

Dupla parentalidade e direito sucessório: a orientação dos Tribunais Superiores brasileiros

Débora GOZZO*

RESUMO: O presente artigo trata do tema da dupla parentalidade, que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, especialmente no que diz respeito ao direito sucessório dos envolvidos, seguindo entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça, de que isto seria possível. O ponto central da discussão tem a ver com o modo pelo qual os envolvidos terão garantidos o direito de herança, tendo em vista a lacuna legal.

PALAVRAS-CHAVE: Multiparentalidade; reconhecimento jurídico da multiparentalidade; direitos sucessórios.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A repersonalização no direito civil brasileiro; – 3. Direito de filiação no Código Civil brasileiro; – 4. Notas sobre a dupla parentalidade; – 5. O reconhecimento da dupla parentalidade “simultânea” pelo Supremo Tribunal Federal; – 6. O reconhecimento da dupla parentalidade “sucessiva” pelo Superior Tribunal de Justiça; – 7. Do direito sucessório no caso de dupla paternidade *de lege data*; – 8. Conclusão; – Referências.

TITLE: *Multiple Parenthood and Succession Law: the Perspective of the Brazilian Superior Courts*

ABSTRACT: *This article deals with the matter of the multiparenting, which was recognized by the Federal Supreme Court (STF) in 2016, particularly regarding the inheritance rights of the involved, according to a prior decision of the Superior Court (STJ), that this might be possible. The central point of the discussion has to do with the way the persons concerned may be granted their heredity rights, keeping in mind the existing legal gap.*

KEYWORDS: *Multiparenting; legal acknowledgment of multiparenting; succession law.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The “repersonalização” in the Brazilian Civil Law; – 3. Parentage law in the Brazilian Civil Code; – 4. Notes on multiparenting; – 5. The acknowledgment of “simultaneous” multiparenting by the Brazilian Supreme Court; – 6. The acknowledgment of successive multiparenting by the Superior Court of Justice; – 7. Succession law and multiparenting de lege data; – 8. Conclusions; – References.*

* Pós-doutora pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Ex-bolsista da Alexander von Humboldt-Stiftung. Professora Titular de Direito Civil da Universidade São Judas Tadeu. Ex-Professora Titular do Mestrado em Direito do Centro Universitário Fieo. *Fellow* do Käthe Hamburger Kolleg (Center for Advanced Studies in the Humanities), da Universidade de Bonn/Alemanha. *Ex-visiting scholar* do Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften - Universidade de Bonn/Alemanha, e da Bucerius Law School, Hamburgo/Alemanha.

1. Introdução

Duas áreas há, no âmbito do Direito Civil, que se entrelaçam, talvez mais do que qualquer outra. São elas o Direito de Família e o das Sucessões. Aquele disciplina, entre outras relações, as de parentesco. Por meio deste, estabelecem-se não só as linhas e graus de parentesco, mas suas espécies, isto é, se são parentes consanguíneos, em razão de um vínculo civil, resultante de adoção ou, por afinidade, no caso daquelas pessoas que se tornam parentes dos parentes de um cônjuge ou companheiro, por causa do casamento ou da união estável que mantêm. Sendo assim, este, ou seja, o Direito das Sucessões, se aproveita dessas relações de parentesco, para estabelecer quem terá direito a suceder a pessoa, em sua esfera jurídica patrimonial, por ocasião de seu falecimento. Assim é que a lei civil regulamenta não só os parentes que serão herdeiros dessa pessoa, mas, igualmente, a ordem em que elas serão chamadas a substituí-la, bem como se elas terão ou não, na qualidade de sucessores, direito a uma parte ideal dos bens deixados pelo morto (legítima), em razão do grau de parentesco com este.

Estas pessoas recebem a denominação de herdeiras necessárias ou reservatárias, não podendo ser excluídas da sucessão, exceto se houver motivos para serem tornadas indignas ou deserdadas.

Observa-se, pelo breve relato acima, que os parentes são pessoas que mantêm uma relação de parentesco entre si, posto estar estabelecido em lei. No entanto, há pessoas que, a despeito disso, acabam entrando para a família por conta dos laços de afetividade que desenvolvem com os integrantes desta. Não é incomum, portanto, que uma pessoa seja tida como filha de outra, porque esta a sustenta, guarda e educa, deveres que estão no rol daqueles estabelecidos para quem é sujeito do poder familiar.

Ao longo do tempo, elas também foram conseguindo um reconhecimento jurídico dessa relação, visto em muitos casos terem sido registradas por seus pais socioafetivos. Foi assim que o Código Civil de 2002 introduziu no rol de parentes, aqueles chamados “de outra origem”, previstos na parte final de seu art. 1.953. E esta relação começou a mostrar-se mais importante do que só aquela criada por laços biológicos. A partir daí, fez-se imprescindível uma tomada de posição por parte do ordenamento jurídico, em especial dos Tribunais, para garantia dos direitos dessas pessoas. Não tardou muito para que o Judiciário brasileiro começasse a preservar os vínculos decorrentes das relações socioafetivas, sobrepondo estas aos laços biológicos entre os parentes.

A grande questão que se apresentava, então, era a de se saber se um filho socioafetivo, poderia investigar sua paternidade biológica, tendo em vista seu direito a conhecer sua origem, desconstituindo, desse modo, aquela relação que havia sido desenvolvida ao longo de anos, com aquele que o criou; ou se esta relação, a do afeto, deveria ser mantida, preservando-se os vínculos social e afetivo que um dia teria havido entre elas. Neste conflito, os tribunais acabaram dando maior importância aos laços socioafetivos, sendo mais consentâneos com a realidade dos fatos.

Quando esta discussão chega ao campo do Direito Sucessório, contudo, a situação mudou, pois o filho poderia querer investigar sua paternidade biológica, para fins de recebimento de herança. Foi nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2016, em decisão inédita, aceitou a tese da dupla paternidade, garantindo ao filho não só o exercício dos direitos pessoais daí decorrentes, mas também todos os efeitos de cunho patrimonial resultantes da relação de parentesco existente entre pais e filhos. A decisão abraçou, pois, neste aspecto, tanto o direito aos alimentos, como o direito sucessório. Aqui, no entanto, como a lei é de ordem cogente, e já especifica como será feita a divisão de bens entre os herdeiros, restou a dúvida sobre como será feita a partilha.

Mas, além dessa decisão, o Superior Tribunal de Justiça, em março de 2017, entendeu ser possível a uma pessoa investigar sua paternidade biológica, apesar de ter mantido ao longo de sua vida laços socioafetivos com seus pais adotivos, e ter o direito de receber a herança de seu pai biológico. Esta pessoa, pois, pôde exercer dois direitos de herança.

O ponto de partida deste artigo, portanto, está aqui exposto. O objetivo é chegar a uma conclusão sobre a melhor forma de fazer a partilha de bens, quando se tem a dupla paternidade, seja em relação ao filho, seja em relação aos pais. Para isso, dever-se-á passar pela repersonalização do ordenamento, uma explicação sobre o que se deve entender pelo parentesco socioafetivo, bem como a dupla paternidade, para chegar-se ao tema proposto.

2. A repersonalização no direito civil brasileiro

Em 5 de outubro de 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição, depois de pouco mais de duas décadas de ditadura militar no país, o legislador constituinte brasileiro adota, pela primeira vez, o princípio da dignidade humana, como um dos

pilares da República. A partir daí, o caminho para a repersonalização do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente do Direito Civil, começava a ser pavimentado. Nesse sentido é que a Lei Maior disciplinou, entre os direitos que considera como fundamentais, sobre a igualdade entre o homem e a mulher, não só na sociedade como um todo (CR, art. 5º, I), mas também no que concerne aos direitos e deveres dos cônjuges dentro do matrimônio (CR, art. 226, § 5º), o que foi estendido para a união estável em razão do princípio da igualdade. Restou estabelecido, ainda, entre outros desses direitos, tanto o da *propriedade*, que deve cumprir sua *função social*¹, bem como do *direito de herança*, que é uma das formas de transmissão do domínio, que foram incluídos no rol dos direitos fundamentais (CR, art. 5º, XXII, XXIII e XXX, respectivamente).

Ademais, foi finalmente regulamentada a igualdade entre todos os filhos, sejam eles frutos de relações matrimoniais, não matrimoniais ou da adoção (CR, art. 227, § 6º), até mesmo no âmbito do direito sucessório, o que representou uma enorme e importante mudança de paradigma quanto aos direitos da prole. Por fim, mencione-se que no art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição, a união estável e a família monoparental foram elevadas ao patamar de entidades familiares, merecedoras da proteção do Estado²

Todas essas mudanças introduzidas no ordenamento jurídico pelo texto constitucional, como não poderia deixar de ser, refletiram no desenvolvimento da família e, conseqüentemente, no direito de herança de seus integrantes. Aliás, como assevera Paulo Lôbo, a “família é o espaço por excelência da repersonalização do direito”,³ como se pode constatar.

Iniciava-se uma nova era no direito brasileiro, em que se buscava acabar com o ranço do individualismo, do patriarcalismo e do patrimonialismo que até então imperava. No

¹ Neste sentido, vale reproduzir as palavras de Ricardo Lucas Calderón sobre o tema da repersonalização e da função social, no campo do direito civil: “Percebe-se assim um novo direito civil, que passa a adotar técnicas na defesa efetiva da pessoa humana. Adota-se a *funcionalização* dos institutos privados clássicos, de modo a lhes conferir maior limitação, responsabilidade e adequação ao projeto social daquela coletividade. Essa atenção primordial para outros valores além do patrimônio permite que se perceba uma flagrante *despatrimonialização* do direito civil. Comparada à época que reinava a dicotomia clássica, é possível perceber, ainda, uma certa publicização do direito privado” (Grifos do Original) (CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 178).

² A partir da introdução dos dois parágrafos mencionados do art. 226 da Constituição, alguns autores interpretaram o texto constitucional como sendo meramente exemplificativo, exegese que está ganhando espaço, permitindo-se, pois, toda e qualquer forma de vida em comum como família. Neste sentido: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2015, p. 131; LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83; FARIAS, Cristiano Chaves de Faria; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Famílias*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, vol. 6, p. 59.

³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

entanto, a lei civil em vigor ainda era a mesma do começo do século XX, isto é, de 1916, que representava esses valores, que eram os da época em que ela havia sido moldada.⁴ Foi só com a entrada em vigor do Código Civil vigente, em 10 de janeiro de 2003, que se pôde considerar a lei civil segundo os preceitos trazidos pela Constituição de 1988.

Desse modo, o atual estatuto civil criou seus pilares em princípios que atuam em total conformidade com os estabelecidos pela Constituição: *eticidade* e *socialidade*.⁵ Nas palavras de Miguel Reale, esses princípios “presidiram a leitura do novo Código Civil, a começar pelo reconhecimento da necessária indenização de danos puramente morais, e pela exigência de probidade e boa-fé tanto na conclusão dos negócios jurídicos como na sua execução”.⁶ E continua o autor do Código Civil de 2002: “Estabelecidos esses princípios, não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence. Não há, em suma, direitos individuais absolutos, uma vez que o direito de um acaba onde o de outrem começa”.⁷

Transpondo esses dois princípios para o campo do direito de filiação na lei civil em vigor, constata-se que o legislador, de fato, trouxe para o seu âmbito tanto a ética quanto a socialidade, a partir do momento em que passou a tratar os filhos, tenham eles a origem que tiverem – casamento ou qualquer outro tipo de relação, inclusive aquelas não decorrentes de laços consanguíneos -, igualmente. Não foi à toa que no art. 1.593, que será analisado no item 3, infra, consta da lei o chamado parentesco de “outra espécie”, que está ligado diretamente ao tema da adoção, mas não só. Aqui também se insere o parentesco decorrente da sociafetividade (reprodução humana heteróloga,

⁴ Sobre a estrutura do Brasil na época de elaboração do Código Civil de 1916, v. especialmente: GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 24-31.

⁵ Acrescente-se a estes dois princípios, o da *operabilidade*, que por meio de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitiu o legislador um campo maior de atuação da lei e de sua vigência, tendo em vista “estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito” (REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 40).

⁶ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 207. Sobre esses princípios v. ainda: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61-72. Quanto ao princípio da eticidade, aliás, cita-se aqui a lição de Judith Martins-Costa: “(...) se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então, o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade” (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: Em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132).

⁷ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 207.

adoção “à brasileira”, adoção póstuma, e a posse do estado de filho). Além disso, no art. 1.591 foi praticamente reproduzido o art. 227, § 6º, da Constituição, que prevê a igualdade entre todos os filhos. Com isso este princípio foi reforçado pelo legislador civil.

O Código Civil brasileiro, vigente desde janeiro de 2003, portanto, em especial no que diz respeito ao direito de filiação, acatou plenamente o sentido da repersonalização do ordenamento. Isto, pelo menos, no que se pode falar sobre *law on the books*, uma vez que a jurisprudência – *law in action* –, em muitos casos, tende a garantir direitos que têm como pano-de-fundo interesses meramente patrimoniais. Este parece ter na pretensão da dupla parentalidade, em especial quando se busca a investigação da paternidade/maternidade post mortem, com o fito único e exclusivo de receber a herança por eles deixada.⁸

3. Direito de filiação no Código Civil brasileiro

Nos artigos 1.591 e s. do Código Civil, o legislador cuidou das relações de parentesco, prevendo que o parentesco pode ser consanguíneo/natural, ou civil, leia-se, o decorrente da adoção⁹, ou de “outra origem”¹⁰. Este seria o decorrente da reprodução humana heteróloga, previsto no art. 1.597, V da lei civil vigente, além daquela decorrente da adoção póstuma ou da chamada *posse de estado de filho*.¹¹

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988, o parentesco consanguíneo, máxime o decorrente do casamento, era o que mais interessava ao ordenamento. Afinal, o filho merecedor do adjetivo “legítimo”, nascido de justas núpcias, ao lado daquele que fosse “legitimado pelo subsequente casamento dos pais”¹², eram os mais protegidos pelo

⁸ Este aspecto será analisado nos itens 5 e 6, *infra*.

⁹ Com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 41), a adoção passou a integrar o adotado à família do adotante, rompendo-se todos os laços com sua família de origem, excetuando-se para fins de impedimento matrimonial.

¹⁰ GOZZO, Débora. La filiación en Brasil y el hijo de otro “origen”: su protección legal. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 51-54.

¹¹ Neste sentido, aliás, o Enunciado n. 193, das Jornadas de Direito Civil, realizadas nos dias 12-13 de setembro de 2002: “Art. 1593: O CC 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 contribuiu com seu material fecundante, quer da maternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”. V. ainda, na doutrina, entre outros: GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*: novas uniões depois da separação. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 121 e s.

¹² Estabelecia o art. 352 do Código Civil revogado: “Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos”.

ordenamento, em detrimento dos filhos “ilegítimos”,¹³ isto é, nascidos fora de relações matrimoniais. Os filhos adotivos também se encontravam totalmente garantidos. Excetuando-se para fins de impedimentos matrimoniais, os laços com a família de origem não eram cortados.¹⁴ Aqui a diferença se dava no campo do direito sucessório, se o adotante viesse a ter filhos legítimos depois de sua adoção. Isto porque, nesta hipótese, o adotado receberia só a metade do que o filho biológico do adotante herdaria (CC/16, art. 1.605, § 2º). Com a Constituição de 1988, contudo, todos os filhos, tenham a origem que tiverem, passam a ter direitos iguais.

Em relação aos filhos matrimoniais, incide a presunção “pater is est”, dos romanos. Assim, de acordo com o art. 1.597 do Código Civil, são considerados presumidamente filhos do marido¹⁵ os que nascerem pelo menos cento e oitenta (180) dias depois do início da convivência entre os cônjuges, ou dentro do lapso temporal de trezentos (300) dias depois do término da sociedade conjugal.

Além das duas hipóteses elencadas acima, o citado dispositivo legal traz para o bojo da lei, três casos de reprodução humana. Desse modo, serão filhos presumidamente do marido: a) aqueles nascidos de reprodução humana homóloga – material genético dos cônjuges –, ainda que falecido o marido;¹⁶ b) aqueles que nascerem fruto de embriões excedentários, mesmo já estando morto o marido, desde que tenham sido usados os gametas do casal; e, c) aqueles que nascerem de reprodução humana heteróloga, isto é, com o sêmen de doador, desde que o marido tenha autorizado a utilização dessa técnica. Caso contrário, ter-se-á a hipótese de adultério casto, o que poderá resultar não só na contestação da paternidade por iniciativa do marido, bem como de pedido por

¹³ O projeto original de Código Civil, elaborado em 1899, por Clovis Bevilacqua, não previa as discriminações em relação a categoria dos filhos adulterinos e espúrios – ilegítimos –, que foram introduzidas na lei, por influência de Andrade Filgueira e outros, como ele relatou. São suas palavras: “Mas a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos, que em nada concorreram para ela. A indignidade está no fato do incesto e do adultério, e a lei procede como se ela estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas” (BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*: Comentado por Clovis Bevilacqua. 9ª ed. atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1952, vol. II, obs. 1 ao art. 358 do Código Civil, p. 329). No campo do direito sucessório, v. o art. 1.605 do Código Civil de 1916. Inicialmente só não eram titulares de direitos sucessórios os filhos adulterinos e incestuosos. Os legitimados pelo casamento de seus pais e os naturais reconhecidos poderiam receber a herança em igualdade de condições com os legítimos. No entanto, havendo filho legítimo ou legitimado, o natural reconhecido só teria direito à metade do que coubesse aos outros. Isto foi assim até 1942, quando os adulterinos puderam ser reconhecidos em alguns casos. A situação, porém, só foi alterada com a entrada em vigor da Constituição de 1988 que reconheceu a igualdade de todos os filhos em todas as áreas do ordenamento (CR, art. 227, § 6º), como já mencionado neste trabalho. V. BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*: Comentado por Clovis Bevilacqua. 9ª ed. atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, vol. VI, obs. 5 ao art. 1.605 do Código Civil.

¹⁴ Isto será objeto de análise no item 7, *infra*.

¹⁵ Esta presunção é relativa e poderá ser atacada pela ação de contestação de paternidade, a qualquer tempo, conforme disposto no art. 1.601 do CC.

¹⁶ Sobre este tema: La filiación en Brasil y el hijo de otro “origen”: su protección legal, *in*: *Revista de Derecho de familia y de las personas*. Buenos Aires: La Ley/Thomson Reuters, 2014, vol. 3, pp. 51-54.

danos morais, também de sua parte. Fato é que, ao ter introduzido esta possibilidade na lei, o legislador aceitou que o marido registrasse como seu, filho que não o é, crime previsto no art. 242 do Código Penal. O importante, aqui, é ressaltar que na hipótese de emprego de material genético estranho ao casal (óvulo, sêmen ou até mesmo embrião doados), se eles estiverem de acordo, o filho será considerado filho do casal, devendo ser registrado em nome de ambos (Provimento n. 52/2016 do CNJ¹⁷), estabelecendo-se não só uma paternidade registral, mas socioafetiva.

Além do parentesco derivado de laços consanguíneos, como já afirmado no início deste item, há a adoção de menores, que não mais se encontra regulamentada na lei civil, mas nos arts. 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Por esta lei, o adotado passou a integrar definitivamente a família do adotante, desligando-o da família de origem, exceto para fins de impedimentos matrimoniais (Lei n. 8.069/90, art. 41). Reconhece-se, desde 2009, contudo, o direito dele de saber sua origem biológica (Lei n. 8.069, art. 48), sem que isto signifique eventual rompimento com seus pais adotivos.

Os filhos adotivos, pela redação do art. 1.593 do Código Civil, portanto, são considerados filhos socioafetivos, uma vez que eles não estão ligados ao adotante ou adotantes por laços de sangue, mas sim pelo *afeto* que os une. Em relação a eles não há dúvida de que eles têm os mesmos direitos que os filhos biológicos, nascidos ou não de uma relação matrimonial, com ou sem a ajuda da medicina.

Mencionou-se, acima, sobre a chamada adoção “à brasileira”. Esta consiste em registrar como seu, filho que não o é. Trata-se do “crime de parto suposto”, previsto no Código Penal, art. 242. Apesar da pessoa poder ser condenada pela prática do ilícito, o juiz poderá deixar de aplicar-lhe a pena, tendo em conta a nobreza de seu ato. Esta forma de “adoção”, também designada pela expressão “adoção simulada”, é bastante corrente no país. O parentesco que se desenvolve entre “adotante” e “adotado”, neste caso, decorre da socioafetividade, além do registro.

Dentro do âmbito da adoção, deve-se mencionar, ainda, a *adoção póstuma*. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu art. 42, § 6º: “A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do

¹⁷ Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Mzc4NzE>>. Acesso em: 22 Abr. 2017. Sobre o Provimento v.: GOZZO, Débora. Provimento n. 52/2016 da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o Registro de Nascimento e Emissão da Respectiva Certidão dos Filhos havidos por Reprodução Humana. Parecer. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre: Magister/IASP, vol. 13, 2016, p. 101-106.

procedimento, antes de prolatada a sentença”. Complementa este dispositivo legal o § 7º, do art. 47: “A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa a data do óbito”. Assim é que, ainda que o adotante venha a falecer durante o processo de adoção, se ele já tiver manifestado sua vontade, inequívoca pela adoção, os efeitos da sentença retroagirão à data de seu falecimento. Deste modo, garante-se ao adotado os direitos sucessórios em relação ao adotante. A adoção póstuma mencionada no Estatuto da Criança e do Adolescente, porém, obedece os critérios legais e, a pessoa assim adotada, é considerada filha em todos os sentidos, ou seja: pessoais e patrimoniais, até mesmo sucessórios. Não é a que está sendo considerada pela jurisprudência pátria, nova figura que adentra o ordenamento jurídico pela porta da afetividade. Em outras palavras, se a pessoa tiver sido criada por outra, como se sua filha fosse, desenvolvendo-se entre elas laços de afetividade, estes poderão resultar na comprovação da chamada posse do estado de filho, e os Tribunais tenderão a conceder a adoção póstuma.

Outra hipótese de parentesco socioafetivo surge com a chamada família reconstituída. Afinal, quando uma pessoa que já tem filhos se une a outra, seja por meio do casamento ou não, este filho será considerado enteado do seu novo cônjuge ou companheiro, que receberá a denominação de padrasto ou de madrasta. Até o momento esta relação não tem conferido às partes, qualquer espécie de direitos ou deveres. A única previsão legal encontra-se no art. 1.595 da lei civil, que dispõe estabelecer-se aqui o parentesco por afinidade. Consequentemente, como esse parentesco é na linha reta, o casamento entre eles está impedido (CC, art. 1.521, II). Esta é a única consequência, até o momento, prevista no ordenamento, além da possibilidade de o enteado crescer ao seu o sobrenome do padrasto ou madrasta. Não há direitos patrimoniais, portanto, envolvidos nessas relações de parentesco por afinidade.

Prevê o Código Civil, ademais, a possibilidade de a pessoa provar a chamada “posse do estado de filho”. Apresenta-se aqui situação em que a pessoa não tem como provar que é filha de determinadas pessoas, pois lhe falta o registro de nascimento e quaisquer outras provas que pudessem demonstrar seu vínculo de parentesco com pai e mãe. Neste caso, a relação entre eles baseia-se precipuamente na afetividade, como menciona Maria Berenice Dias:

Infelizmente, o sistema jurídico não contempla, de modo expresso, a noção de posse de estado de filho, expressão forte e real do nascimento psicológico, a caracterizar a **filiação afetiva**. A noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação. A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços e afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. A afeição tem valor jurídico. Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater is est*. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto. (Grifos do original)¹⁸

O filho, pois, que se encontrar nessa situação poderá ir à Juízo, a fim de requerer seja-lhe reconhecido o direito de filiação com base na comprovação do “nomen”, do “tractatus” e da “fama”. Quanto ao nome ele deverá provar que tem o sobrenome de seu suposto pai; quanto ao tratamento, que eles se tratavam como pai e filho; por fim, quanto à fama, que ele era considerado como filho perante a sociedade.¹⁹

Em todos os casos de socioafetividade acima elencados há, em geral, um registro de nascimento envolvido. Se não for este o caso, como ocorre na adoção póstuma, o interessado em provar seu estado de filho, terá de promover ação de posse do estado de filho, para ter reconhecida a paternidade/maternidade. Este, ademais, o entendimento do Enunciado nº 519 da V Jornada de Direito Civil (CEJ do CJF), também sobre o art. 1.593 do Código Civil: “Art. 1.593: o reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s),

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2015, p. 405.

¹⁹ O fundamento legal para este pedido encontra-se no art. 1.605 do Código Civil: “Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.” Regina Beatriz Tavares da Silva anota que este dispositivo receberá nova redação, se o Projeto de Lei n. 699/2011, que busca alterar o Código Civil em vigor, for aprovado. Neste caso, o art. 1.605 passará a ter a seguinte redação: “Na falta, defeito, erro ou falsidade do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito”. Isto porque, como ela mesma explica, o dispositivo atual “está em desacordo com o princípio da verdade real nas relações de filiação, pois o reconhecimento forçado da paternidade ou da maternidade, ainda com o advento do exame de DNA, independe de ‘começo de prova por escrito’, ou de ‘veementes presunções resultantes de fatos já certos’, devendo ser eliminados os incisos, deixando-se somente o seu *caput*” (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários ao art. 1.605. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1797).

com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”.

4. Notas sobre a dupla parentalidade

Há alguns anos começou um movimento para que se passasse a aceitar a dupla paternidade, em especial quando se fazia presente uma relação de parentesco socioafetiva.²⁰ Não foi à toa, que a Lei n. 6.015/73, que disciplina sobre os registros públicos, em 2009, por meio da Lei n. 11.924, teve seu art. 57 alterado com a inserção do parágrafo 8º, que dispõe: “O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”.²¹

A introdução desse novo dispositivo relativo ao nome de família serve para garantir, ainda mais, não só a concretização do princípio da dignidade humana, mas também o da socioafetividade, posto permitir-se àquele que convive com pessoa que poderia ser seu pai ou sua mãe, o direito de pleitear a inclusão do sobrenome de qualquer deles, demonstrando, desse modo, sua afeição. E no momento em que o padrasto ou a madrasta concorda com esse pedido, reconhecido também estará seu vínculo afetivo com o enteado/enteada. Esta inovação legislativa certamente pode ser considerada um marco no campo do direito à identidade da pessoa. Afinal, o nome, direito de personalidade previsto nos arts. 16 a 19 do Código Civil de 2002, e mais ainda o nome de família, identifica a pessoa ao seu núcleo familiar de origem. Observa-se, ademais, que o legislador, ao autorizar única e exclusivamente o acréscimo do sobrenome daquele que colabora com a criação do enteado/enteada, impede que a origem biológica deste seja renegada.

²⁰ O texto original do Código Civil de Clovis Bevilacqua previa, em seu art. 376, que o parentesco decorrente da adoção estaria limitado ao adotante e ao adotado, “salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (...)”. Ademais, no art. 378, disciplinava a lei civil: “Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural, não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder [poder familiar], que será transferido do pai natural para o adotivo.” O direito brasileiro, portanto, desde há muito já conhecia uma forma de dupla paternidade, pois nestes casos, o filho adotivo poderia herdar do adotante, bem como de seus pais naturais.

²¹ Sobre o tema v. ANDRADE, Ronaldo Alves de. Reflexos Jurídicos da filiação afetiva decorrentes do padrastio e do madrastio. In: CHINELATTO, Silmara J. de A.; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge S.; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 518-519.

Ao que se tem em conta, foi o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o primeiro a reconhecer a dupla parentalidade,²² em julgamento datado de 14 de agosto de 2012. Tratava-se aqui de filho cuja mãe faleceu três dias após seu nascimento. Pouco depois seu pai conheceu outra mulher, com quem veio a se casar e, desde os dois anos de idade, portanto, passou a cuidar dele. Já adulto ele ingressa em juízo pleiteando a inclusão de sua madrasta em seu assento de nascimento. O juiz de primeiro grau entendeu que o sobrenome dela poderia ser acrescido ao nome de seu enteado, mas que ela não poderia figurar no registro ao lado do nome da mãe biológica, anteriormente falecida. Tal sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo entendido o Desembargador Alcides Leopoldo e Silva, relator do processo, que chegou a mencionar o fato de que a mãe socioafetiva (madrasta), se quisesse, poderia ter adotado o enteado. Se assim tivesse agido, ele não mais teria a menção ao nome de sua mãe biológica em seu registro. Não o tendo feito, portanto, colaborou para preservar a memória da mãe biológica de seu enteado. Assim sendo, afirmou o magistrado que a “formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF), e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF).” E terminou sua fundamentação asseverando que as relações familiares na contemporaneidade são norteadas pelo princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição.

Fato é que, até a decisão do Supremo Tribunal Federal, que será analisada no item 6, infra, os Tribunais brasileiros não tinham estabelecido definitivamente o direito à dupla parentalidade, muito embora muitas decisões já caminhassem neste sentido. O importante a salientar é que a socioafetividade ganhava a cada dia maior peso no ordenamento jurídico brasileiro, superando em muito a paternidade biológica.²³ Demonstra tal afirmação o fato de que em 2014 já eram quatro os estados brasileiros que haviam determinado, por meio das Corregedorias de seus respectivos Tribunais de Justiça, o registro de paternidade socioafetiva, sem necessidade de as partes terem antes de recorrer ao Judiciário para tal declaração.²⁴

²² Conforme: ALVES, Jones Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental. In: CASSETARI, Cristiano. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 550.

²³ Sobressai no tema da paternidade socioafetiva as seguintes obras monográficas: PORTANOVA, Rui. *Ações de filiação e paternidade socioafetiva: com notas sobre Direito Belga e Corte Europeia dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Lael, 2016, em especial, pp. 177 e s.; CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, especialmente pp. 265 e s.

²⁴ Informação disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5515/Provimento+autoriza+reconhecimento+de+filiacao+socioafetiva+diretamente+em+cartorios%2C+em+Santa+Catarina>>. Acesso em: 19 Abr. 17.

Nestas decisões judiciais, contudo, nunca restaram estabelecidos os critérios que deveriam orientar o operador do Direito, no campo do direito sucessório. Ora, uma vez que o legislador do Código Civil tomou por base a família nuclear para disciplinar também o livro das Sucessões, importante que se desvende, agora, quais os parâmetros que poderão ser empregados, para a sucessão do filho em relação ao pai socioafetivo, e deste no concernente à sucessão daquele. Antes disso, porém, serão retratadas as recentes decisões sobre o reconhecimento de dupla paternidade pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça brasileiros. E sobre isso será tratado nos próximos itens.

5. O reconhecimento da dupla parentalidade “simultânea” pelo Supremo Tribunal Federal

Em 21 de setembro de 2016, Luiz Fux, Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o RE n. 898.060 - SC - caso de Repercussão Geral -, decidiu, fundamentando sua decisão no princípio da busca da felicidade²⁵, não haver prevalência da paternidade biológica sobre a socioafetiva, encontrando-se ambas em situação de igualdade perante o ordenamento. Tratava-se de caso em que a autora, não só havia sido registrada como filha pelo marido de sua mãe, sendo, portanto, não só sua filha registral, como, igualmente, sua filha socioafetiva, uma vez que ele a criou juntamente com sua mãe biológica. Em determinado momento ela, já maior e sabedora que seu pai registral, por mais de vinte anos, era “só” seu pai socioafetivo, resolve ir à Juízo, para requerer a anulação deste registro de nascimento, em razão do erro nele existente.²⁶ O objetivo era o de estabelecer exclusivamente sua paternidade biológica, renunciando aquela baseada na socioafetividade, concretizada pelo marido de sua mãe. Ressalte-se, inclusive, que ela não havia tido, ao longo da vida, contato com seu pai biológico, sendo ele um mero desconhecido. Fato é que, de qualquer modo, por ser supostamente filha dele, ela tinha legitimidade para mover tal ação, a fim de estabelecer sua verdade biológica no registro civil, desconstituindo, para tanto, seu registro de nascimento original, visto ele conter uma falsidade.²⁷ Em juízo restou comprovada a paternidade biológica por meio de um exame de DNA. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, estado de origem do conflito, reconheceu o direito à dupla paternidade. O pai biológico

²⁵ Este princípio não integra diretamente a ordem jurídica brasileira, mas tem sido entendido como estando compreendido pelo princípio da dignidade humana, constante do inciso III do art. 1º da Constituição da República.

²⁶ O art. 1.604 do Código Civil autoriza essa espécie de pedido ao estabelecer: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

²⁷ Isto é permitido pelo art. 1.604 do Código Civil, que dispõe expressamente: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. O interessado deverá propor ação de impugnação de paternidade/maternidade, para alcançar tal objetivo.

recorreu ao Supremo Tribunal Federal, alegando até mesmo que ela já tinha um pai em seu registro. O advogado do Apelante

(...) sustentou que a preponderância da paternidade socioafetiva sobre a biológica não representa fuga de responsabilidade, mas sim impede que a conveniência de um indivíduo, seja o filho ou o pai, opte pelo reconhecimento ou não da paternidade apenas em razão de possíveis efeitos materiais que seriam gerados. Defendeu que fosse mantido apenas vínculo biológico sem reconhecimento da paternidade, portanto, sem efeitos patrimoniais, pois a própria filha afirmou que não pretendia desfazer os vínculos com o pai socioafetivo.

A decisão do Tribunal, no entanto, acabou sendo mantida, restando garantidos os efeitos jurídicos do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança”.²⁸

O Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, também se manifestou no sentido da possibilidade da dupla parentalidade, defendendo, contudo,

que não é possível fixar em abstrato a prevalência entre a paternidade biológica e a socioafetiva, pois os princípios do melhor interesse da criança e da autodeterminação do sujeito reclamam a referência a dados concretos acerca de qual vínculo deve prevalecer. No entendimento do procurador-geral, é possível ao filho obter, a qualquer tempo, o reconhecimento da paternidade biológica, com todos os consectários legais. Considera, ainda, que é possível o reconhecimento jurídico da existência de mais de um vínculo parental em relação a um mesmo sujeito, pois a Constituição não admite restrições injustificadas à proteção dos diversos modelos familiares. Segundo ele, a análise deve ser realizada em cada caso concreto para verificar se estão presentes elementos para a coexistência dos vínculos ou para a prevalência de um deles.²⁹

Imprescindível salientar que o Ministro Edson Fachin divergiu do entendimento do relator, votando

(...) pelo parcial provimento do recurso, ao entender que o vínculo socioafetivo ‘é o que se impõe juridicamente’ no caso dos autos, tendo em vista que existe vínculo socioafetivo com um pai e vínculo biológico com o genitor. Portanto, para ele, há diferença entre o ascendente genético (genitor) e o pai, ao ressaltar que a realidade do

²⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em 16 Abr. 2017.

²⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em 16 Abr. 2017.

parentesco não se confunde exclusivamente com a questão biológica. ‘O vínculo biológico, com efeito, pode ser hábil, por si só, a determinar o parentesco jurídico, desde que na falta de uma dimensão relacional que a ele se sobreponha, e é o caso, no meu modo de ver, que estamos a examinar’, disse, ao destacar a inseminação artificial heteróloga [doador é terceiro que não o marido da mãe] e a adoção como exemplos em que o vínculo biológico não prevalece, ‘não se sobrepondo nem coexistindo com outros critérios’.³⁰

O Ministro Teori Zavascki, falecido em fevereiro de 2017, por sua vez, divergiu igualmente do relator. “Para ele, a paternidade biológica não gera necessariamente a relação de paternidade do ponto de vista jurídico e com as consequências decorrentes. ‘No caso há uma paternidade socioafetiva que persistiu, persiste e deve ser preservada’, afirmou. Ele observou ser difícil estabelecer uma regra geral e que deveriam ser consideradas situações concretas.³¹

Este o resumo do que ocorreu no caso de repercussão geral, que resultou na Tese n. 622, que deverá ser aplicada a situações análogas em todo território nacional: “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” (grifos nossos).³²

Enfim, há muito se esperava, do Supremo Tribunal Federal, uma solução para se saber, se a paternidade socioafetiva teria prevalência ou não sobre a biológica.³³ O que se observa é que o Tribunal aceitou a tese da dupla parentalidade, estabelecendo que todos os direitos e deveres entre pais e filhos estão mantidos. No entanto, não restou claro como serão cumpridos, se necessário, o dever de prestar alimentos, bem como o direito de herança. Nem foi levado em consideração, no julgamento, que em alguns casos o filho poderá propor a ação de investigação paternidade cumulada com anulação de registro, com o único propósito de beneficiar-se, financeiramente, da herança de seu genitor biológico. A questão, portanto, a partir da decisão do Supremo Tribunal merece

³⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em 16 Abr. 2017.

³¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em 16 Abr. 2017.

³² Quanto à repercussão geral v. arts. 1.036 e s. do Código de Processo Civil de 2015.

³³ Acerca desse julgamento veja-se as análises de: CALDERÓN, Ricardo Lucas. Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>. Acesso em: 21 Abr. 2017. O autor atuou inclusive como *amicus curie*, representando o IBDFam na demanda. SIMÃO, José Fernando. A multiparentalidade está admitida e... com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto? Partes 1 e 2. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17172>>. Acesso em: 21 Abr. 2017.

algumas observações, em especial no campo do direito sucessório, que serão expostas no item 7, *infra*.

6. O reconhecimento da dupla parentalidade “sucessiva” pelo Superior Tribunal de Justiça

Em março de 2017, seguindo os passos do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de relator de caso originário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu que um homem de quase setenta anos de idade, tivesse direito à herança de seu pai biológico, apesar de já ter exercido, anteriormente, o direito à sucessão de seu pai registral e, socioafetivo. A parte contrária, contudo, alegou que ele só estava interessado em obter vantagens patrimoniais.³⁴

Pelo que se tomou conhecimento da decisão, o relator do caso no Superior Tribunal de Justiça entendeu que essa pessoa teria direito, até mesmo em razão da Tese n. 622 (v. item 5, acima), que o homem poderia ter todos os direitos reconhecidos em relação ao seu genitor biológico.³⁵ A Ministra Nancy Andriighi, que integra a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que julgou o caso, afirmou que talvez se pudesse perquirir o motivo pelo qual o autor não buscou estabelecer a paternidade biológica anteriormente, mas que ele teria seus direitos garantidos, uma vez que restou comprovado ser filho do falecido pai.³⁶

Não se deve, em momento algum, diante do princípio da dignidade humana e do livre desenvolvimento da pessoa, impedir que alguém possa vir a ter conhecimento de sua ascendência biológica. Como aliás salientam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, nada impede que a pessoa ingresse em juízo com ação de investigação de origem genética, a fim de ver declarada sua ascendência.³⁷ O que causa espécie na decisão é saber que o filho que busca o reconhecimento de sua paternidade, depois de morto seu genitor biológico, e, mais ainda, sabendo-se que o filho foi criado por sua

³⁴ Ver: Homem tem direito a herança de pai biológico mesmo já tendo recebido do pai socioafetivo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI256451,101048-Homem+tem+direito+a+heranca+de+pai+biologico+mesmo+ja+tendo+recebido>>. Acesso em 29 mar.2017.

³⁵ Homem tem direito a herança de pai biológico mesmo já tendo recebido do pai socioafetivo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI256451,101048-Homem+tem+direito+a+heranca+de+pai+biologico+mesmo+ja+tendo+recebido>>. Acesso em 29 mar.2017.

³⁶ Homem tem direito a herança de pai biológico mesmo já tendo recebido do pai socioafetivo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI256451,101048-Homem+tem+direito+a+heranca+de+pai+biologico+mesmo+ja+tendo+recebido>>. Acesso em 29 mar.2017.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 6, p. 599

família adotiva – socioafetiva –, e já tendo tido garantido o direito à sucessão em relação a ela, possa ir a juízo para, valendo-se de um vínculo meramente biológico, obter o direito a receber uma segunda herança. Que a socioafetividade conviva com a paternidade biológica, não se discute. O que deve ser relevante no julgamento desses casos, é que o interesse meramente patrimonial não deve servir de base para que se obtenha o reconhecimento de paternidade gerador de direitos frente ao genitor falecido. Uma coisa é saber a origem biológica; outra, querer conhecê-la, para obter vantagem patrimonial. Afinal, em era de repersonalização do ordenamento (v. item 2, *supra*), este aspecto deveria ser mais valorizado pelos operadores do direito.

7. Do direito sucessório no caso de dupla paternidade *de lege data*

Nos dois itens anteriores, foram expostos dois casos recentes da jurisprudência brasileira, em que foram conferidos direitos até então inéditos. Em ambas decisões foram garantidos direitos sucessórios aos filhos, embora em situações diversas. Na decisão do Supremo Tribunal Federal (v. item 5, *supra*), a filha e os dois pais, o socioafetivo e o biológico, estão vivos. Já no julgamento do Superior Tribunal de Justiça, o filho é idoso acima dos sessenta anos, já tendo tido direito à herança de seu pais socioafetivos/adotivos, quando decide ingressar em juízo para ver estabelecida sua paternidade *post mortem*, aparentemente com o único intuito de poder herdar de seu pai biológico, falecido.

Ocorre que a tese n. 622 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal garantiu àquele que teve estabelecida a dupla paternidade, não só direito ao nome, como demais direitos pessoais, mas, principalmente, direitos patrimoniais em relação aos seus pais. Tudo indica que o filho tem direito a receber a herança tanto de seu pai registral/socioafetivo, como do biológico, tendo uma vantagem patrimonial em relação às demais pessoas que só têm uma paternidade/maternidade estabelecida em seu registro de nascimento. Neste sentido, aliás, já se manifestaram Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenthal, que afirmam ser necessário tomar cuidado, “uma vez que, admitida a pluripaternidade, estar-se-ia tolerando, por igual, a pluri-hereditariedade, gerando inconvenientes explícitos, como uma estranha possibilidade de estabelecimento da filiação para atender meramente a interesses patrimoniais. Mais ainda: uma pessoa poderia herdar várias vezes, de seus diferentes pais”.³⁸ E complementam os autores:

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 599.

É que seria possível ao filho socioafetivo buscar a determinação de sua filiação biológica, apenas, para fins sucessórios, reclamando a herança de seu genitor, muito embora não mantenha com ele qualquer vinculação, ou, sequer, aproximação. Ademais, poder-se-ia, com isso, fragilizar o vínculo socioafetivo estabelecido, permitindo uma busca inexorável do vínculo biológico. Até porque *a concepção familiar que decorre da filiação não permite escolhas de ordem meramente patrimonial*. (Grifos nossos)³⁹

Mas qual a solução a ser aplicada, na hipótese do filho falecer antes dos pais biológico ou socioafetivo, uma vez que a lei civil é inequívoca sobre a forma pela qual o direito à herança deverá ser exercido?

O direito sucessório brasileiro, quando a transmissão do direito de propriedade ocorre “mortis causa”, na classe dos ascendentes, determina que a herança será partilhada em duas linhas, isto é, a paterna e a materna. Caberá, neste caso, cinquenta (50%) por cento para cada uma das linhas, dividindo-se o total entre os parentes ascendentes que a compuserem. Desse modo, se os parentes chamados a receber a herança de um descendente forem pai e mãe, cada um receberá a metade dos bens havidos pelo filho.

De acordo com o artigo 1.829, da lei civil vigente, que estabelece a ordem de vocação hereditária, em se tratando de ascendentes, se houver cônjuge sobrevivente, ele concorrerá com aqueles, qualquer que seja o regime de bens do casamento, conforme disciplinado no inciso II do citado dispositivo legal. Nesta hipótese, caberá um terço da herança para cada um (CC, art. 1.837).

A partir do exposto, surge a dúvida: Como deverá ser partilhada a herança, quando houver dupla parentalidade – pai biológico e pai socioafetivo –, e a sucessão for na linha reta ascendente?⁴⁰ E se houver concorrência com cônjuge supérstite?

Na ausência de norma que cuide da espécie de dupla parentalidade, o direito vigente teria de ser aplicado, com base no preenchimento das lacunas legais. Em sendo assim, a herança continuaria sendo dividida em duas linhas, cabendo cinquenta (50%) por cento dos bens para cada lado, partilhando-os igualmente entre os integrantes de cada

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 7a. Ed.. São Paulo: Atlas, 2015, p. 599.

⁴⁰ Erick F. Grampstrup e Odete Novais C. Queiroz, por exemplo, chegam a escrever, com razão, que o direito sucessório brasileiro “é inadaptado ao parentesco plúrimo. Particularmente a sucessão legítima por linhas” (GRAMPSTRUP, Erick F. QUEIROZ, Odete Novais C. A socioafetividade a multiparentalidade. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre: Magister/IASP, 2016, vol. 11, p. 124).

linha, ainda que seja no primeiro grau, isto é, pais. Esta seria a solução *de lege data*. No entanto, em se tratando de pais, o ideal parece ser que se divida a herança entre todos os aqueles que constarem da certidão de nascimento do filho, garantindo-se assim uma solução baseada na equidade. Isto porque, quando houver lacuna legal, uma forma de preenchê-la, é por meio do julgamento por equidade, ao lado da analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (LINDB, art. 4º). Não parece que seja justo dividir a herança em linhas, uma vez que isto causaria um desequilíbrio, se em um dos lados houver mais de um pai ou mais de uma mãe. E assim por diante.

Como ficará a divisão dos bens, se houver cônjuge sobrevivente, posto que ele sempre terá direito de concorrer com ascendentes? Aqui, seguindo-se a orientação do art. 1.837 do Código Civil, a interpretação mais justa parece ser a que resguardaria a quota do cônjuge, que foi fixada pelo legislador de 2002 em um terço do patrimônio do *de cuius*. Os outros dois terços poderão ser partilhados da forma sugerida acima. O importante é que o cônjuge supérstite não seja prejudicado, em razão de o morto ter mais de um pai e/ou de uma mãe.

Se houver só um pai e uma mãe, e o cônjuge supérstite, tudo indica que este deverá continuar tendo direito a um terço do patrimônio líquido deixado pelo falecido, cabendo o restante da herança ao ascendente.

Na hipótese de os ascendentes serem os avós, parentes em linha reta de segundo grau, ou se maior for esse grau, sugere-se que a partilha mantenha o montante de um terço para o cônjuge sobrevivente, dividindo-se o restante do patrimônio em duas linhas: a materna e a paterna, ainda que haja mais de um avô e/ou uma avó materno ou paterno no grau.

No caso do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, analisado no item 6, supra, nenhum questionamento se apresenta, aparentemente, uma vez que nele o descendente recebeu duas heranças distintas e em momentos sucessivos. Assim, aplicar-se-ia a lei vigente no país, isto é, os arts. 1.829 e s. do Código Civil. Anderson Schreiber e Paulo Franco Lustosa, porém, chamam a atenção para o fato de que o problema aqui ser a redução da “quota hereditária dos demais sucessores, podendo traduzir uma ofensa indireta ao princípio da igualdade entre os filhos”.⁴¹ E continuam os autores: “A situação se agrava quando o novo vínculo decorre de socioafetividade e só vem a ser

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar* (periódico virtual). Fortaleza: Unifor, 2016, vol. 21, p. 858.

reconhecido *post mortem*, caso em que o parente morto pode, inclusive, ter deixado testamento em favor daquela pessoa que pretende ser reconhecida como filha, confiando que não seria herdeira necessária”.⁴² Para os autores, contudo, como a Constituição não impediria a pessoa com dois pais, por exemplo, a receber a herança de ambos, tendo em vista que seu texto assegura a igualdade entre os filhos (CR, art. 227, § 6º).⁴³

Rolf Madaleno, por sua vez, defende outro entendimento para o caso de filho que busca o reconhecimento de sua paternidade *post mortem*, sem que ele tenha tido contato com o genitor em vida. São suas palavras:

Razões éticas orientam para o afastamento judicial da vinculação parental com efeito exclusivamente material do elo genético do pai morto, existindo pai registral e socioafetivo; a uma porque o tardio vínculo biológico não deve prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, obra de intensa relação socioafetiva, construída pelo afeto desenvolvido ao longo dos anos entre pai e filho registrais; a duas, porque negar esse precioso e puro elo de vínculos originados do afeto apenas por dinheiro ou bens materiais seria desconsiderar a nova ordem jurídica da dignificação da pessoa justamente em detrimento da matéria; a três, porque o filho socioafetivo, ao investigar a sua ascendência genética depois da morte do pai biológico, geralmente está desconstituindo a sua ascendência registral e socioafetiva, por vezes de pai registral já falecido, habilitando-se então em duas heranças, de dois pais, o registral, socioafetivo e o biológico, de quem busca a compensação econômica; e a quatro, porque na ponderação dos valores deverá, e sempre, prevalecer como *princípio* do sistema jurídico brasileiro o respeito constitucional à dignidade da pessoa humana e digno será preservar os vínculos nascidos do amor. (Grifos do original)”⁴⁴

Parece ser acertada a interpretação de Rolf Madaleno. No entanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal (v. item 5, supra), com repercussão geral (Tese n. 622), bem como a do Superior Tribunal de Justiça (v. item 6, acima), que levou em consideração o voto do Ministro Luiz Fux, para fundamentar o direito do filho não só de conhecer sua origem biológica, mas também de ter direito sucessório, depois de já ter recebido a herança de seus pais socioafetivos, leva a crer que esta deverá ser a orientação da jurisprudência daqui para a frente.

⁴² SCHREIBER, Anderson. LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar* (periódico virtual). Fortaleza: Unifor, 2016, vol. 21, pp. 858-859.

⁴³ SCHREIBER, Anderson. LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar* (periódico virtual). Fortaleza: Unifor, 2016, vol. 21, p. 859.

⁴⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 179.

Mirando-se a situação, agora, por outro ângulo, o que aconteceria se o filho tivesse falecido antes dos pais? Na hipótese em que foram concedidos direitos sucessórios em momentos distintos e sucessivos, o pai que constasse do registro de nascimento, que no caso concreto era o pai registral/socioafetivo, receberia a totalidade da herança deixada pelo filho. Se dois forem os ascendentes de primeiro grau, entre eles deveria ser feita a partilha, nos moldes do analisado no parágrafo anterior. Entretanto, se o filho falece tendo só um pai ou uma mãe, entre eles será dividida a herança. Havendo cônjuge sobrevivente ele sempre terá resguardado o direito a receber um terço da herança. Se concorrer só com um pai e uma mãe, cada um deles receberá, igualmente, um terço.

Esclareça-se, ademais, que o ordenamento jurídico brasileiro admite o reconhecimento póstumo de filho, conforme consta do art. 1.609, parágrafo único do Código Civil. Mas, isto, desde que ele tenha deixado descendentes. Com isto, evita-se que haja o reconhecimento da paternidade só por interesse patrimonial. Esta solução tem por condão evitar que o ascendente reconheça o filho para valer-se de seu direito de herança. Assim, se isto ocorrer, a questão já estará resolvida.

Por fim, outra saída para a elucidação do direito sucessório de pessoa com dupla parentalidade poderia fundamentar-se no art. 376 do Código Civil de 1916. Como o Código Civil ora revogado não estabelecia o rompimento dos laços de parentesco entre o adotado e o adotante, salvo se para evitar casamento entre parentes impedidos de contraírem matrimônio – a adoção era feita por escritura pública, era revogável, e só estabelecia vínculo de parentesco entre o adotante e o adotado –, falecendo o adotante, o adotado teria direito a receber sua herança. Mas se o adotante viesse a ter filhos biológicos posteriormente à adoção, ele só teria direito a receber metade dos bens deixados pelo adotante.

Como os laços de parentesco não eram rompidos em relação à família de origem do adotado, ele também teria direito à sucessão de seus pais biológicos. Percebe-se que no fundo o ordenamento jurídico brasileiro já trazia em sua origem a semente da dupla parentalidade.

Aplicando-se o direito de há muito revogado aos casos presentes, em especial nas hipóteses de reconhecimento sucessivo da paternidade, como visto no item 6, *supra*, isto é, em que o filho buscaria investigar sua paternidade depois da morte de seu pai biológico, se este já tivesse filhos, dever-se-ia garantir a ele somente a metade da quota

hereditária cabível aos demais. Como a Constituição da República não autoriza que se trate desigualmente aos filhos, esta solução não poderia ser aceita pelo ordenamento.

8. Conclusão

As decisões tomadas por ambos os Tribunais Superiores brasileiros, acabaram por causar uma grande revolução tanto no campo do Direito de Família quanto no do Direito Sucessório. Afinal, como garantir direitos sucessórios a uma pessoa que acaba por ter dois pais e uma mãe, e, em breve, talvez, dois pais e duas mães, embora se saiba que, por causa da reprodução humana assistida esse número ainda possa crescer?

Ora, a partir do momento em que o ordenamento jurídico brasileiro fez uma opção pela repersonalização, tendo em vista a introdução no texto constitucional de 1988, do princípio da dignidade humana como um dos pilares da República, em razão dos movimentos históricos vivenciados pela sociedade brasileira, nada mais justo que se entenda que o direito sucessório precisará ser adaptado a nova realidade fática. Do modo como está construído hoje, ele não abarca essas novas situações, como visto no texto, sendo gerador, desde já, de incertezas sobre a melhor forma de solucionar o problema, em especial no caso da dupla parentalidade simultânea, por ocasião da morte dos pais. Sugestões possíveis saídas legais poder já começam a pulular na doutrina. Agora é a vez do legislador cumprir sua função, legislar! É o que se espera que aconteça em curto espaço de tempo.

Referências

ALVES, Jones Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental. In: CASSETARI, Cristiano. *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 541-554.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. Reflexos Jurídicos da filiação afetiva decorrentes do padrastio e do madrastio. In: CHINELATTO, Silmara J. de A. SIMÃO, José Fernando. FUJITA, Jorge S. ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 505-522.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Comentado por Clovis Bevilacqua*. 9^a ed. atualizada por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1952, vol. II.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Comentado por Clovis Bevilacqua*. 9^a ed. atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, vol. VI.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1-85.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, vol. 6, 2015.

GOZZO, Débora. Provimento n. 52/2016 da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o Registro de Nascimento e Emissão da Respectiva Certidão dos Filhos havidos por Reprodução Humana. Parecer. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre: Magister/IASP, vol. 13, 2016, p. 101-106.

GOZZO, Débora. La filiación en Brasil y el hijo de otro “origen”: su protección legal. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 51-54.

GRAMPSTRUP, Erick F. QUEIROZ, Odete Novais C. A socioafetividade a multiparentalidade. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre: Magister/IASP, 2016, vol. 11, p.104-127.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: Em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82-168.

PORTANOVA, Rui. *Ações de filiação e paternidade socioafetiva: Com notas sobre Direito Belga e Corte Europeia dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Lael, 2016.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar* (periódico virtual). Fortaleza: Unifor, 2016, vol. 21, pp. 847-873.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários ao art. 1.605. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). *Código Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

civilistica.com

Recebido em: 25.9.2017
Aprovado em:
02.11.2017 (1º parecer)
21.12.2017 (2º parecer)

Como citar: Gozzo, Débora. Dupla parentalidade e direito sucessório: a orientação dos Tribunais Superiores brasileiros. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/dupla-parentalidade-e-direito-sucessorio/>>. Data de acesso.