

A TUTELA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DE SUCESSÕES

Dayana Xavier de Couto¹

Rosângela Maria R. M. Mitchell de Moraes²

RESUMO

A tutela da filiação no ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo constantes mudanças, principalmente no que diz respeito às construções jurisprudenciais no que tange ao reconhecimento do afeto como princípio primordial para caracterização da filiação, onde tal reconhecimento tem origem no vínculo afetivo paternal sem a existência de elo biológico ou civil entre pai/mãe e filho socioafetivo. A partir da elaboração de um artigo de revisão, atrelado ao método dialético de abordagem, objetiva-se analisar como as relações socioafetivas tem afetado o âmbito jurídico brasileiro no que diz respeito ao processo de reconhecimento da filiação e como tal filiação tem afetado o Direito de Sucessões.

Palavras-chave: Filiação socioafetiva; Direito de Sucessões; Afeto.

PROTECTION OF MEMBERSHIP SOCIOAFETIVA AND ITS INFLUENCE ON THE SUCCESSION LAW

ABSTRACT

Guardianship of membership in the Brazilian legal system has been undergoing constant changes, particularly with regard to the jurisprudential construction regarding the recognition of affection as a primary principle to characterize the membership, where such recognition comes from the paternal bonding without the existence of link biological or civil between father / mother and son socioaffective. Thus, the object of this research is the recognition of the social-affective relations with regard to the protection of membership and its influence on Probate law.

Keywords: socioafetiva Membership; Law of Succession; Affection.

INTRODUÇÃO

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: dayanaxcouto@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela.mrm@uol.com.br

A motivação para a realização do presente estudo dá-se pela constatação da grande demanda de ações judiciais que versam sobre a existência e reconhecimento de filiação socioafetiva, como também os efeitos que advém desse reconhecimento. Tais decisões foram provocadas por ações judiciais propostas por diversas pessoas que se consideravam filhos de seus supostos pais socioafetivos e requeriam tal reconhecimento tanto estando os pais em vida como já falecidos, tendo como base para esta ação a relação de afeto e condição de filho que possuía ou possui com o suposto pai socioafetivo.

Conforme Marcos Silva³ o próprio nome “socioafetivo” já nos dá a ideia de *sociedade + afeto*, e é realmente sobre estes elementos que recaem as relações socioafetivas. Tais relações se dão através do contato entre uma ou mais pessoas e onde através dele se constitui a amizade, o amor, etc.

Por gerar um tipo de afeto, essas relações acabam por constituir um vínculo entre as partes, fazendo com que estas passem a ter um lugar significativo na vida de todas as pessoas que estão englobadas nesta relação.

Nota-se que na maioria das relações de parentesco, como por exemplo, pai e filho, também há a presença do afeto, fazendo com que as partes tenham sentimentos fortes entre si. No entanto, em alguns casos concernentes à filiação não há esse afeto, há apenas a relação consanguínea, e em outros casos, há o afeto, mas não há a consanguinidade. Nestes termos, chega-se a seguinte questão, como as relações socioafetivas tem afetado ao ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao processo de reconhecimento da filiação? É uma questão que deve ser descoberta no decorrer deste estudo.

A filiação é o instituto pelo qual se reconhece quem são os pais de uma determinada pessoa. É através deste reconhecimento que será possível determinar quem são seus ascendentes, familiares, assim como também as questões que versam sobre direito de herança, como também outros direitos que decorrem da filiação. É por isso que este estudo tem tanto relevância acadêmica quanto social, visto que todo ser humano tem direito e necessita de pais, sejam eles consanguíneos ou afetivos.

³ SILVA, Marcos Emanuel Andrade. **O conceito sociológico de família a envereda em caminhos opostos de outrora. Estamos, hoje, diante de uma comunidade que interage, tomando cada indivíduo, para si, sua posição num grupo**, 2010. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5737/Relacoes-socioafetivas> >. Acesso em: 09 de Maio de 2017.

Logo, torna-se de grande relevância o estudo da filiação socioafetiva tanto por ser requisito importante para ser observado no âmbito do Direito de Família, quanto no Direito de Sucessões, tendo em vista ser um tema que envolve não só direitos patrimoniais, mas também princípios como o da dignidade da pessoa humana, não retrocesso social, igualdade da filiação, princípio da afetividade, entre outros.

Sendo assim, o presente estudo será estruturado da seguinte forma: no primeiro capítulo será estudado o contexto histórico da família, no segundo capítulo serão estudados os princípios norteadores da filiação socioafetiva, no terceiro capítulo o afeto será estudado como elemento psicológico, social e jurídico, em seguida, no capítulo quarto, será tratado o necessário reconhecimento judicial da filiação socioafetiva na adoção póstuma e de fato post mortem, e para concluir, a filiação socioafetiva será estudada em contrapartida com o direito de herança.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA FAMÍLIA

O conceito de família vem sofrendo mutações com o decorrer das mudanças sociais. Preliminarmente, no Direito Romano, a família tinha como principal objetivo sua perpetuação, não havendo igualdade entre seus membros e muito menos se dava importância ao afeto, tendo em vista que os filhos e a esposa não eram possuidores de direitos. Segundo Caio Pereira (PEREIRA, 1998, p. 7) “a família romana, longe de ser uma organização democrática alicerçada no princípio ético da afeição, tal qual a moderna, apresenta antes as características de uma entidade política, fundada no princípio da autoridade”. Havia também a figura principal que era denominada *pater*, o chefe da família, onde tudo girava em torno dele (DANTAS, 1991, p. 19).

A forma de filiação civil reconhecida no Direito Romano era a cognação, a qual se baseava no vínculo sanguíneo possuídos pelas partes, garantindo direitos sucessórios, alimentícios, como também a participação de um juiz para solucionar lides existentes entre eles, no que concerne ao abuso do poder pátrio. Orlando Gomes (GOMES, 200, p.33) explica a família romana como um “conjunto de pessoas sujeitas ao poder do *paterfamilias*, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança”.

Segundo Engels (ENGELS, op. cit., p. 81), a família romana era praticamente baseada em uma pessoa, o *pater*, a qual detinha autoridade suficiente sobre todos os outros membros da família, onde nem a esposa e muito menos os filhos tinham voz ativa nesta relação, muito pelo

contrário, tendo em vista que a mulher apenas exercia a função de dona de casa e se por acaso ela viesse a cometer algo considerado desonroso, era punida de forma imoderada, o que não acontecia com o pater, pois mesmo praticando o mesmo ato da esposa, era considerado honrado, ou apenas uma sucinta transgressão moral.

A mulher era demasiadamente desrespeitada nessa época, tendo em vista que se não cumprissem uma das funções primordiais do casamento, que era a geração de filhos para a perpetuação dos cultos, o casamento poderia ser anulado ou haver a exclusão da sociedade, mesmo que a esterilidade fosse do marido, pois na época não tinham exames que atestassem isso (DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier). Por causa da obrigação de terem filhos para perpetuação da família, surgiu o instituto da adoção, o qual gerou conforto àqueles que não podiam ter filhos biológicos.

Com as constantes mudanças sociais, no que diz respeito ao pensamento, forma de interação entre os entes, também ocorreram alterações no modelo familiar, formando-se a família contemporânea, onde ocorre a diminuição do patriarcalismo e da completa submissão da mulher ao seu marido, podendo, inclusive, a partir das conquistas do movimento feminista, haver a possibilidade do divórcio. Sendo assim, os membros das famílias podiam ter mais liberalidade para exercer suas funções, sem ter caráter meramente de perpetuação e submissão ao patriarca.

Para Maria Cláudia Crespo Braunner (BRAUNNER, 2001, p. 10), na família contemporânea as relações entre os cônjuges não tinham a procriação como principal finalidade, mas sim o afeto:

“Os esposos, cônjuges ou companheiros se devem reciprocidade antes de tudo, afeição, dedicação e assistência mútua. Pode-se afirmar que, no presente, um casal se une para buscar a felicidade por meio de relações de afeição e solidariedade, que significam os pilares de base para a existência da família moderna. Chega-se assim a uma concepção nuclear de família. ”

No Brasil, o Código Civil de 1916 buscou esquematizar o modelo da família patriarcal, onde o pai detinha o poder sobre os filhos e era o único que possuía poder no casamento, a esposa apenas realizava seus deveres no lar e na família, auxiliando o seu esposo no que coubesse, conforme o artigo 233 do Código Civil de 1916⁴. Além disso, o mencionado

⁴ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

código deu bastante enfoque ao casamento, suas formas de constituição, entre outros. Pois era importante para sociedade conservar o instituto do casamento, para firmar o vínculo familiar.

No código Civil de 1916 os filhos eram classificados entre legítimos, ilegítimos, incestuosos ou adulterinos, recebendo tratamento social e judicial divergente entre si, até mesmo no que diz respeito ao reconhecimento da sua filiação, como por exemplo o Art. 358, CC, 1916, que diz “Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.” Ou seja, mesmo sendo filhos biológicos, por não poderem ser reconhecidos, não sucediam na herança do pai/mãe biológico(a).

Ademais, no que tange ao reconhecimento da filiação, insta notar que o mesmo não faz menção ao afeto, porém, somente se denota o apego que o texto da Lei detém ao fator biológico, ou seja, se o filho é legítimo, que é aquele constituído dentro do casamento ou ilegítimo, que é aquele constituído fora da relação conjugal, seja ele natural ou espúrio, que é o filho contraído por pessoas que são impedidas legalmente de constituir matrimônio, adulterino, que se trata do filho constituído por adultério ou incestuoso, o qual é constituído entre irmãos ou entre ascendentes com descendentes. Conforme podemos inferir na leitura de alguns dos artigos presente no supracitado código, quais sejam, o art. 355⁵, 358⁶ e 359⁷ CC/16.

De acordo com o observado do antigo Código Civil, as maneiras mais comuns de reconhecimento da filiação seriam por meio de adoção e de reconhecimento de filho consanguíneo, seja ele legítimo ou ilegítimo, termo utilizado no antigo código. No entanto, deve-se ressaltar que ainda havia desigualdade entre o filho adotivo e o biológico, tendo em vista que se o casal já tivesse filho legítimo, legitimado ou reconhecido, o filho adotivo não teria direito a herança, conforme o Artigo 377⁸ do CC/16.

Notava-se também que uma das coisas mais importante para o reconhecimento da paternidade de uma criança dependia com muito efeito da fidelidade da esposa ao seu esposo.

⁵ Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

⁶ Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

⁷ Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

⁸ Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

Conforme podemos perceber de acordo com o narrado nos artigos 344^{o9} e 178^o, § 3^o ¹⁰ e 4^o ¹¹ do CC/16.

Conclui-se que o afeto não obtinha qualquer tipo de contemplação no Código Civil de 1916 quando este afirma que os filhos incestuosos ou adulterinos não poderiam ser reconhecidos. Caso tais filhos fossem reconhecidos mesmo que por meio de ação de reconhecimento da filiação, tal ato seria considerado nulo a partir do momento da prova de que o filho era adulterino ou incestuoso. Tal medida foi considerada como defesa da estabilidade da proteção à família legítima.

No entanto, com o decorrer dos anos a sociedade foi mudando seus conceitos e hábitos. Foi durante esses anos que as uniões de fato cresceram, ou seja, novas espécies de família, não sendo somente as que advinham do matrimônio, como por exemplo a monoparental. A Constituição Federal de 1988 reconheceu e positivou grande parte dessas mudanças, não totalmente, pois não reconheceu outros tipos de filiações, como por exemplo, a homoafetiva que é formada por pessoas do mesmo sexo e a anaparental que é formada sem a presença dos pais, além de ter reconhecido a igualdade entre seus membros. Com o seu advento, abriu espaço para diversos princípios norteadores do Direito de Família. Foi reconhecido o afeto, a igualdade entre o homem e a mulher, tratamento igualitário entre filhos, a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança, o não retrocesso social, a pluralidade familiar, o princípio da felicidade, todos estes sendo princípios de profunda importância para a base da família atual brasileira e são alguns desses princípios que serão tratados no próximo capítulo.

3 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo princípios capazes de nortear todas as filiações presentes no nosso ordenamento jurídico, como também de nortear e abrir espaço para posicionar um novo tipo de filiação, qual seja, a filiação socioafetiva. Como embasamento para

⁹ Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, § 3^o).

¹⁰ Art. 178. Prescreve: § 3^o Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher

¹¹ § 4^o Em 3 (três) meses, I – a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo.

este tipo de filiação, temos o de mais profunda importância, o princípio da afetividade, presente de forma implícita na Constituição Federal, se apresenta com um princípio não exposto.

O princípio da afetividade é encontrado na leitura de alguns artigos da Constituição Brasileira, como por exemplo, o Artigo 1º, inciso III¹², o qual também se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana. Além deste, o princípio da afetividade é encontrado também no Artigo 3º, inciso I¹³ da CF/88, o qual aduz que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Segundo Maluf (2012, p. 18, apud, CASSETARI, 2015, p. 9) a afetividade é a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre os homens, que, mesmo sem característica sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada.

O princípio da afetividade está intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, conforme Lisboa, (LISBOA, 2002, p. 40) “As relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade”.

Também sobre este princípio aduz Gustavo Tepedino (2002, p. 27-28):

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do artigo 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, mas decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Ademais, insta somar o princípio da igualdade da filiação, o qual dá tratamento igualitário aos filhos independente de sua origem, ou seja, tanto por meio biológico, quanto por adoção,

¹² 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

¹³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

os filhos reconhecidos civilmente serão tratados da mesma forma pelo nosso sistema jurídico, de acordo com o Art. 227º, § 6º da CF¹⁴.

Por ser instituto demasiadamente importante principalmente para sociedade, a adoção, que segundo Maria Helena Diniz (DINIZ, 1996, p. 18) é “[...] o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa geralmente que lhe é estranha” passa a ser reconhecida como escolha principalmente afetiva dos pais adotantes, tendo em vista estes sentirem um vínculo afetivo com o indivíduo que será adotado, conforme artigo 227º, § 5º da Constituição Federal Brasileira¹⁵.

O reconhecimento realizado pela Constituição foi de grande nobreza, pois demonstra que a adoção não é realizada apenas pelo desejo de um casal de obter um filho, mesmo que seja desconhecido, e assim criá-lo dando amor e carinho, mas também, de quando já existe um vínculo de filiação entre um casal e um criança, e por meio da adoção este vínculo pode ser reconhecido, ademais, entende Christiano Cassetari (CASSETARI, 2014, p. 40), que não pode haver distinção entre adoção de fato e adoção de direito porque a adoção é um ato de amor e quem ama exterioriza o amor filial.

O princípio do melhor interesse da criança, encontrado nos artigos 227º, caput, da Constituição Federal¹⁶, art. 4º, caput ¹⁷e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸ é fundamental para o reconhecimento da filiação socioafetiva, pois, a partir do momento que a filiação não é reconhecida somente pelo vínculo sanguíneo e sim pelo afeto e carinho que existe entre as partes, o melhor interesse da criança é aplicado.

¹⁴ Art. 227º, § 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.

¹⁵ Art. 227º, § 5º: A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

¹⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

¹⁷ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹⁸ Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

O princípio da busca pela felicidade está atrelado diretamente com a filiação socioafetiva, tendo em vista que esse princípio está alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana e no da liberdade, que já são garantidos constitucionalmente. O princípio da felicidade foi construído no pensamento de que o Estado não pode interferir na busca pela felicidade humana em uma relação, conforme aduz o Ministro Marco Aurélio, em sede de julgamento da ADPF 132 “ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”. Logo, com o reconhecimento da filiação socioafetiva, o Estado estaria garantindo e respeitando a busca pela felicidade dos entes participantes desta relação familiar.

Por fim, nota-se que muitos são os princípios norteadores da filiação socioafetiva, pois, tendo em vista que o princípio da afetividade não está de forma expressa na Constituição Brasileira, ele tem sua essência em princípios já demonstrados na CF/1988, e assim pode ser sentido de forma as vezes sucinta, e outras vezes de forma mais abrangente, abrindo as portas para o reconhecimento do amor.

4 AFETO COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO, SOCIAL E JURÍDICO NECESSÁRIO À CONSTRUÇÃO DO VÍNCULO DA FILIAÇÃO CONTEMPORÂNEA

As relações sociais surgem diariamente entre os indivíduos através dos vínculos profissionais, de amizade, avulsa, familiares, entre outras. Neste sentido, Maria Berenice Dias (2013, p.69) salienta “a pessoa só existe enquanto coexiste”. Logo, criar vínculos com seus semelhantes sempre foi uma necessidade do ser humano, tratando-se, portanto, de um fato natural arraigado a sua própria existência.

No entanto, dentre diversos tipos de relações humanas sobressai aquelas embasadas pelo afeto, pelo carinho, respeito e amor entre pessoas quer ligadas pelo vínculo do parentesco, quer pelo da afinidade. Hodiernamente, já não há dúvidas de que o afeto sempre existiu nas relações humanas, sendo esse o elo mais antigo estabelecido entre os indivíduos, constituindo, portanto, a fase mais arcaica do ser humano. A partir do momento em que o indivíduo sai da sua existência puramente orgânica, torna-se um ser afetivo, ou seja, o afeto passa a ser um sentimento inerente à natureza humana e elemento básico para as relações mais íntimas entre os indivíduos.

Diante disso, constitui o sentimento mais elevado construído na vivência em agrupamentos sociais. A partir do instante em que o homem percebeu a necessidade da

formação de vínculos afetivos para atender não só as suas necessidades básicas de sobrevivência, satisfação sexual e procriação, mas precipuamente o seus anseios psíquicos, como a necessidade de evitar a solidão, de carinho, de lealdade, de proteção e, sobretudo a vontade de amar e ser amado modificou o sentido da família, que não mais está relacionada, somente, na união entre indivíduos do sexo oposto objetivando a perpetuação da espécie, mas também aos anseios de construir laços de respeito, amor e lealdade com outros indivíduos os quais coadunam dos mesmos interesses e projetos de vida, fazendo surgir um novo olhar sobre a sexualidade.

É relevante entender que a principal técnica de proteção social perpetuada até hoje é a família, célula social na qual traz como fundamento o amor. Neste sentido, amar não decorre, obrigatoriamente, da existência de vínculo biológico, nem muito menos da relação sexual entre os indivíduos; o afeto nasce de conceitos mais íntimos, inseridos na convivência e no sentimento de pertencer a determinado agrupamento familiar, por exemplo, quando alguém possui o sentimento de pertencer a determinada entidade familiar, independentemente de ter sido gerado por um de seus membros, onde é possível construir esperanças, valores, sentimentos, solidariedade recíproca e tudo aquilo que possa ser compreendido como a arte e a virtude de viver em comunhão em busca da felicidade.

Sucintamente, entende-se que os laços de afeto entre os indivíduos constituem uma construção cultural que preexiste ao Estado, dispondo de uma estrutura psíquica, onde cada indivíduo ocupa um lugar nessa relação, sem, necessariamente existir um vínculo biológico. O valor do afeto está cada vez mais evidente nas relações humanas, contudo, ainda, persiste entendimento divergente sobre esse aspecto.

Atualmente, o valor dado a afetividade deve ser proporcional ao valor destinado à origem biológica, assim, desmistificando a supremacia da consanguinidade, visto que as relações construídas pelo afeto foram constitucionalmente reconhecidas, evidenciando que o princípio norteador do Direito das Famílias é o princípio da afetividade.

Ressalte-se que mesmo a Constituição Federal não inserindo expressamente em seu texto a palavra afeto há o reconhecimento e inserção desse princípio no sistema jurídico. Ocorreu, portanto, o reconhecimento, fundado no afeto e na realização individual, das possíveis faces dos grupos familiares.

Assim, assevera Paulo Luiz Lôbo Netto¹⁹:

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.**

Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 03 de Novembro de 2016.

A tutela do Estado voltou-se, então, para as pessoas que integram a família construída sobre os laços do afeto e direcionada para a realização espiritual e ao desenvolvimento da personalidade de seus membros. Tem-se a chamada repersonalização ou despatrimonialização das relações familiares, entendida como a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade como função básica da família da época presente.

Outrossim, a comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, fundado no matrimônio, de família. Diante das relações familiares atuais tornou-se imprescindível a valorização jurídica do afeto como elemento formador das entidades familiares, o que torna evidente que o princípio da afetividade é o elemento norteador do Direito de Família desbiologizado, no qual está inserido a posse do estado de filho.

5 DIREITO DE FAMÍLIA DESBIOLOGIZADO: ideia base à posse do estado de filho.

A filiação é o instituto pelo qual se reconhece quem são os pais de uma determinada pessoa. É através deste reconhecimento que será possível determinar quem são seus ascendentes, familiares, assim como também as questões que versam sobre direito de herança, como também outros direitos que decorrem da filiação.

Para caracterizar a filiação não é somente necessário o vínculo biológico. Nesse sentido afirma João Baptista Vallela (VILLELA, 1980, p. 45) “a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”. Sendo assim, entende-se que o afeto está sendo colocado como fundamento principal para caracterização da entidade familiar.

Neste mesmo sentido afirma Fachin (2003, p. 25) que:

A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinhos e tratamento, quem em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o biológico, compondo a base da paternidade.

Nota-se que com as constantes mudanças na construção da filiação à luz do Direito de Família tende-se a preferir que a responsabilidade atribuída à paternidade seja aceita de forma

livre e pela própria vontade daqueles que assumiram tal responsabilidade mesmo que involuntariamente, tendo em vista que, para a criança é preferível que seus pais tenham escolhido criá-lo com afeto do que ser criado por eles apenas por terem o dever de criá-lo.

Neste mesmo sentido entende João Baptista Vallela (VILLELA, 1980, p. 46), a seguir:

(...) a lei e a justiça desrespeitam gravemente uma criança, quando lhe dão por quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição. Um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível àquele que a recuse, orgando embora de todos os méritos e virtudes, se tomar como critério o bem da criança. Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento. Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre os cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas.

A paternidade e a maternidade realmente baseadas em amor, cuidado e carinho são fundamentais para o desenvolvimento da criança, seja para um desenvolvimento psíquico quanto social, tendo em vista que a criança busca em seus pais a força necessária para vencer todas as experiências vividas por ele. Tal pensamento, encontra respaldo nas lições da doutrinadora Juliane Fernandes Queiroz (QUEIROZ, 2001, p. 128) ao defender:

A paternidade envolve a função de pai, que vai muito além do dimensionamento do vínculo biológico. O aspecto da paternidade não se limita meramente à concepção; mais importante é o acompanhamento de todo o desenvolvimento após o nascimento, tomando para si a responsabilidade na criação, manutenção e educação do filho.

Quando a criança não tem um pai ou uma mãe presente, ou até mesmo não os conhece e acaba por desenvolver uma relação de pai/mãe para filho com outro parente ou com um terceiro, ele acaba por criar laços e experiências únicas com àquela pessoa que a criou com todo amor e carinho e esteve sempre presente em sua vida. Sendo reconhecido tal sentimento e relação de paternidade/maternidade não só entre as partes que os sentem, mas também pela sociedade.

Para Rodrigo Pereira da Cunha (CUNHA, 2004) a paternidade socioafetiva está alicerçada na posse de estado de filho, que nos remete à clássica tríade *nomen, tractus e fama*. Assim, para que haja a posse de estado, neste diapasão, é necessário que o menor carregue o nome da família, seja tratado como filho e que sua condição oriunda da filiação seja reconhecida socialmente. É este tripé que garante a experiência de família e nele o pressuposto do afeto.

Afinal, quem cria um filho que não traz consigo laços biológicos pressupõe-se que o desejo permeou esta relação. E é claro que a consequência direta do desejo, neste caso, é a construção do afeto, inclusive, nossa jurisprudência²⁰ está em acordo com esse entendimento.

Sendo assim, entende-se que não basta ter uma simples relação íntima de afeto entre as partes para que se reconheça a paternidade socioafetiva, mas sim a real “posse de estado de filho”, assim poderá se caracterizar a filiação socioafetiva, como aduz o Enunciado nº 7 do IBDFAM²¹: “A posse de estado de filho pode constituir a paternidade e maternidade” como também relata o Enunciado nº 256 da IIIª Jornada de Direito Civil – “Art. 1593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Com isso, pelo reconhecimento da “posse do estado de filho” há a necessidade da segurança jurídica para os filhos e pais da relação, no que diz respeito aos seus direitos e deveres, como entende Maurício Bunazar (2011, p.72) ao afirmar que:

Assim, a partir do momento em que a sociedade passa a encarar como pais/e ou mães aqueles perante os quais se exerce a posse de estado de filho, juridiciza-se tal situação, gerando, de maneira inevitável, entre os participantes da relação filial, direitos e deveres; obrigações e pretensões, sem que haja nada que justifique a ruptura da relação filial primeva.

²⁰ **Ação declatória. Adoção informal. Pretensão ao reconhecimento. Paternidade afetiva. Posse do estado de filho. Princípio da aparência. Estado de filho afetivo. Investigação de paternidade socioafetiva. Princípios da solidariedade humana e dignidade da pessoa humana. Ativismo judicial. Juiz de família. Declaração da paternidade. Registro.** A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a “posse do estado de filho”, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o “estado de filho afetivo”, que, além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõem, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredito declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários (TJRS; **Apelação Cível 70008795775; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis; j. 23.6.2004.** [destacou-se]).

²¹ IBDFAM, Enunciado nº 7. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5194/Enunciados+do+IBDFAM>. Acesso dia 11 de Novembro de 2016.

Como dito antes, a posse de estado de filho é elemento caracterizador da filiação socioafetiva, juntamente com a manifestação expressa do pai/mãe a quem está sendo atribuída a filiação socioafetiva. A posse do estado de filho é caracterizada quando fica evidente a situação de duas pessoas que vivem numa relação de filho(a) e pai/mãe e assim são consideradas por todos.

Para Christiano Cassetari (2015, p. 36), *Nomen* é quando o indivíduo usa o nome da pessoa a que lhe atribui a paternidade, *Tractatus* é quando os pais o tratam como filho e nessa qualidade lhe tivessem dado educação, meios de subsistência, etc, e *Fama*, quando o público o tivesse sempre como tal.

Entre esses três requisitos, os mais importantes a serem considerados é o *Tractatus* e a *Fama*. Pois é através do tratamento de filho que o indivíduo tem para com o outro, que surge a fama e o conhecimento da população acerca da filiação e do vínculo afetivo entre as partes.

Jorge Fujita (FUJITA, 2009, p. 113) explica de forma clara como é caracterizada a posse de estado de filho ao dizer que:

Ela se traduz pela demonstração diuturna e contínua da convivência harmoniosa dentro da comunidade familiar, pela conduta afetiva dos pais em relação ao filho e vice-versa, pelo exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, visando ao resguardo, sustento, educação e assistência material e imaterial do filho.

Para deixar ainda mais claro, torna-se conveniente a leitura do Enunciado da V Jornada de Direito Civil, nº 519- Art. 1593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de filiação socioafetiva deve ocorrer a partir da relação entre pais(s) e filho(s), com base na posse de estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

A posse do estado de filho tem sido frequentemente mencionada nas jurisprudências dos tribunais nacionais, no que diz respeito ao reconhecimento da filiação socioafetiva, como também sendo elemento demasiadamente importante nas alegações de defesa em ações negatórias de paternidade, conforme pode-se inferir na jurisprudência do STJ²².

²² DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma

Resta claro a importância do afeto nas relações de parentesco, principalmente no que concerne a filiação, seja ela biológica ou afetiva. Os chamados filhos de criação devem ter o direito da ciência de quem são seus ascendentes e também o direito de ter uma família ambos garantidos com a devida segurança jurídica. Como também os deveres que surgem ao ser reconhecido como filho socioafetivo, os quais, entende-se, com base no Artigo 227, ²³§ 6 da Constituição Federal de 1988, que devem ser iguais aos direitos e deveres dos filhos biológicos, sem distinções.

Além disso, o ordenamento jurídico, principalmente nas jurisprudências, tem deixado claro que é permitido a multiparentalidade da filiação, que é nada mais que a cumulação das filiações, tanto a biológica quanto a socioafetiva garantidas no registro civil do respectivo filho. Sendo esta também uma forma de posse de estado de filho que visa atender aos princípios da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e do adolescente, como também o da solidariedade familiar.

O Supremo Tribunal Federal Julgou Recurso Extraordinário (RE) 898060 com repercussão geral em que reconheceu a dupla paternidade, e afirmou que a filiação biológica não sobrepõem a socioafetiva e vice versa, sendo assim, a existência da filiação socioafetiva seja por registro ou não, não exclui as responsabilidades do pai biológico frente as necessidades do filho, sejam elas a de prestar alimentos, educação, cuidados, etc., conforme aduz a tese fixada, qual seja, "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

Para Nelson Sussumo Shikicima (2014, p. 73) "a multiparentalidade é um avanço do Direito de Família, tendo em vista que efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana de todas as pessoas envolvidas, demonstrando que a afetividade é a principal razão do desenvolvimento psicológico, físico e emocional".

6 DO NECESSÁRIO RECONHECIMENTO JUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: ADOÇÃO PÓSTUMA E DE FATO POST MORTEM

inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1059214 RS 2008/0111832-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/02/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2012).

²³ Art. 227, § 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.

Um meio clássico do reconhecimento da filiação socioafetiva pós morte seria a Adoção Póstuma, que ocorre quando antes de efetivada a adoção, ou seja, antes de prolatada a sentença constitutiva, falece o adotante no curso do processo. Tal medida é aceita tanto no ECA em seu artigo 42, §5º²⁴ como no Código Civil de 2002 em seu artigo 1.628²⁵, tendo em vista o vínculo afetivo criado entre o futuro adotado e os adotantes, deixando clara a manifestação da vontade do de cujus de ter aquele indivíduo conhecido como seu filho.

Nada mais justo do que continuar e efetuar a adoção do indivíduo pelo casal, mesmo que falecido um deles, tendo em vista que já haviam dado início ao processo de adoção, não restando dúvidas da vontade do de cujus.

Na doutrina e jurisprudência vem sendo construído o entendimento de que mesmo sem ter sido iniciado o processo de adoção, não é obrigatoriamente afastada a adoção póstuma, no entanto, só é possível esse reconhecimento se existir prova inequívoca de manifestação de vontade nesse sentido.

Conforme aduz Maria Berenice Dias (DIAS, 2011, p. 484 e 485):

O deferimento da adoção depois do falecimento do adotante está condicionado à propositura da ação (CC 1.628, e ECA 42, §5º). A exigência de que o procedimento judicial de adoção já tenha sido iniciado, no entanto, vem sendo afastada pela nossa jurisprudência. Basta que seja comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante. Trata-se de um processo socioafetivo de adoção. A posse do estado de filho é mais do que uma simples manifestação escrita feita pelo de cujus, porque o seu reconhecimento não está ligado a um único ato, mas a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente serve de sustentáculo para o deferimento da adoção. A justiça apenas convalida o desejo do falecido. Dá para afirmar que se trata de verdadeira adoção nuncupativa. Opera-se simultaneamente a extinção do poder familiar existente e a constituição do vínculo de filiação civil... Não há como deixar de reconhecer que, no momento em que é admitida a possibilidade da adoção mesmo que não tenha o adotante dado início ao respectivo processo, às claras se está aceitando verdadeira investigação de paternidade afetiva. Até porque é isso que a sentença faz. Flagrada a existência da posse do estado de filho, ou melhor, a posse de estado de pai, é declarado o vínculo de filiação por adoção.

²⁴ Art. 42 – omissis. § 5º – A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

²⁵ Art. 1.628 – Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

O entendimento de Maria Berenice Dias é utilizado como alicerce para várias decisões²⁶ que dizem respeito a adoção póstuma, sendo assim, entende-se que se os adotantes tinham um filho de criação e o queriam reconhecer como seu filho por meio de processo de adoção e durante o processo um dos adotantes falece, é cabível o instituto da adoção póstuma e os efeitos da sentença retroagem a data do falecimento. Tendo o adotado, a partir deste momento, o direito a suceder na herança do falecido.

No entanto, se os pais tendo um filho de criação com a posse de estado de filho, falecerem antes de dar entrada no processo de adoção civil, no entanto, tendo efetivada a adoção de fato, este filho de criação pode requerer o reconhecimento da filiação socioafetiva com os pais falecidos também por meio do instituto da adoção, no entanto, deve ter prova inequívoca de manifestação de vontade nesse sentido dos pais falecidos, e assim este suceder na herança dos de cujus. Conforme aduz Christiano Cassetari (CASSETARI, 2014, p. 71):

Assim sendo, em veneração à retratação da verdade e do prestígio à paternidade e maternidade, bem como do vínculo afetivo formado há anos, acreditamos ser plenamente possível o reconhecimento *post mortem* da parentalidade socioafetiva, desde que, em vida, tenham existido a relação afetiva e a posse de estado de filho, senão teremos uma ação judicial com cunho meramente patrimonial, o que deve ser repudiado, segundo nosso sentir.

Porém, insta indagar, e se os pais praticassem a adoção de fato com o filho de criação e antes da morte deles não o tivessem reconhecido como filho judicialmente e nem por testamento, já aberta a sucessão, como este poderia suceder? Através da impetração de uma Ação de Reconhecimento de Paternidade Socioafetiva baseada na posse de estado de filho. Conforme nota-se expresso o seu cabimento diante das jurisprudências nacionais²⁷.

²⁶ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE. ADOÇÃO PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO ADOTANTE. Embora demonstrado o vínculo afetivo entre a de cujus e a apelante, ausente prova inequívoca e expressa da vontade da primeira de adotar a segunda, inviabilizando o deferimento do pedido de adoção póstuma. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70048561666, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 27/02/2013) Ver íntegra da ementa (TJ-RS - AC: 70048561666 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 27/02/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/03/2013)

²⁷ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. FILHA DE CRIAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PAI E MÃE REGISTRAL/BIOLÓGICO. POSSE DO ESTADO DE FILHO. EXISTÊNCIA. NATURAL

Portanto, há a possibilidade jurídica do pedido que requer o reconhecimento da filiação socioafetiva após a morte dos supostos pais socioafetivos, tendo em vista que o ordenamento jurídico não o proíbe expressamente, pelo contrário, torna-o possível pela redação do Artigo 1.593 CC, 2002.²⁸ No entanto, o ordenamento jurídico proíbe, em seu artigo 1.609 CC/02, parágrafo único²⁹ e no ECA, em seu artigo 26 parágrafo único³⁰ outro tipo de reconhecimento da filiação pós morte, que é o reconhecimento de paternidade onde o pai requer o reconhecimento do filho biológico já falecido e que não deixou descendentes, quando na verdade nunca teve o interesse de o considerar como filho em vida, restando claro o interesse meramente econômico para vir a suceder na herança deixada pelo filho.

TRATAMENTO DA AUTORA COMO FILHA. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Pretende a parte apelante a modificação da r. sentença da instância a quo para que se reforme a declaração da existência de paternidade socioafetiva entre a apelada e os falecidos genitores dos apelantes, e determinação de supressão da paternidade biológica e registral, bem como a alteração do nome da apelada para contemplar o patronímico dos pretendidos pais afetivos, com o que poderia habilitar-se como herdeira dos de cujus; 2. Diz respeito a quaestio juris aqui debatida à chamada paternidade socioafetiva, conceito relativamente recente na doutrina e jurisprudência pátrias, segundo o qual, apartando-se da filiação meramente biológica ou natural, e mesmo da filiação civil, pela adoção regular, tem-se o desenvolvimento da relação parental de filiação pelos laços afetivos que se podem estabelecer entre pessoas que, entre si e socialmente, se apresentem e se comportem como pai/mãe e filho; 3. A jurisprudência, mormente na Corte Superior de Justiça, já consagrou o entendimento quanto à plena possibilidade e validade do estabelecimento de paternidade/maternidade socioafetiva. 4. A consagração da chamada paternidade socioafetiva, na doutrina e na jurisprudência, não pode representar a transformação do afeto e do amor desinteressado em fundamento para a banalização da relação parental de filiação não-biológica, porque a efetiva existência desta, antes de tudo, há de decorrer de um ato de vontade, de uma manifesta intenção de estabelecimento da paternidade ancorada na densidade do sentimento de afeição e de amor pelo outro ente humano. 5. À semelhança do que ocorre com a adoção regular, a nosso juízo, há possibilidade de vir a ser reconhecido esse vínculo de paternidade afetiva post mortem, mas, de toda sorte, deve-se provar que, quando em vida, o pretenso pai não-biológico tivesse manifestado o inequívoco desejo de assim ser reconhecido, em aplicação analógica do disposto no art. 42, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente; 6. “A posse do estado de filho, condição que caracteriza a filiação socioafetiva, reclama, para o seu reconhecimento, de sólida comprovação que a distinga de outras situações de mero auxílio econômico, ou mesmo psicológico. Rolf Madaleno cita o nomen, a tractatio e a fama como fatores caracterizadores da posse do estado de filho” (REsp 1189663/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 15/09/2011); 7. O que se comprovou nos autos foi o laço sentimental socioafetivo entre a apelada e os de cujus de forma declarada e pública. Segundo se extrai dos depoimentos das testemunhas, a apelada era tratada publicamente como filha de casal, e os chamava de mãe e pai. É dizer que havia, quer na relação privada, quer socialmente, a caracterização de uma verdadeira relação paterno-filial; 8. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida integralmente. (TJ-DF - APC: 20150510068078, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 02/09/2015, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/09/2015 . Pág.: 103) [destacou-se].

²⁸ Artigo 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade ou outra origem”.

²⁹ Art. 1.609, **Parágrafo único, CC**. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

³⁰ Art. 26, **Parágrafo único, ECA**. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Assim também entende Rolf Madaleno (2013) ao dizer:

Certamente o reconhecimento parental post mortem não seria o registro de uma relação de afeto, mas, unicamente, uma filiação material, rejeitada expressamente na hipótese do parágrafo único, do artigo 1.609 do Código Civil ou do parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando o pai só quer reconhecer o filho morto, sem ter deixado descendentes, para ser seu herdeiro na classe dos ascendentes na ordem de vocação hereditária.

Rolf Madaleno também trata da questão do filho que possui pai registral e socioafetivo, sabendo da existência do pai biológico durante toda sua vida e só entra com uma ação de reconhecimento de paternidade após a morte do pai biológico, requerendo a desconstituição da filiação socioafetiva. Sobre isso, aduz (MADALENO, 2013):

Qual o sentido ético presente em uma investigação promovida, por vezes, décadas após o assento registral do investigante, quando nenhum contato e nenhuma aproximação exerceu durante a existência do genitor genético, com conhecimento do seu paradeiro, representando uma pessoa completamente estranha ao investigante, permitindo concluir tenha essa pesquisa dos vínculos biológicos post mortem uma instância exclusivamente econômica.

Sendo assim, torna-se imprescindível o estudo dos efeitos do reconhecimento da filiação socioafetiva no que tange ao Direito de sucessões.

7 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA *versus* DIREITO À HERANÇA

Ao ser reconhecida a filiação socioafetiva, tanto em vida quanto pós morte, restava a dúvida se esses filhos socioafetivos iriam suceder na herança dos pais socioafetivos, e se caso viessem a suceder, qual seria a forma e quais os seus direitos comparado com os dos filhos biológicos.

Com a criação da Lei nº 6.515/1977 que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, como também dá outras providências, os filhos, sejam eles de qualquer natureza, podem suceder de forma igualitária para receber a herança de seus pais, como sucessores legítimos. Nada mais justo, tendo em vista que a forma e os meios com que o indivíduo foi concebido não altera quem é o seu verdadeiro pai e óbvio que não pode ser mitigado a este buscar conhecer e ser reconhecida para todos os efeitos civis sua filiação, incluindo neste reconhecimento, claro, o direito à herança.

Com a promulgação da Constituição Federal, restou sanada qualquer dúvida que havia sobre qualquer possível diferença de tratamento de filho em relação a sua origem. Trazendo o princípio da igualdade entre filhos, presente no Artigo 227, § 6º da CF/88 que diz “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.” Nesse artigo vemos a igualdade de direitos atribuída pela Constituição Federal aos filhos biológicos, como também aos adquiridos através da adoção, ou seja, uma filiação meramente afetiva.

Nas palavras de Rolf Madaleno (2001):

Finalmente, a Carta Federal resgata a dignidade da descendência brasileira, deixando de classificar filhos pela maior ou menor pureza das relações sexuais, legais e afetivas de seus pais, quando então, os filhos eram vistos e classificados por uma escala social e jurídica direcionada a discriminar o descendente e a sua inocência, por conta dos equívocos ou pela cupidez de seus pais.

Destarte, atualmente, segundo o mandamento constitucional só há duas classes de filhos, aqueles que são filhos e aqueles que não são, não havendo mais, portanto, qualquer expressão discriminatória atrelada à filiação, tendo sido os adjetivos legítimos, legitimados, ilegítimos, incestuosos, adulterinos, naturais, espúrios e adotivos totalmente abolidos do ordenamento jurídico brasileiro (HIRONAKA, 2000).

Sendo assim, torna-se definitivo que a origem da filiação não mais importa para que os filhos reconhecidos civil ou judicialmente tenham o mesmo tratamento tanto pelo nosso ordenamento quanto pela sociedade, reconhecendo também o direito a se tornarem herdeiros necessários de seus pais.

A partir do momento que a jurisprudência pátria, tem admitido o reconhecimento da filiação socioafetiva, entende-se que esta, como qualquer outra filiação, também tem respaldo jurídico para a sucessão igualitária à filiação biológica. Não reconhecer este direito seria uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da proibição de retrocesso social, que segundo Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2002, p. 337-338):

“O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de

medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial”

Atualmente, na jurisprudência pátria ao reconhecer a filiação socioafetiva é automático o reconhecimento do direito de sucessão do filho socioafetivo. No entanto, as ações de reconhecimento de filiação socioafetiva quando são impetradas após a morte do suposto pai, onde geralmente já há o processo de inventário em andamento, o processo de inventário fica suspenso enquanto há a discussão da existência da filiação socioafetiva na via ordinária, conforme pode-se inferir da jurisprudência³¹ nacional.³²

Portanto, percebe-se que embora não haja o reconhecimento da filiação socioafetiva de forma positivada, ela vem sendo amplamente discutida e reconhecida pelos tribunais nacionais quando presentes os requisitos inerentes a esta modalidade de filiação. Tornando o vínculo dos indivíduos envolvidos na relação eternizados por meio do reconhecimento judicial e automaticamente cível do amor, carinho e cuidado paterno e filial que ambas as partes detinham uma com a outra.

CONCLUSÃO

³¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INVIABILIDADE. Em sendo controvertida a afirmação de que havia paternidade socioafetiva, a eventual pretensão de ver declarada a existência de tal relação não cabe na esfera de cognição restrita do inventário, devendo, se for do interesse das partes, ser deduzida na via ordinária. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70057493546, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014. (TJ-RS - AI: 70057493546 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 27/02/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/03/2014).

³² AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. QUESTÃO PREJUDICIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SUSPENSÃO DO INVENTÁRIO. CABIMENTO. A ação declaratória objetiva solucionar a controvérsia a respeito da paternidade socioafetiva, de modo que o resultado da demanda irá definir quem será o sucessor do inventariado, o que justifica a suspensão do processo de inventário. Agravado de instrumento desprovido. (Agravado de Instrumento Nº 70066973140, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 16/12/2015). (TJ-RS - AI: 70066973140 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 16/12/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2015)

Pode-se concluir que o afeto está recebendo, aos poucos, o devido reconhecimento a que merece, tendo em vista que restou bem analisado que o vínculo sanguíneo não é pressuposto suficiente para se sobrepor à este. O afeto, além do reconhecimento jurídico, também tem recebido muita atenção social e oferecido satisfação a diversas famílias que antes não poderiam ser consideradas assim por não ter o vínculo antes primordial, o mesmo sangue.

Foi possível conferir que para haver o reconhecimento da filiação socioafetiva é necessário comprovar a posse de estado de filho, a qual não é caracterizado apenas pela realização de boas ações oriundas de pessoas que detém carinho para com a outra, mas sim do nome, fama e tratamento de filho recebido por determinada pessoa, dando a este a completa posse de estado de filho, o chamado “filho de criação”.

No entanto, nas ações de reconhecimento de filiação socioafetiva quando os supostos pais já tiverem falecido, não é suficiente a comprovação da posse de estado de filho, mas também a manifesta vontade dos supostos pais de terem aquela pessoa reconhecida como se seu filho fosse. Estando tais requisitos demonstrados e comprovados, deve-se proceder ao reconhecimento, tendo em vista que tal situação é inerente a formação social, psíquica e sentimental da pessoa humana.

Ao ser reconhecida a filiação socioafetiva, todos os direitos e deveres apregoados a filiação biológica também são determinados aos filhos socioafetivos, tendo em vista o princípio da igualdade da filiação. Pois, o reconhecimento desta filiação não deve ser apenas buscado por meros interesses patrimoniais, mas sim no afeto, cuidado e carinho que ambas as partes envolvidas detém uma com a outra.

A filiação socioafetiva tem sido buscada não somente para o seu reconhecimento, mas também para ser alegada como matéria de defesa em ações negatória de paternidade. Quando os pais alegam não serem os pais biológicos de determinada pessoa, no entanto, somente descobriu tal fato depois de anos de criação do seu filho, que pensava ser biológico, no entanto, não era. Sendo assim, tendo em vista o psicológico da criança e também levando em consideração seus sentimentos, dentre outros fatores, é alegado e acatado o reconhecimento da filiação socioafetiva, sendo assim, não gerará a procedência da citada ação.

O reconhecimento da filiação socioafetiva pode ser feito tanto em vida como na morte, por meio da adoção civil, adoção póstuma, ação de reconhecimento de filiação socioafetiva,

entre outras que possam ser construídas no decorrer das construções doutrinárias e jurisprudenciais, tendo em vista que este tema, embora já bastante discutido, ainda é um tema atual, e não positivado.

Com a condição de filho socioafetivo em relação ao Direito de Sucessão, não resta dúvidas de que o tratamento dado ao filho biológico é o mesmo dado ao filho socioafetivo, gerando encargos, direitos e obrigações, tendo como base o princípio da igualdade na filiação. O que é completamente correto, tendo em vista que por ter o mesmo sangue que o seu pai, não significa que esta relação é mais honrosa do que àquela que não possui vínculo consanguíneo.

Insta ressaltar que ao ser reconhecido como filho socioafetivo, este tem o direito de buscar toda a sua descendência e sua origem, como também, tal reconhecimento não impede que este filho busque conhecer sua origem biológica, e, caso queira, ser também registrado como filho dos seus pais biológicos, passando a possuir dois pais e duas mães, ou um pai e duas mães, como também dois pais e uma mãe.

REFERÊNCIAS

BUNAZAR, Maurício. **Pelas portas de Villela: Em ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica**. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, ano XII, nº 59, abr./maio 2010, p. 72.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **O direito de família: descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001. p. 10.

CASSETTARI, Christiano. **MULTIPARENTALIDADE E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: Efeitos jurídicos**. 2º ed. São Paulo: Editora Atlas S.A: 2015.

COSTA, Livia Ronconi. **O que é filiação socioafetiva**. Direito das Famílias, 2011. Disponível em: <<https://dasfamilias.wordpress.com/2011/05/04/o-que-e-filiacao-socioafetiva/>> Acesso em: 01 nov. 2016.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 275.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. 7. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&arigo_id=9019>. Acesso em maio 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo código civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco**, v.18. 1. ed. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERREIRA, Antonio Oneildo. **Princípio constitucional do não retrocesso**. Disponível em:
<jota.info/principio-do-nao-retrocesso> Acesso em 03 de nov. 2016.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Felipe Dutra de. **OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**. Disponível em: <
http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/felipe_freitas.pdf> Acesso em: 02 de Novembro de 2016.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento**. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=528>>.

J. J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 337-338.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. In: **ENCONTRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM/DF: FAMÍLIA, LEI E JURISDIÇÃO**, 2, 2006, Brasília.

MADALENO, Rolf. 1954 – **Curso de direito de família**/Rolf Madaleno, - 5ª ed. Ver. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINS, Geisiane Oliveira. SALOMÃO, Rosa Maria Seba. **A família socioafetiva - As novas tendências do conceito de filiação**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10202&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em 02 de Novembro de 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 7.

PEREIRA, R. C. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/21104574/tese-drodrigodacunha/48>> Acesso em 11 de Novembro de 2016.

PINHEIRO, Raphael Fernando. **O reconhecimento jurídico do parentesco por filiação socioafetiva e seus reflexos no direito**. Revista Âmbito jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11643> Acesso em 02 nov. 2016.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Cidadania e os direitos de personalidade**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Sergipe, n. 3, 2002.

SILVA, Marcos Emanuel Andrade. **Relações socioafetivas**. DN, DireitoNet, 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5737/Relacoes-socioafetivas>> Acesso em: 01 nov. 2016.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **FAMÍLIA, AFETO E SUCESSÃO**. São Paulo, 2007. Monografia (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

SHIKICIMA, Nelson Sussumu. **Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade - Uma lacuna a ser preenchida**. Revista ESA. Formatos Familiares Contemporâneos. Inverno - 2014 - Ano V nº18.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400> Acesso em 20/05/2017.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, maio 1979.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização de paternidade. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 71, jul./set. 1980.

ZENI, Bruna Schlindwein. **A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DA FILIAÇÃO NO BRASIL**. Revistas Unijui, 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/641/363>> Acesso em 02 nov. 2016.