

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA *POST MORTEM* NO DIREITO SUCESSÓRIO

Tainã de Campos Rondon
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de
Várzea Grande- UNIVAG

Alyne Ramminger Pissanti
Especialista em Direito Público e Professora do Centro
Universitário de Várzea Grande- UNIVAG

RESUMO: Este artigo científico possui o escopo de analisar, sob a luz dos avanços legais quanto ao tema, à possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* e suas consequências no Direito Sucessório. A paternidade socioafetiva mesmo que não seja uma temática inovadora continua a ser atual e presente quando se discute a respeito do Direito das Famílias e também é objeto de estudo doutrinário visto que há diversas lacunas legais que regularizem com afinco o tema. Em decorrência dessa deficiência de dispositivos que normatizem essa modalidade de paternidade, os princípios mostram-se novamente como protagonistas quanto ao entendimento e aplicação desse instituto.

Palavras-chave: Direito das Famílias. Princípios constitucionais. Paternidade socioafetiva *post mortem*. Direito das Sucessões.

INTRODUÇÃO

O Direito das Famílias demonstra ser um instituto demasiado polêmico, eivado de tabus e discussões calorosas a respeito do que é uma família, de como é formada e qual o seu núcleo.

O Código Civil de 1916 trazia a concepção de família como uma composição de marido e mulher, devendo estes ser devidamente casados e com a expectativa de iniciar sua legítima prole. Quaisquer indivíduos que não figurassem tal formação, aqui compreendem os filhos bastardos, denominação antigamente usada para se referir aos filhos não decorrentes do matrimônio, não eram considerados membros da família e tampouco possuíam o manto das proteções civis que a lei oferecia.

Ocorre que com a progressão da sociedade, dos avanços das lutas sociais e dos Direitos Humanos, o Direito de Família sofreu mutação para sabiamente ser chamado, pela doutrinadora Maria Berenice Dias, de Direito das Famílias, pois a mesma reconhece e defende as diversas facetas e composições que uma família pode possuir, conforme explica em seu sítio na internet:

Família no plural, porque a família passou a ser um conceito plural. Não é mais constituída exclusivamente pelo casamento. Não mais serve para manter a mulher presa no recinto doméstico, para que o homem tenha certeza de que seus filhos são sangue do seu sangue. Hoje, o que identifica uma família é o

afeto, esse sentimento que enlaça corações e une vidas. A família é onde se encontra o sonho de felicidade. (DIAS, 2011.)

Porém dentre as diversas construções familiares, como por exemplo a família anaparental, homoafetiva, monoparental, há uma figura que requer destaque e protagoniza o trabalho de conclusão de curso em análise: o filho socioafetivo. Este não possui relação biológica com a figura paterna, porém cria com ela um relacionamento fomentando assim laços de afetividade que constituem a mais pura definição de parentalidade.

A doutrinadora Maria Helena Diniz colabora para com o assunto com os seguintes dizeres:

O importante, para o filho, é comunhão material e espiritual; o respeito aos seus direitos da personalidade e à sua dignidade como ser humano, o afeto; a solidariedade; e a convivência familiar, para que possa atingir seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, sua segurança emocional e sua realização pessoal. (DINIZ, 2009, p. 515)

Sendo assim, absorve-se que o Direito das Famílias dá vida ao ditado popular “pai é aquele cria”, pois aquele que figura-se, altruisticamente, como protagonista na vida de uma criança, oferecendo-a um cenário propício para seu desenvolvimento digno, alegre, sadio, prosperando assim uma reciprocidade afetiva, assume o lugar de pai, ainda que não compartilhem de nenhuma identidade genética.

1 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A paternidade não é construída apenas pelos laços consanguíneos e não se estabelece tão somente com o nascimento do filho, é imprescindível que o genitor assuma e desenvolva esse papel na vida do seu fruto.

A relação socioafetiva não possui um compartilhamento de consanguinidade, são os laços afetivos, sob a noção de posse de estado de filho, termo defendido pelo doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, que a define. É o espelho que reflete a verdade de uma relação parental onde o que se procura é além de uma descendência, é o afeto, o relacionamento entre pai e filho, o sentimento intrínseco de proteção, cuidado, carinho, amor.

Baseado nessa definição o âmbito jurídico brasileiro, sob a análise de um eventual reconhecimento de paternidade, vem admitindo-o na forma socioafetiva, garantindo aos filhos afetivos as mesmas proteções dos filhos biológicos.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin em sua obra “Da paternidade; relação biológica e afetiva” diz que:

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo

reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles que toma conta do boletim e da lição de casa. **É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos.** Outro pai, nova família. (FACHIN, 1996, p. 59, grifo nosso)

Para Caio Mário da Silva Pereira em sua obra Instituições de Direito Civil:

a sentença judicial que concretiza o reconhecimento da paternidade socioafetiva rompe com as relações de parentesco anterior, assim surge ao novo pai à aquisição de prerrogativas e contração de deveres quanto às relações paterno-filiais. Entende-se que o reconhecimento dessa paternidade enseja no regramento jurídico da paternidade biológica. (PEREIRA, 2010)

Em relação ao tema em análise, a paternidade socioafetiva atualmente não possui extensa previsão legal, contudo interessante é a análise da evolução legal dessa modalidade de paternidade produzida por Douglas de Oliveira Santos no artigo eletrônico “A Constituição Federal de 1988 e o surgimento da paternidade socioafetiva”:

Com efeito, embora ao longo do século passado já existissem vários sinais de evolução na sociedade e na legislação aplicável ao direito de família, em relação à paternidade e a filiação, o ponto culminante da evolução legislativa veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, considerada um marco do novo modelo de sociedade que surgia, totalmente contrário aos parâmetros até então regulados pelo Código Civil de 1916. (SANTOS, 2013).

O autor ainda esclareceu ser a mencionada Constituição estabelecadora de princípios e normas a serem utilizadas na aplicação da paternidade socioafetiva e ainda propiciou uma modernização na estrutura social e familiar, recebendo assim o nome de “Constituição Cidadã” por colocar em vigor uma nova base jurídica sedimentada nos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Ainda na discussão do âmbito constitucional é o artigo 227, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que determina:

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.** (grifo nosso)

Quanto ao Código Civil de 2002, este foi trabalhado com mais afinco a partir das definições trazidas pela Carta Magna, como o artigo 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conformem resulte de consanguinidade **ou outra origem.**” (grifo nosso)

O legislador cuidou de não delimitar nenhuma forma de aquisição de parentesco, cuidando de manter a lei sempre atualizada a eventuais evoluções na sociedade. Assim, o TJSC no Acórdão da Apelação Cível n. 2010.064573-3 preceitua que:

MARIA BERENICE DIAS, em Manual de Direito das Famílias, 4. Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 334, ensina: A filiação pode resultar do estado de filho e constitui modalidade de parentesco civil de “outra origem”, isto é, de origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário

à verdade biológica. 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. (CAMBORIÚ. TJSC, 2011)

Ainda que o atual Código Civil não tenha legislado especificamente a respeito da paternidade socioafetiva, não há impedimentos para seu reconhecimento, pois se aplicam princípios, interpretações jurisprudenciais, doutrinas, para impedir eventuais injustiças em decorrência das lacunas legais.

A ação não tem mais a finalidade de atribuir a paternidade ou maternidade ao genitor biológico. Este é apenas um elemento a ser levado em conta, mas deixou de ser determinante. O que se investiga é o estado de filiação que pode ou não decorrer da origem genética. (PEREIRA, 2010, p. 374)

Por fim, é imperioso destacar que ao magistrado fica o dever de analisar se a relação entre o investigante e o investigado realmente foi baseada no afeto, pois como descrito acima, a prova desta paternidade é meramente testemunhal, logo, aqui se percebe a importância da relação entre as figuras ser exteriorizada para o círculo social em que ambos vivem.

2 RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SUA POSSIBILIDADE *POST MORTEM*

É sedimentado que o filho socioafetivo pode buscar através de instrumentos judiciais o reconhecimento dessa paternidade, pois conforme já explicado, a Constituição Cidadã foi o marco responsável por concretizar tal possibilidade.

O ultrapassado Código Civil de 1916 não reconhecia essa filiação, e tampouco determinou como devesse ser provada. Contudo, a paternidade socioafetiva é baseada principalmente na posse de estado de filho, onde o pai não biológico desfruta da paternidade tal qual como para um filho biológico, não havendo qualquer tipo de discriminação no tratamento.

Sobre a temática coube a Caio Mário da Silva Pereira explicar que:

O Código de 1916 não inscreveu a posse de estado de filho como autorizativo do reconhecimento compulsório. Não o fez porque a sua apuração é efetuada por via de prova testemunhal. (PEREIRA, 2010, p. 376)

O reconhecimento da paternidade socioafetiva é efetuado por via de prova testemunhal, pois não haveria como abranger outro tipo de prova, como por exemplo, o exame de DNA, em decorrência da não compatibilidade sanguínea.

A afetividade não decorre do compartilhamento genético, ela decorre da vontade das partes em manter uma relação fundada no amor, carinho, afeto. Esse relacionamento,

entretanto, não é passível de comprovação através de exames, perícias, mas sim na publicidade em que pai e filho condicionam essa paternidade.

O doutrinador Caio Mario em sua obra Instituições de direito civil cita os dizeres de Carbonnier:

Os escritores, para fixação de critério determinativo, costumam dizer que a posse de estado de filho compreende o nome paterno (nomen), o tratamento (tractus) e o conceito (fama) Vale dizer: se o investigador traz e usa nome do investigado; dele recebe tratamento como filho, no meio doméstico e familiar; e se goza no meio social do conceito de filho seu, e tudo indício muito forte da existência da relação biológica da paternidade. (CARBONNIER apud PEREIRA, 2010, p. 376.)

Assim, a Doutrina desenvolveu grande papel na construção de um entendimento que aceitasse a prova testemunhal para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, a exemplo do julgado:

Investigação de paternidade. Prova hematológica. Paternidade biológica reconhecida por exame de DNA. Criança, todavia, registrada anteriormente pelo companheiro de sua mãe. Paternidade socioafetiva ou adoção à brasileira configurada. Prevalcimento desta última pois a filha está perfeitamente integrada na família formada pela genitora biológica e o pai socioafetivo. Inconveniência para a criança, em prol de que existem normas de proteção de seu desenvolvimento socioafetivo, de se alterar a situação já existente e consolidado. Restrição da sentença aos efeitos meramente declaratórios, sem alterar o registro de nascimento da filha, com a observância do procedimento determinado pelo art. 47, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso provido em parte para esse fim. (TJSP, Apelação 369958-4/8-00, Novo Horizonte, 9ª. Câmara de Direito Privado, 31.01.2006, Rel. Des. João Carlos Garcia, v.u., Voto 9.975 in TARTUCE, 2010, p.341.)

Quanto ao reconhecimento *post mortem*, este é analisado sob a mesma lei civil que protege o Direito das Famílias, destacando-se apenas o momento do reconhecimento, visto que este é declarado após a morte do pai.

A possibilidade do reconhecimento após o óbito deve ser embasada pelos princípios constitucionais, afinal houve omissão do legislador quanto ao assunto, e assim a aplicação principiológica supre as lacunas legais, não devendo estas ser justificativa para o não reconhecimento desta paternidade.

O principal princípio a ser considerado deve ser o da Dignidade da Pessoa Humana constante no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior que tem por status de princípio norteador dos demais princípios constitucionais, consoante com os dizeres de Flávio Tartuce:

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Por certo que é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações. (TARTUCE, 2010, p.30)

É de suma importância mencionar que o reconhecimento socioafetivo da paternidade não visa retirar do registro de nascimento a paternidade já reconhecida e sim atribuir uma

parentalidade ao filho que ainda não a possui, sendo assim, é incompatível que haja a negatória da paternidade socioafetiva quando já determinada judicialmente, contudo, o filho quando atinge a maioridade possui a prerrogativa de buscar o reconhecimento da paternidade de seu pai biológico.

3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA *POST MORTEM* NO DIREITO SUCESSÓRIO

Com a incidência do reconhecimento da paternidade, e ainda podendo ele ser posterior ao falecimento do pai socioafetivo, surgiram várias divergências acerca da relação entre o filho não biológico e a sucessão do *de cuius*.

O Direito das Famílias atua como agente responsável por manter a legalidade consoante com a realidade social para abranger os possíveis avanços que a sociedade possa tomar, assim, não haveria outra possibilidade se não a de tratar a paternidade socioafetiva como a paternidade biológica para todos os efeitos, inclusive os sucessórios.

O disposto no artigo 227, §6º, da CRFB/88, conforme já exposto, revela-se amplo, abrangendo todas e quaisquer relações parentais, impedindo que haja fundamento que obste a consideração do filho socioafetivo como um herdeiro legítimo; o Código Civil deve, portanto, exercer tratamento igualitário entre os filhos, sejam eles biológicos, adotivos, etc.

O princípio da igualdade tem o papel fundamental de trazer mais respaldo para posicionamento majoritário de que não há óbice para o filho socioafetivo participar da sucessão do pai.

Maria Helena Diniz esclarece que:

O reconhecimento da paternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes. O vínculo de filiação socioafetiva que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se menor, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; Se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana que não admite um parentesco restrito ou de “segunda classe”. O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos. (DINIZ, 2011, p. 374, grifo nosso)

Tal reconhecimento por meio da via judicial acarreta em uma série de aquisições de deveres pelo pai. Esses efeitos jurídicos da paternidade socioafetiva se assemelham aos da adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 39, parágrafo 2º determina que:

é recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotando, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária

O reconhecimento da paternidade socioafetiva é tratado de maneira idêntica ao reconhecimento da paternidade biológica. O conjunto de normas jurídicas brasileiras que

regem os Direitos Sucessórios também serão aplicados ao filho decorrente do estado de posse. Cabe acrescentar que as regras são aplicadas não somente entre pai e filho como também às outras figuras que o artigo 39,§2º, do ECA se refere.

A Constituição Federal cuidou de ensinar que o princípio da igualdade tem o escopo de coibir a discriminação relativa à filiação, independente de qual seja. Maria Helena Diniz leciona com as seguintes palavras:

A única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderá falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não-matrimonial, reconhecido e não reconhecido (DINIZ, 2004, p. 21)

Por último, importante esclarecer que, partindo do entendimento que é o afeto o fator determinante para a relação socioafetiva e conseqüentemente o seu reconhecimento e sua inclusão na sucessão do pai, têm-se que seria incoerente possibilitar ao filho, que não mantém nenhuma relação afetiva com seu genitor biológico, ser inserido em sua sucessão patrimonial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento da Constituição Cidadã, assim como é conhecida a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe consigo diversos avanços sociais e demais reconhecimentos de direitos anteriormente mitigados.

A Carta Magna tratou de dar fim ao tratamento desigual e discriminatório entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, assim como também com os não biológicos. Os filhos passaram a ser tratados de forma igual, refletindo mudanças no Direito Sucessório.

A paternidade socioafetiva ganhou berço nas discussões a respeito do Direito das Famílias, sendo considerada um novo tipo de família. Assim desconstituiu a verdade biológica, pois o afeto foi reconhecido como prevalente nas relações familiares.

Contudo, há pouca previsão legal a respeito do assunto, cuidando então a Doutrina e os Princípios Constitucionais de preencherem essa lacuna no que fosse possível ser aplicável.

Conforme já explicado e consolidado através de jurisprudências, a paternidade socioafetiva é plenamente possível quando configurado o caso, esta deve ser provada através de via testemunhal, sendo assim, a relação entre o pai e filho deve ser pública e constituir afeto, carinho, amor e não apenas um relacionamento decorrente do cotidiano caseiro.

A paternidade socioafetiva *post mortem* também é aceita no ordenamento jurídico, desde que atendendo os mesmo requisitos acima citados. Em decorrência do reconhecimento dessa paternidade o filho socioafetivo será tratado como um filho biológico, em todas as

esferas, inclusive na sucessória, conforme a determinação do princípio da igualdade entre os filhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v.5: direito de família / Flávio Tartuce, José Fernando Simão. – 4. Ed. – Rio de Janeiro; Forense: São Paulo: MÉTODO, 2010.

BRASIL LEI N. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Lex*: Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre o direito das famílias, 2011. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/obras-conversando-sobre-o-direito-das-familias.cont>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol. 5 – Direito de Família – São Paulo: Saraiva, 24ª. Ed. 2009.

_____._____, São Paulo: Saraiva, 26ª. Ed. 2011.

_____._____, São Paulo: Saraiva, 19ª. Ed. 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Douglas de Oliveira. Paternidade socioafetiva na Constituição de 1988. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n.3532, 3 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23844>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

TJSC – Apelação Cível n. 2010.064573-3, de Camboriú. Relator: Des. NELSON SCHAEFER MARTINS, Data da Decisão: 21.06.2011. Disponível em: <<http://www.juridicohightech.com.br/2011/07/tjsc-relacoes-de-parentesco-art-1593-do.html>>. Acesso em: 30 out. 2015.

VADE MECUM. Legislação selecionada para OAB e concursos/ coordenação Darlan Barroso, Marco Antonio de Araújo Junior. – 7. ed. rev., ampl. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.