada filho.

O Direito, como regulador destes fatos sociais, cada vez mais presentes na sociedade, não tem outra alternativa que não seja considerar a paternidade socioafetiva como paternidade para todos os efeitos legais, tendo em vista a presença do elemento essencial para ser pai que é o afeto.

A paternidade socioafetiva, caracterizada pela afetividade e aceita como elemento integrante de qualquer entidade familiar, acaba por gozar dos mesmos direitos da paternidade tradicionalmente aceita.

Rolf Madaleno²⁰ destaca a importância da paternidade socioafetiva, quando menciona:

A Carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico

²⁰ MADALENO, R. Novas perspectivas no direito de família. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p.41.

perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de **ressaltar o papel fundamental da verdade sócio-afetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição (...)**.(grifo nosso)

Desta forma, acabam por surgir vários questionamentos em relação aos fatos que possam vir a surgir, visto a própria dinâmica da vida. Por exemplo: qual a situação no âmbito do direito das sucessões, daquela criança que foi criada por terceiro como seu filho?

A resposta para esta pergunta é o objetivo principal deste trabalho, visto que o Direito não apresenta de forma clara uma solução para este questionamento, mas é possível construir um posicionamento que satisfaça esta indagação, visto o posicionamento precose no sentido de considerar o filho socioafetivo como herdeiro necessário, nas mesmas condições dos demais filhos.

Inicialmente, para iniciar o raciocínio em busca de uma resposta afirmativa e fundamentada, é preciso deixar claro que a relação paterno-filial decorrente da socioafetividade é entendida pelo ordenamento jurídico pátrio como paternidade e filiação, visto a presença dos laços de afeto existente e portanto do princípio da afetividade, assim como a posse de estado de filho com seus elementos constitutivos conforme visto anteriormente, ou seja, legalmente são pai e filho.

Diante disto e do disposto no artigo 227, § 6º, da Lei Maior, que traz o princípio da igualdade entre os filhos ao mencionar que estes, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, percebe-se no final do citado parágrafo que o legislador de certa forma previu as mudanças sociais que surgiram e que ainda virão no que concerne a filiação, e desde já, manifesta-se claramente no sentido de proibir qualquer forma de discriminação em relação à filiação.

Ora, se o filho socioafetivo é legalmente reconhecido com base no exposto, salientando que a Lei Fundamental veda qualquer tipo de discriminação, é razoável concluir que não há dúvida quanto a existência da paternidade socioafetiva e ainda, presente o princípio da igualdade entre os filhos é sabido por dedução lógica que a todos os filhos, sejam eles adotivos, legítimos ou socioafetivos apenas, cabem os mesmos direitos e entre estes, o direito a sucessão hereditária.

No liame do mundo dos fatos, inúmeros casos podem surgir, mas em todos o filho socioafetivo não fica desamparado, em virtude de que a sucessão legítima tem por fundamento as qualidades específicas do herdeiro e suas relações com o autor da herança no seio da convivência familiar e, ainda, com base no princípio da solidariedade.

O princípio da solidariedade constitucional, disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal é trazido no direito das sucessões com maestria por Ana Luiza Maia Nevares²¹ ao mencionar que:

Na medida em que o homem é um ser essencialmente social, que está em constante interação com os demais, é preciso que todos nós tenhamos a consciência da dignidade do outro. Nesta perspectiva, a construção de uma sociedade solidária que busque erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, **sem discriminações** (CF/1988, art. 3º, III e IV), preconiza não que sintamos algo de bom pelo outro, mas que nos comportemos como se sentíssemos. Tem-se, portanto, o que podemos chamar de solidariedade objetiva ou dever de solidariedade. Este por ser visualizado em diversas instâncias. Na orientação do dever de solidariedade entre os membros da família, estão as regras da sucessão legítima (...).(grifo nosso)

Em suma, o princípio da solidariedade constitucional se correlaciona com a dignidade da pessoa humana e no âmbito das relações familiares ele atinge as regras da sucessão legítima, ou seja, o filho socioafetivo está amparado pelo princípio da solidariedade constitucional, tendo em vista que é dever do Estado garantir a dignidade humana, sem discriminações e com certeza, o filho socioafetivo não configura uma exceção, por estar resguardado pelo princípio legal da afetividade construído culturalmente através da convivência, sem interesses materiais, os quais surgem quando ela se extingue, revelando ainda mais o âmbito de solidariedade.

Dito isto, convém analisar o artigo 1.834 do Código Civil que menciona o direito à sucessão hereditária entre os descendentes da mesma classe, sendo analisado objeto deste estudo os direitos sucessórios dos filhos socioafetivos.

Vale lembrar que é inadmissível não considerar que o filho socioafetivo tenha parentesco civil com aquele que formou sua identidade paterna, em virtude da presença da posse de estado de filho decorrente da socioafetividade (enunciado n. 256 já mencionado), que é

²¹ NEVARES, A. L. M. Os Direitos Sucessórios do Cônjuge e do Companheiro. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 36, jun./jul., 2006. p.144.

elemento nuclear de toda a paternidade e como consequência desta, os direitos cabíveis, sendo exemplo os direitos sucessórios.

Na obra de Ricardo Fiuza²², Zeno Veloso, ao analisar o referido dispositivo considera que:

O que o legislador quis dizer, atualizando a regra do art. 1.605 do Código Civil de 1916, é que estão **proibidas quaisquer discriminações ou restrições baseadas na origem do parentesco**. Proclama a Constituição, enfaticamente, no art. 227, 6º, que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, o que este Código repete e reitera no art. 1.596. Obviamente, o **princípio da não-discriminação**, até por ser uma regra fundamental, se estende e projeta a todos os descendentes. Para efeitos sucessórios, aos descendentes que estejam no mesmo grau. (grifo nosso)

O que se busca é evitar a hipótese de entendimento discriminatório entre os descendentes da mesma classe ao definir seus quinhões, devendo estar abrangidos nesta regra, em igualdade de condições, os filhos de qualquer origem, inclusive a socioafetiva.

Com o mesmo entendimento, Veloso²³, apresenta o Projeto de Lei n. 6.960/2002 em que altera a redação do art. 1.834 para a seguinte: “Art. 1.834 - Os descendentes do mesmo grau, qualquer que seja a origem do parentesco, têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

Então digamos que em um novo casamento o cônjuge varão traga ao novo matrimônio um filho socioafetivo, como um “filho de criação”, uma criança que tenha neste indivíduo a sua identidade paterna. No caso de falecimento deste pai a criança herdará juntamente com os demais filhos, tendo direito ao seu quinhão em igualdade de condições.

Em outra hipótese, se durante um casamento ambos os cônjuges acolhem uma criança como se fosse seu filho, este, por ocasião da sucessão também herdará com os demais filhos que o casal tenha, caso existam.

Mister se faz salientar que a socioafetividade possui uma dimensão mais ampla do que se imagina, originando direitos sucessórios inclusive desde o processo de adoção e ultrapassando a sucessão decorrente da paternidade socioafetiva, atingindo a herança dos avós socioafetivos.

²² FIUZA, R. Novo código civil comentado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.1.708.

²³ FIUZA, loc. cit.

A reportagem divulgada no Jornal de Comercio de Manaus-AM²⁴, demonstra isso ao relatar:

A 7ª Câmara Cível do TJRS confirmou, por unanimidade, na última quarta-feira, dia 27, a habilitação de herdeiro de pai adotante, já falecido, em inventário dos bens deixados pela mãe desse – e que passou a ser avó da criança adotada. Pela decisão, a condição de herdeiro é decorrência natural da filiação constituída por sentença que deferiu a adoção, pós-morte, já transitada em julgado. O recurso de agravo de instrumento foi interposto pelo irmão do pai adotivo, contra decisão proferida na 2ª Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre que habilitou o filho adotivo como herdeiro dos bens deixados por morte da avó paterna. O agravante sustentou que não fora ainda deferida a adoção, mas que ocorrera a simples averbação do nome paterno na certidão de nascimento. Argüiu, também, que o processo de adoção só teve início após o falecimento e, portanto, não expressava a vontade do irmão morto. Para o relator do recurso, desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, no processo de adoção o foco está na filiação, sendo o direito à herança mera decorrência da filiação e, no caso dos autos, do direito de representação. **“absurda e sem qualquer fundamento a alegação do agravante no sentido de que a decisão deferiu apenas a inserção do nome do pai no registro, sem que isso traga outras implicações decorrentes do vínculo parental”**. O processo foi iniciado quase seis anos depois do falecimento do pai. No entanto, ressaltou o acórdão do agravo – **o falecido e sua esposa tinham intenção de adotar a criança**. Eles a batizaram na Comunidade Evangélica Luterana São João Batista, constando expressamente na certidão de batismo tratar-se do filho de ambos. O relator afirma que **“o processo socioafetivo já tivera início, visto que o casal detinha a criança sob sua guarda e a apresentava como filho na sociedade, o que restou estampado na circunstância de a ter levado a batismo nessa condição”**. (grifo nosso)

Diante dos argumentos expostos, não resta dúvida quanto aos direitos sucessórios do filho socioafetivo, visto a consideração da socioafetividade no âmbito do Direito das Sucessões, assim como a aplicação correta dos critérios hermenêuticos de interpretação, que segundo Carlos Maximiliano²⁵ são:

a) cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito; b) quando a norma estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo o que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente; c) interpretam-se amplamente as normas feitas para “abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames”.

A sucessão legítima aplicada à filiação socioafetiva é absolutamente cabível, tendo em vista, como já foi dito, no âmbito do Direito de Família, o reconhecimento da

²⁴ JC, Da equipe do. Processo de adoção dá direito à herança de patrimônio da avó. Jornal do Comercio, Manaus, 28 fev. 2006. Disponível em: <http://www.jcam.com.br/materia.php?idMateria=34671&idCaderno=2>. Acesso em: 24 out.2006.

²⁵ MAXIMILIANO, C. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.204.

paternidade socioafetiva pela relação paterno-filial existente, caracterizada pela presença da posse de estado de filho que é essencial para se aceitar a fundamentação de paternidade, prevalecendo inclusive sobre a verdade biológica do filho socioafetivo e pelo próprio princípio da afetividade que reforça a dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade constitucional.

Feitas estas considerações, surge uma última questão a ser respondida: Herdando o filho do falecido pai socioafetivo, terá ele direito também à sucessão de seu pai biológico?

Num primeiro momento a questão pode parecer confusa e de resposta indeterminada, mas a solução é bastante simples, pois tendo em vista a prevalência da afetividade, os interesses patrimoniais ficam em segundo plano, ou seja, não havendo vínculo afetivo com o pai biológico, o patrimônio deste não se transmite ao filho que não tenha vínculos sentimentais com ele, por estar os interesses patrimoniais em segundo plano e sim herdará o patrimônio, respeitadas as regras de sucessão hereditária com a correta interpretação, do pai socioafetivo com o qual mantinha uma relação de afeto num primeiro plano e por consequência os direitos patrimoniais.

Paulo Luiz Netto Lôbo²⁶ considera que:

Posta a questão dentro desses limites, de que modo podem ser compatibilizados os interesses pessoais e patrimoniais, quando o conflito se der entre paternidade socioafetiva derivada de posse de estado de filiação e o pretendido interesse em imputar responsabilidade ao genitor biológico falecido? A resposta pode ser encontrada nas categorias gerais do sistema jurídico. O estado de filiação é matéria do direito de família, inviolável por decisão judicial que pretenda negá-lo, pelas razões já expostas. Não pode haver, conseqüentemente, sucessão hereditária entre filho de pai socioafetivo e seu genitor biológico; com relação a este não há direito de família ou de sucessões.

Neste sentido, é que mais uma vez se verifica a prevalência da socioafetividade sobre o vínculo biológico, ou seja, há sucessão legítima oriunda da relação paterno-filial determinada pelo sentimento de afeto e pela posse do estado de filho em detrimento daquela oriunda da verdade biológica.

Em outras palavras, o que se percebe é que a afetividade consolida-se cada vez mais como o elemento agregador entre dois indivíduos que se relacionam como pai e filho, a tal ponto de não haver como o direito pátrio negar este vínculo, dando-lhe proteção absoluta.

²⁶ Id., 2006.

Mesmo que a legislação não normatize o valor do afeto, a doutrina e a jurisprudência, como visto até aqui, já perceberam que este sentimento é o desencadeador de outros tantos direitos inerentes ao ser humano, como é o caso da posse de estado de filho na determinação da paternidade que uma vez estabelecida, gera todas as suas conseqüências legais, sendo um exemplo, o direito a sucessão hereditária que está sendo construído gradativamente a partir do princípio da solidariedade correlacionado ao princípio da dignidade humana.

Em um momento em que o Direito passa a se humanizar, o afeto toma força e abre caminho na consideração de todos os direitos inerentes à pessoa humana, com base no que há de melhor e realmente importante que é a capacidade de amar, cuidar e proteger, devendo ser este, com atendimento ao melhor interesse da pessoa, o objetivo positivado da norma jurídica e não apenas da doutrina e da jurisprudência.

Conclusão

O trabalho em análise surgiu com o objetivo de esclarecer e consolidar os efeitos sucessórios da paternidade socioafetiva, através de uma análise dinâmica que abordou desde a concepção de família na sociedade, que possui seu cerne nas relações de afeto, passando pelo parentesco civil da paternidade socioafetiva responsável até, enfim, abordar os efeitos sucessórios cabíveis ao filho socioafetivo.

Até pouco tempo atrás era comum entender que o pai biológico, mesmo distante, possuía direitos sobre o filho, em virtude de ser o verdadeiro pai. No entanto, atualmente, esta é uma compreensão ultrapassada e retrógrada, porque muitas vezes a criança não é criada pelo pai genético, mas por um terceiro que exerce as funções de pai, ou seja, a verdadeira paternidade.

O Direito pátrio, percebendo isto e tomando conhecimento que a paternidade decorre do exercício do sentimento paterno e dos laços de amor entre duas pessoas que se tratam como pai e filho, passou a considerar a paternidade através do princípio do melhor interesse da criança e de sua dignidade humana, assim como pela presença da posse de estado de filho, a qual está presente muitas vezes na relação de um terceiro com a criança.

Apesar da posse de estado de filho não estar positivada, a doutrina e jurisprudência estão construindo e reafirmando a presença deste instituto como definidor da

paternidade socioafetiva e como consequência do reconhecimento desta relação paterno-filial, os direitos sucessórios, os quais ainda carecem de algumas afirmações como, por exemplo, a exigência de normatizar a socioafetividade no âmbito do Direito das Sucessões e a solução legal para o conflito existente entre a sucessão socioafetiva e biológica.

Dito isto, convém salientar que os objetivos deste estudo foram alcançados, por ter sido esclarecido que os direitos sucessórios do filho socioafetivo estão garantidos, desde que aplicadas corretamente as regras de hermenêutica jurídica, trazidas com maestria nos ensinamentos de Carlos Maximiliano, ao artigo 1.834 do Código Civil, o qual dispõe sobre a concorrência sucessória entre os descendentes da mesma classe.

Ainda, Zeno Veloso na condição de legislador, em seu projeto de lei n. 6.960/2002 ainda não aprovado, demonstra interesse no mesmo sentido ao propor nova redação ao dispositivo citado acima, onde inclui na sucessão, os descendentes de mesma classe independente da origem do parentesco. Desta forma, sendo a paternidade socioafetiva um vínculo que caracteriza um parentesco civil, o filho socioafetivo também está habilitado a concorrer ao seu quinhão hereditários com os demais filhos do falecido em igualdade de condições.

Em suma, a sucessão do filho socioafetivo perde a “névoa” de incerteza para compor o rol dos direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano, em decorrência do vínculo afetivo necessário a formação da dignidade humana constitucionalmente protegida.

Os primeiros passos foram dados pela doutrina e jurisprudência, valendo considerar que a legislação brasileira começa a “engatinhar” na mesma direção, qual seja, o reconhecimento nítido e transparente do direito a sucessão hereditária do filho socioafetivo.

A legislação ainda necessita evoluir neste sentido, buscando reforçar a socioafetividade como um dos principais objetivos da norma jurídica, sob pena de prejudicar gravemente a formação dos indivíduos como cidadãos de direito.

O Direito se humaniza porque a vida em sociedade busca um sentido maior, uma relação mais próxima, um conforto, uma segurança, uma troca de sentimentos. Enfim, as pessoas, enquanto membros da sociedade, buscam a garantia de um sentimento que resume os demais, que é o afeto e como decorrência de seu reconhecimento e proteção, os direitos cabíveis, entre os quais, o direito à sucessão socioafetiva.

Referências Bibliográficas

- ANGELUCI, C. A. **Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana**. 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>. Acesso em: 05 out. 2006.
- BARROS, S. R. de. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de Direito de família. Porto Alegre: Síntese, 2002. v. 14.
- BOEIRA, J. B. R. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- BRASIL. **Constituição federal, código civil, código de processo civil**. Organizador: CAHALI, Yussef Said. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRAUNER, M. C. C. **Considerações sobre a filiação extramatrimonial em direito de família francês e brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito, a. 27, n. 27, Curitiba, 1992/93.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FACHIN, L. E. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- _____. **Da paternidade: relação biológica afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FIUZA, Ricardo. **Novo código civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- JC, Da equipe do. **Processo de adoção dá direito à herança de patrimônio da avó**. **Jornal do Comercio**, Manaus, 28 fev. 2006. Disponível em: <http://www.jcam.com.br/materia.php?idMateria=34671&idCaderno=2>. Acesso em: 24 out. 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos numerus clausus**. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em: 30 set. 2006.

_____. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301-STJ(1)**. Jus Vigilantibus, Vitória, 3 jan 2006. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19605. Acesso em 10 out. 2006.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>. Acesso em: 22 set. 2006.

MADALENO, R. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

NEVARES, A. L. M. **Os Direitos Sucessórios do Cônjuge e do Companheiro**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.8, n. 36, jun./jul., 2006.

OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. J. F. **Curso de direito de família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

PEREIRA, T. da S. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TARTUCE, F. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em: 11 out. 2006.

UFSM. Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa. **Estrutura e apresentação de monografias, dissertações e teses**. 5. ed. Santa Maria, 2000.

VELOZO, Z. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.