

A SOCIOAFETIVIDADE NO AMBIENTE FAMILIAR E CONSEQUÊNCIAS NA SUCESSÃO

THE SOCIO-AFFECTIVE IN THE FAMILY ENVIRONMENT AND CONSEQUENCES IN SUCCESSION

Fernanda Garcia Escane¹

(<http://lattes.cnpq.br/7433947554188095>)

Salete de Oliveira Domingos²

(<http://lattes.cnpq.br/7293714328308768>)

Resumo: O artigo objetiva demonstrar os efeitos do reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetivos do direito de família no âmbito da sucessão do ascendente com a concorrência do cônjuge sobrevivente. Estamos diante do reconhecimento da maternidade/paternidade socioafetivos: mãe e pai são os que criam os filhos, independentemente do vínculo biológico, reconhecimento este já decidido pelos nossos Tribunais. Em breve, no entanto, estaremos em face de julgamentos que questionarão as consequências dos reconhecimentos socioafetivos no âmbito sucessório. Para atingir a sua finalidade, utilizar-se-á o método científico-dedutivo de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito de Família; Socioafetividade; Sucessão dos Ascendentes.

¹ **Fernanda Garcia Escane.** Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professora da graduação e da pós-graduação da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, coordenadora e professora do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque – FAC São Roque. Advogada.

² **Salete de Oliveira Domingos.** Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professora assistente do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Contratual da COGEAE - Coordenadoria Geral da Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Complexo Educacional FMU e Pesquisadora de Grupos Científicos.

Abstract: This article aims to demonstrate the effects of the recognition of socio-affective paternity / maternity in family law, concerning the succession of ascendants competing with the surviving spouse. Today we face the recognition of socio-affective maternity / paternity: moms and dads are the ones who raise the children, regardless of biological connection. This bond has already been acknowledged by our Courts. In the future, however, we will be face trials that will question the consequences of socio-affective relationships towards succession. To achieve its purpose, the deductive method of scientific literature will be used.

Keywords: Family Law; Socio-affective relationships; Succession of ascendants.

1. Considerações iniciais

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar os efeitos do reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetivos no âmbito da sucessão do ascendente em concorrência com o cônjuge, propondo uma opção para a partilha de bens entre o cônjuge supérstite e os pais, biológicos e/ou socioafetivos; não se analisam as consequências sucessórias da união estável, uma vez que o ordenamento jurídico a disciplinou de forma diferente da sucessão do cônjuge.

Embora, o legislador tenha previsto a sucessão dos ascendentes em concorrência com o cônjuge, uma vez que ambos são considerados herdeiros necessários, conforme dispõe o artigo 1.845, do Código Civil, é fato que não houve previsão, no direito das sucessões, de eventuais consequências do reconhecimento da afetividade no ambiente familiar em sede das sucessões.

Por essa razão, o presente artigo objetiva demonstrar a evolução da família, observando as consequências no direito sucessório e, por fim, apresenta uma opção para que o reconhecimento da afetividade em direito de família possa ser igualmente resguardado e garantido no momento da abertura da sucessão.

2. Evolução Histórica da Família

Para tratar do tema é de suma importância demonstrar a formação da família, como foram influenciadas por costumes e como acompanharam as mudanças da sociedade no decorrer dos séculos. Para iniciar esse ensaio é importante lembrar os ensinamentos de Rousseau:

A família pode ser considerada, então, o primeiro modelo das sociedades políticas: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos, e todos, nascidos iguais e livres, alienam sua liberdade apenas pela sua utilidade. Toda diferença reside em que, na família, o amor do pai por seus filhos é o pagamento dos cuidados que lhes presta; e que, no Estado, o prazer de comandar substitui este amor que o chefe não tem pelos seus povos. (ROUSSEAU, 2002, p.18)

O intuito é evidenciar as mudanças na família e as razões desta contínua transformação, fruto de profundas modificações da sociedade que refletem diretamente nas relações familiares. Intenção.

Desde os primórdios, o homem buscou viver em sociedade, todavia este instituto que denominamos “família” nem sempre foi compreendido da mesma forma que atualmente, isso porque é um instituto que acompanha as mudanças sociais.

Historicamente, as primeiras civilizações primitivas se diferenciavam das atuais, pois desenvolveram-se em um período marcado pela endogamia, no qual o papel de educar cabia à mãe (período matriarcal). Nesse sentido ensina Sílvia de Salvo Venosa:

Conforme descrição feita por Friedrich Engels (1997:31 ss), em sua obra sobre a origem da família, editada no século XIX, no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecía o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que a alimentava e a educava. (VENOSA, 2014, p. 03)

Posteriormente, em consequência das dificuldades da vida primitiva e da necessidade de sobrevivência, surgiram as relações com outras tribos, que afastou o incesto e deu início às relações individuais. Neste sentido, continua Silvio de Salvo Venosa:

Na vida primitiva, as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural levaram os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos, antes do que em seu próprio grupo. Os historiadores fixam nesse fenômeno a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia). Nesse diapasão, no curso da história, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, embora algumas civilizações mantivessem concomitantemente situações de poligamia, como ocorre até o presente. (VENOSA, 2014, p. 03)

Assim, com a necessidade de o homem individualizar suas relações familiares, nasceram as relações monogâmicas e o início do caráter patriarcal, isso também porque começou a exploração comercial e a busca de proteção do patrimônio. Continua Silvio de Salvo Venosa:

A monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno. A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existem pequenas oficinas. Essa situação vai reverter somente com a Revolução Industrial, que faz surgir um novo modelo de família. Com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros. (VENOSA, 2014, p. 03)

É importante dizer que a evolução histórica delimitada acima resultou no matrimônio e no poder patriarcal, poder este que era decisório, ou seja, a vontade do patriarca estava acima de todos. O poder paterno é fundamental para entender a antiga concepção da família, da autoridade, da herança e da propriedade. Segundo Maria Berenice Dias:

A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições. (DIAS, 2013a, p. 27)

E continua a autora:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2013a, p. 28)

Outro aspecto relevante é a forma de conservação ou ampliação do patrimônio, que, em certas ocasiões, se dava por meio de casamentos arranjados pelo patriarca. Nessa época, o primogênito herdava todo o poder patriarcal e os bens da família. O patriarca era, a um só tempo, o sacerdote, a autoridade política e juiz, era a base referencial da família. Antonio Carlos Wolkmer ensina:

A família romana e grega, por semelhança, traduzia o tipo de uma organização política cujo princípio básico era a autoridade, e esta abrangia todos quantos a ela estavam submetidos. O *pater familias* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, constituindo-se, assim, a família como a unidade da sociedade antiga em contraposição à posição do indivíduo na sociedade moderna. (WOLKMER, 2006, p. 111)

É notória a influência religiosa nesta época, não só na formação da família, como na base política e no Direito. Cada casa tinha um culto aos seus antepassados e o patriarca era responsável por este culto doméstico, já que a ele competia a função de sacerdote. A mulher não exercia uma participação efetiva no lar. A razão da existência da mulher era procriar, servir ao patriarca e à sua religião. O direito de educar e o de decidir eram concedidos ao patriarca.

Corroborar com esse entendimento o nobre *Fustel de Coulange* (2006, p. 13) que baseia a sua análise no reconhecimento de que as instituições antigas eram consequências de suas crenças religiosas, que marcaram fortemente a época. Isso porque as concepções que tinham da vida, do mal, do princípio divino eram oriundas de suas crenças. Da mesma feita, a gênese da família tinha por cerne os princípios religiosos pertinentes à época. Sobre esses fundamentos *Fustel de Coulange* afirma:

A comparação das crenças e das leis mostra que a família grega e romana foi constituída por uma religião primitiva, que igualmente estabeleceu o casamento e a autoridade paterna, fixando as linhas de parentesco, consagrando o direito de propriedade e de sucessão.

Essa mesma religião, depois de estabelecer e formar a família, instituiu uma associação maior, a cidade, e predominou sobre ela como o fazia na família.

Dela se originaram todas as instituições, como todo o direito privado dos antigos. Da religião a cidade tirou seus princípios, regras, costumes e magistraturas. Mas com o tempo essas velhas crenças foram modificadas, ou desapareceram por completo, e o direito privado e as instituições sofreram idêntica evolução. (COULANGE, 2006, p. 13)

Por fim, pode-se concluir que a família era definida como um conjunto de pessoas que se encontravam sob a *patria potestas* do ascendente mais velho, independentemente da ligação consanguínea.

O processo de desenvolvimento e mudanças no núcleo familiar, embora lento, no decorrer dos tempos, trouxe uma compreensão mais branda da autoridade paterna, dando início a uma nova concepção do poder familiar. A mistura dos povos e o processo natural da evolução trouxeram uma autonomia maior para mulher e os filhos, muito pequena ainda, mas já em processo de evolução.

Na Idade Média, a religião continuava tendo grande influência sobre as relações familiares, agora por meio do Cristianismo e do Direito Canônico. Houve inúmeras transformações nas relações matrimoniais, exemplo disso é que somente o casamento religioso era reconhecido, havendo várias causas de impedimento, como a idade, diferença de crenças e parentesco, resultado da influência direta do Cristianismo.

Com o advento da Revolução Francesa foram reconhecidos os primeiros casamentos laicos, deixando de prevalecer o reconhecimento exclusivo dos casamentos religiosos.

As mudanças decorrentes dos movimentos migratórios para as metrópoles e complexos industriais por ocasião da Revolução Industrial trouxeram grandes repercussões na família ocidental, mais especificamente na condição da mulher. A partir desse advento, a mulher começou a exercer novas funções no núcleo familiar, uma vez que o trabalho na indústria a levou a dividir a tarefa de educar os filhos com a escola. O resultado de seu trabalho, ou seja, seu salário começou a compor a renda do lar e se tornou indispensável à sobrevivência da sua prole. Segundo Maria Berenice Dias:

A Revolução Industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa. (DIAS, 2013a, p. 28)

Essas transformações aceleraram após a Revolução Industrial, com o movimento pela emancipação e liberação social da mulher, que deixou de ter um papel passivo de procriadora, para exercer o papel de educadora, desempenhando certa influência na educação dos filhos, embora sua participação na questão da religiosidade ainda se mostrava tímida. Desta feita, o poder patriarcal foi se distanciando, dando lugar à participação dos membros da família e, ao mesmo tempo, criando novas perspectivas quanto à organização política e social.

Outro marco na história foi a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas que, em 1948, estabeleceu o Princípio da Igualdade entre os membros da família:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Na família, embora ainda sob a influência dos costumes fortemente arraigados, muitas vezes timidamente a mulher conquistou novos espaços dentro da sociedade, ocupando-se também da religião, da economia e da política.

Atualmente, o sentido de pátrio poder, hoje denominado poder familiar, ganha novos contornos. A participação do homem na criação dos filhos passa a ser mais efetiva, deixando para trás a imagem do líder patriarca e da mãe submissa. O casal começa partilhar a responsabilidade da educação, do afeto e da assistência financeira, que se torna responsabilidade ampla e mútua.

Contemporaneamente, há novos padrões de família, que não se resumem apenas ao modelo patriarcal. Temos modelos como a família monoparental, homoafetiva, socioafetiva, entre outras, o que influencia diretamente o direito sucessório e esse será o escopo desse ensaio.

3. Conceito de Família

Antes de adentrarmos diretamente o assunto é importante lembrarmos o conceito de família, muito embora seja um tanto quanto complexo tratar de tal conceito, pois o instituto 'família' tem significado diverso para vários povos e está em constante modificação influenciada pela cultura da sua época, o que exige que o ordenamento jurídico se adapte às novas mudanças, correspondendo aos anseios sociais.

No direito civil brasileiro, o conceito de família sempre foi uma congruência de pais e filhos a partir do casamento. Clóvis Beviláqua menciona que família é:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie. (BEVILÁQUA, 1976, p. 16)

Segundo Pontes de Miranda, o conceito de família no Código Civil de 1916 é diverso (múltiplo):

Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outro. (MIRANDA, 2012, p. 204-205)

Os mais renomados juristas brasileiros, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Orlando Gomes, mencionam que a família é a união de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cônjuges e a prole, contudo tal julgamento demonstra-se distante da realidade atual, tendo em vista que não observam as sutilezas e a subjetividade que envolvem o assunto para uma conceituação moderna.

No entendimento de Maria Helena Diniz (2014, p. 10), família, no sentido *amplíssimo*, seria aquele grupo em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *lato sensu* do vocábulo refere-se àquela que “*além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro)*”. Por fim, o sentido restrito abrevia a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.

Ao ilustrar a concepção do conceito de família através da união de pessoas pelo vínculo amoroso, Maria Berenice Dias (2014b) no texto “*O amor não tem sexo*”,

cita com maestria as palavras de Saint Exupéry, “*você é responsável pelas coisas que cativa*”. A identificação da presença de um vínculo amoroso, que leva o envolvimento de sentimentos ao enlaçamento das vidas, é o que basta para que se reconheça a existência de uma família.

É esse envolvimento a causa da incidência do Direito de Família, levando ao surgimento de encargos e obrigações, mas também concedendo direitos e prerrogativas a quem passa a comungar da mesma vida.

Se basta o afeto para haver uma família, nenhum limite há para seu reconhecimento. A presença de qualquer outro requisito ou pressuposto é desnecessária para sua identificação.

Essa nova concepção tem levado cada vez mais a sociedade a conviver com todos os tipos e espécies de relacionamento, mesmo que não mais correspondam ao modelo tido como “oficial”.

A Constituição Federal de 1988 já aponta um novo conceito de família, admitindo que precisa ser amplificado atendendo os quesitos da realidade. Vejamos o que preceitua a Carta Magna de 1988 no que tange a família:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Dessa forma, pode-se afirmar que a Constituição Federal tutela o instituto “família”, independentemente do modelo em que ela se construa e se desenvolva.

4. A socioafetividade no ambiente familiar e consequências na sucessão

O instituto da socioafetividade no direito de família é crescente, como se observa ao se analisar a doutrina e a jurisprudência.

A Constituição Federal de 1988 destaca o princípio da dignidade da pessoa humana e no artigo 226 e parágrafos privilegia a família, estabelecendo a isonomia entre os filhos, sejam eles oriundos ou não do casamento.

Sabe-se que o direito, ao visualizar os fatos, acaba por discipliná-los, e não é diferente no que se refere às relações familiares e sucessórias. Assim, no que concerne à filiação socioafetiva, o princípio constitucional da isonomia entre os filhos permanece intocável, inclusive aos filhos afetivos.

A filiação socioafetiva, por vezes, gerará a família multiparental, já que a jurisprudência já decide a possibilidade do filho ter seu pai/mãe biológicos mantidos em seu assento de nascimento, acrescentando, por vezes, o pai/mãe socioafetivos.

A socioafetividade, como o próprio nome sugere, decorre da afetividade construída com o cuidado, com o amor, com o respeito, com a relação que, embora inicialmente não fosse familiar, na prática é como se de fato fosse. São os filhos, os pais, as mães, enfim, são todos os que se ensinam nascer do coração.

Desta forma, hoje não basta mais apenas procriar. Criar é fundamental. Por isso alguns alertam para a distinção entre o genitor e o pai social. Ora, o genitor apenas procria. O pai social é o pai de fato, inclusive aos olhos do direito.

Atualmente apenas se ratifica a socioafetividade, não existindo muitos reflexos ainda, uma vez que, teoricamente, sabe-se que os efeitos jurídicos da socioafetividade são idênticos aos efeitos gerados pelos filhos havidos, ou não, pelo casamento. Assim, o filho adotivo tem os mesmos direitos e deveres dos filhos naturais, como também os filhos socioafetivos tem os mesmos direitos que os filhos naturais e adotivos – não há quaisquer distinções.

Os julgados reconhecendo a socioafetividade são muitos, tais como:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PPREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE O VÍNCULO BIOLÓGICO. Demonstrada a paternidade socioafetiva, pelo próprio depoimento da investigante, possível o julgamento do feito no estado em que se encontra, sendo desnecessária a realização de exame de dna ou inquirição de outras testemunhas, que não poderão conduzir à outra conclusão senão da improcedência da ação. Preliminares rejeitadas e recurso desprovido, por maioria”.(TJRS. Apelação Cível. 70015562689. Sétima Câmara Cível. Rel. Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 28/02/2007.

No mesmo sentido é o julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CRIANÇA QUE FOI ACOLHIDA AOS TRÊS MESES DE IDADE, CRIADA COMO SE FILHO FOSSE ANTE A IMPOSSIBILIDADE BIOLÓGICA DO CASAL EM GERAR FILHOS. ADOÇÃO NÃO FORMALIZADA. A verdade real se sobrepõe a formal, cumprindo-nos conhecer o vínculo afetivo-familiar criado pelo casal e a criança, hoje adulta, ainda que não tenha havido adoção legal. Paternidade socioafetiva que resulta clara nos autos pelos elementos de prova”. (TJRS. Sétima Câmara Cível. A.C. 70023877798, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 27/08/2008.)

Sendo assim, em linhas gerais, o filho afetivo poderá ter a declaração do estado de filho afetivo, com a conseqüente alteração do registro civil de nascimento para que adote o sobrenome dos pais afetivos e haja constituição das relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos, da mesma forma que ocorre com a adoção. Uma vez constituído o vínculo socioafetivo e por força da irrevogabilidade do poder familiar, os pais não poderão negar o vínculo. Haverá direito à herança entre eles; enfim, todos os direitos dos filhos naturais são assegurados aos filhos socioafetivos.

Mas a questão imposta é a sucessão multiparental. Não há qualquer vedação legal para que ela ocorra. No entanto, abordaremos apenas a sucessão dos ascendentes, uma vez que em relação aos descendentes, especificamente no que se relaciona à pessoa dos filhos, não haverá qualquer distinção, uma vez que se observará o disposto no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

O direito de herança está constitucionalmente assegurado nos incisos XXX e XXXI, artigo 5º, da Constituição Federal, sendo ele desmembramento do direito de propriedade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2013, 340) ensina que "a Constituição, no inc. XXX do art. 5º garante o direito à herança, que antes apenas disciplinado na lei civil, se eleva agora à dignidade constitucional".

Especificamente sobre a sucessão dos ascendentes, assim preceitua o Código Civil:

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

A primeira consideração a realizar é que diferentemente do que se encontra na sucessão dos descendentes em concorrência com o cônjuge, pouco importará o regime de bens sob o qual o cônjuge supérstite esteve casado com o *de cujus*. Assim, independentemente do regime de bens, havendo ou não bens particulares, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os ascendentes.

Como é a regra geral no direito sucessório, os ascendentes mais próximos excluem os mais remotos, como se observa do parágrafo primeiro. Vale lembrar que não há direito de representação na linha ascendente.

O parágrafo segundo dispõe: "Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna".

Com todo respeito que se deve aos posicionamentos em contrário, parecem-nos, salvo melhor juízo, que o legislador poderia ter elaborado a norma com melhor descrição.

Exemplifiquemos:

João e Maria são pais de José. José é casado com Flor, no regime da comunhão parcial de bens. José falece, sem deixar descendentes.

Observando o disposto no artigo 1.829, do Código Civil, a sucessão de José será deferida aos ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Imaginando que a herança de José seja de R\$ 90.000,00 e aplicando o disposto no artigo 1.837, "ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau".

Significa dizer que se João e Maria, pais de José, estiverem vivos no momento da abertura da sucessão de José, sua herança será dividida em três partes iguais: um terço para João, um terço para Maria e um terço para Flor.

No entanto, o legislador continua, dizendo que ao cônjuge supérstite caberá metade da herança se concorrer apenas com um ascendente do *de cujus*, isto é, se João, pai de José, já tivesse morrido antes do falecimento de José, sua mãe e sua esposa dividiriam sua herança. Considerando o mesmo valor, cada uma delas receberia R\$ 45.000,00.

E, finaliza o legislador, que se o cônjuge supérstite concorrer com ascendente de grau maior ao dos pais (avós, bisavós, trisavós...), ao cônjuge estará resguardada a metade da herança. Supondo que o avô paterno de José estivesse vivo, mas seus avós maternos e os seus pais não, o avô paterno receberia metade e a Flor receberia metade - R\$ 45.000,00.

Estando os pais de José mortos, bem como seus avós maternos, mas tendo ele os avós paternos vivos, igual resultado haverá, mas se houver as avós, materna e paterna vivas, a situação mudará. Isso porque se garantirá metade para Flor, esposa do falecido, sendo a outra metade dividida entre a linha ascendente materna e linha ascendente paterna, sendo que cada uma das avós receberia R\$ 22.500,00.

Melhor seria, sem embargo de entendimento diverso, ter o legislador disciplina que concorrendo com os ascendentes de primeiro grau do *de cujus*, que a herança fosse dividida em partes iguais e, ultrapassando o primeiro grau, que ao cônjuge se assegurasse metade e o restante fosse dividido aos demais herdeiros.

Sílvio de Salvo Venosa, ao analisar a sucessão do ascendente, explica:

No tocante ao cônjuge, sua herança será de um terço da universalidade se concorrer com ascendente de primeiro grau, sendo a metade se concorrer com um só ascendente, ou se maior for o grau (1.837). Assim, de acordo com o atual Código, a herança será

dividida em três partes iguais se o cônjuge sobrevivente concorrer com sogro e sogra. Se houver apenas o sogro ou a sogra vivo ou se os herdeiros ascendentes forem de grau mais distante, o cônjuge receberá sempre a metade da herança. Como se nota, não somente o cônjuge foi colocado como herdeiro necessário no presente diploma, como sua situação sucessória foi sensivelmente melhorada. Advirta-se que a situação não se aplica à união estável, que possui regra própria. (VENOSA, 2014, p. 136-137)

Todo o exposto serve para se chegar ao que, em muito breve, estará às portas do Poder Judiciário: as sucessões socioafetivas ou multiparentais.

Imaginando que os pais de José - João e Maria - não pudessem ter criado José, sendo ele criado por Josefina e Mário. Falecendo José, na mesma situação hipotética trabalhada, como ficará a sucessão dos ascendentes?

A nosso ver, respeitando os posicionamentos em contrário, se os ascendentes forem de primeiro grau, deverá ser divididas em partes iguais a herança de José entre seus herdeiros: Flor (esposa), João e Maria (pais biológicos) e Josefina e Mário (pais socioafetivos). Observa-se que haverá duas linhas maternas e duas linhas paternas.

Ao menos é o posicionamento que nos parece assegurar o direito constitucional de herança e a isonomia aparentemente desejada pelo legislador.

5. Considerações finais

O reconhecimento da socioafetividade no direito de família implica, obrigatoriamente, uma nova visualização do direito sucessório, pelas consequências que gerará.

O legislador ao dispor o artigo 1.836, do Código Civil, não se utilizou do princípio da operabilidade que permeia o direito civil, disciplinando a sucessão do ascendente de maneira menos fácil, sem embargo de entendimento em contrário, como restou demonstrado neste artigo.

O direito é uno e, por assim ser, suas normas tem de ser compatíveis entre si.

Não analisar a socioafetividade no âmbito sucessório acarretará consequência em futuro próximo, uma vez que reconhecida a

maternidade/paternidade socioafetivos, conseqüentemente, haverá implicações práticas no campo das sucessões.

O objetivo é demonstrar que, aplicando o artigo 1836, do Código Civil com a utilização do princípio da operabilidade, será possível dirimir todas e quaisquer dúvidas que poderão surgir quando da sucessão multiparental.

O legislador, salvo melhor juízo, pretendeu dividir em partes iguais a herança do *de cuius* quando houver a concorrência do cônjuge e dos ascendentes, independentemente se os ascendentes forem consanguíneos ou socioafetivos.

Existindo, portanto, pais biológicos e cônjuge supérstite concorrendo com eles, o total da herança será dividido em três partes iguais – linha materna, linha paterna e cônjuge.

Se houver o reconhecimento da socioafetividade, incluindo os pais socioafetivos e permanecendo os pais biológicos no assento do falecido, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, a herança será dividida em cinco partes iguais: linha materna biológica, linha materna socioafetiva, linha paterna biológica, linha paterna socioafetiva e cônjuge sobrevivente.

Desta forma, sem embargo de entendimento contrário, observados serão os princípios constitucionais, os princípios inatos do direito civil, especialmente o da operabilidade, atendendo-se ao disposto no artigo 226, da Constituição Federal que garante o reconhecimento da família em sentido amplo, garantindo-lhe todos os direitos com base no princípio da isonomia familiar. Destaca-se, por fim, que as conseqüências aqui tratadas referem-se, exclusivamente, ao cônjuge, estando disciplinada de forma diferenciada a sucessão decorrente da união estável.

REFERÊNCIAS

AKEL, ANA Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um Avanço para a Família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A., 2006.

Declaração dos Direitos Humanos, Paris, 1948.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

DIAS, Maria Berenice. **O amor não tem sexo**. 2013b. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10 - amor n%E3o tem sexo.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_-_amor_n%E3o_tem_sex0.pdf)> Acessado em 25/05/2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. vol. 5. 29 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. vol.6. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Discurso sobre a Economia Política**. 7. ed. Editora Hemus, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.