

Possibilidade de inclusão dos enteados como herdeiros necessários: o fator afetividade

Leonardo Gomes de Aquino

Advogado. Mestre em Direito.
Pós-Graduado em Direito Empresarial.

RESUMO

A questão colocada no texto abaixo é a possibilidade de inclusão dos enteados e enteadas no rol dos herdeiros necessários em virtude do fator afetividade, isto porque a afetividade é qualidade ou caráter de afetivo. Logo, o fato jurídico afeto é suporte fático preponderante para a existência de uma relação jurídica de aplicação da norma. Sendo que a afetividade promove o desenvolvimento da personalidade e o efetivo respeito a dignidade da pessoa humana. Assim, seria possível a inclusão no rol dos herdeiros necessários apenas pelo fato da existência de afetividade?

PALAVRAS-CHAVE

Herança. Afetividade. Herdeiro necessário. Afeto. Enteados.

ABSTRACT

The question in the text below is the possibility of including stepchildren and stepdaughters in the list of heirs necessitated by the affection factor, because this affection is quality or affective character. Therefore, the legal fact affection is leading factual support for the existence of a legal relationship of application of the standard. Since affection promotes personality development and effective respect the dignity of the human person. Thus, it would be possible to include in the list of necessary heirs only because of the existence of affection?

KEY-WORDS

Inheritance. Affectivity. Necessary heir.
Affection. Stepson.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo nos traz análise do seguinte tema: os(as) enteados(as) podem ser considerados(as) herdeiros(as) necessários(as) em virtude da afetividade.

Assim devemos definir alguns pontos fulcrais no nosso trabalho.

Enteados(as) são os(as) filhos(os) do cônjuge, ou seja, são os parentes por afinidade em linha reta, cuja mãe ou pai se casou novamente, em relação ao seu padrasto ou madrasta.

Herança é o cômputo de bens, estratificando a existência de um patrimônio, legado por alguém, com o seu falecimento, ou seja, o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do de *cujus*, tanto no ativo como no passivo, até o limite da herança.

Dadas às considerações iniciais passemos ao problema do estudo. Os enteados podem ser considerados herdeiros necessários em virtude da afetividade?

Tomando como hipóteses as seguintes situações: (a) Não podem ser considerados herdeiros necessários por não haver previsão legal permitindo; (b) Não podem por não serem filhos sanguíneos ou adotados; (c) Podem ser herdeiros necessários, pois há uma relação de afinidade entre o(a) enteado(a) e o de *cujus*; (d) Podem ser herdeiros não necessários, pois há uma relação de afinidade entre o(a) enteado(a) e o de *cujus*; (e) Podem ser herdeiros necessários, pois houver prova de uma relação de afetividade entre o(a) enteado(a) e o de *cujus*; (f) Podem ser herdeiros não necessários, pois houver prova de uma relação de afinidade entre o(a) enteado(a) e o de *cujus*; (g) Só podem suceder se houver previsão testamentária.

Sendo que faremos a nossa análise sobre a ótica do Direito Constitucional e as repercussões ao direito civil e a principiologia envolta na matéria.

2. HERDEIRO

É necessário que o herdeiro, por ocasião da morte do de *cujus*, esteja vivo, ou ao menos concebido, pois o nascituro pode ter resguardado os seus direitos desde a concepção e se tornará nesse caso herdeiros se nascerem com vida. Assim, a pessoa, via de regra física e só excepcionalmente jurídica a qual é devolvida a herança. Assim, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1784, do CC). Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (art. 1788 do CC).

O herdeiro será legítimo e testamentário, importando um ponto de vista subjetivo da sucessão. Sendo certo que o herdeiro e o de *cujus* o eixo pessoal de todo o fenômeno sucessório. Assim, a herança no momento da morte transita (princípio do *saísine*) de um para o outro de forma linear e sem interferência de um pólo para outro, sendo a morte um fato jurídico natural que gera a extinção da personalidade jurídica do indivíduo (art. 6º, do CC), até a translação do complexo universal de bens e direitos e obrigações, salvo os diretos personalíssimos.

A herança está ligada a ideia de patrimônio, mas do que a ideia de direitos pessoais, no sentido personalíssimo, pois reflete forçosa a transferência do patrimônio, em corolário originado no evento morte, isso porque há a segurança das relações jurídicas, visto que os negócios jurídicos continuam em vigor, gerando efeitos aos terceiros envolvidos. Dessa forma, a mudança da titularidade do acervo patrimonial do de *cujus* para os sucessores, gera uma duplicidade de perspectiva.

O primeiro no aspecto subjetivo onde o herdeiro irá receber a consagração dos sentimentos de perda do ente querido, além de haver nesse sentido a ideia de continuidade biológica, onde há uma continuidade da vida humana por meio da transmissão de ascendentes a descendentes.

tes, não apenas características genéticas, mas também psicológicas e que se projeta de forma objetiva no aspecto de interesse econômico, onde o sucessor é sub-rogado de forma legal nos direitos e obrigações transmitidos pela morte. Assim, o herdeiro passa a ser o centro das atenções, gerando uma indispensabilidade social e jurídica, isso porque o dinamismo que, no aspecto socioeconômico, cauciona o crescimento das riquezas depara no herdeiro o elemento válido para acioná-lo. Recebendo a herança, administra-a e, somando a seus próprios bens pode, com engenho e esforço, criar grandezas econômicas, de que muito se aproveita a comunidade. De outra forma, cabe-lhe responder, em termos e conforme as forças da herança, pelas dívidas deixadas pelo de *cujus*. Desta maneira, podemos nos filiar a ideia que o direito à herança se encontra dentro de um alinhamento entre o direito da propriedade e o direito de família, isso porque o direito de suceder extrapola o direito de receber um patrimônio apenas, mas também busca a continuidade da própria família, observando laços de afinidade e afetividade mútuos (HORONAKA, 2011, p. 334).

2.1. ESPÉCIE DE HERDEIRO

O herdeiro recebe a herança toda ou uma quota-fração dela, sem determinação de bens, o que ocorrerá somente com a partilha. O herdeiro pode ganhar essa condição por estar colocado na ordem de vocação hereditária (herdeiro legítimo), por ter sido concedida por testamento (herdeiro testamentário) ou por ter recebido um legado e neste caso será chamado de legatário.

O herdeiro legítimo é aquele que sucede na posse e domínio dos bens deixados pelo de *cujus*, em virtude de dispositivo legal que o qualifica como tal (art. 1.829 e 1.844, do CC). O herdeiro testamentário é aqueles que sucedem na posse e domínio dos bens deixados pelo falecido, graças à manifestação unilateral e última da vontade daquele que é o autor do testamento (art. 1.857, do CC). O legatário é aquele que recebe o legado, ou seja,

é a disposição testamentária a título singular, pela qual o testador deixa à pessoa estranha ou não à sucessão legítima, um ou mais objetos individualizados ou certa quantia em dinheiro e neste caso não respondendo o sucessor por qualquer dívida ou encargo da herança.

Os Herdeiros são aqueles que recebem a herança a título universal. Podem ser: a) Herdeiros Legítimos: são herdeiros por força da lei. São os descendentes, os ascendentes, o cônjuge, os companheiros e os colaterais até o quarto grau. b) Herdeiros Testamentários ou instituídos recebem por força de testamento; b.1) Legatários: são aqueles que são contemplados em testamento com coisa certa e individualizada. b.2) Herdeiros Necessários são aqueles que têm direito a uma participação mínima na herança (legítima) e que só podem ser excluídos excepcionalmente: *são os descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente* - art. 1845 do CC. Quando há herdeiros necessários, a pessoa só pode dispor de metade da herança - art. 1789 e 1846 do CC. b.3) Herdeiros Facultativos são aqueles que podem ser excluídos pela simples vontade do morto, sempre que este dispuser da totalidade de seu patrimônio sem os contemplar: são os colaterais até quarto grau e o companheiro sobrevivente.

MANDATO - PRESTAÇÃO DE CONTAS
- PRETENSÃO À APURAÇÃO DE
CRÉDITO E DÉBITO DE CONTAS DE
AUTOR DE HERANÇA EFETIVADAS
POR MANDATÁRIOS - PRETENSÃO
DEDUZIDA EM JUÍZO POR PRIMOS-
IRMÃOS DO “DECUJUS” - ESTRANGEIROS
QUE NÃO MANTINHAM LAÇOS DE
AFETIVIDADE COM O FALECIDO
- SECUNDA FASE - HERDEIROS
LEGAIS - DISTINÇÃO DAQUELES
COM OS HERDEIROS NECESSÁRIOS
- EFEITOS - HERDEIROS EM QUARTO
GRAU NA ORDEM DE VOCAÇÃO

HEREDITÁRIA - EXIGIBILIDADE
DAS CONTAS MOVIMENTADAS
SOMENTE DEPOIS DA MORTE DO
AUTOR DA HERANÇA - RESULTADO
FAVORÁVEL AOS MANDATÁRIOS -
SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DE-
MANDA INVERTIDA

A lei empresta tratamento diferenciado entre os herdeiros necessários (CC art 1 845) e os herdeiros legais. Os primeiros, quanto mais próximos os parentes, maiores os laços de afetividade a os unirem, e a consequente obrigação de alimentar. Os últimos, a Lei (CC art 1 829, IV) os reconhece, mas de forma muito singela.

Na linha transversal, a ordem da vocação hereditária deve tomar em consideração a limitação da vocação nessa classe, de molde a estabeleça' uma precisa correspondência entre a sucessão e o instituto familiar dos alimentos. Aqui, nesta causa, entre o autor da herança e os herdeiros de quarto grau na vocação hereditária, que não se conheciam pessoalmente, os vínculos de afetividade estavam bastante esmaecidos.

Os autos reportam-se ao triste cenário do fim da vida de imigrante, que tendo feito a América, faleceu aos noventa e três anos de idade, e recebera da família dos demandados aquilo que nunca recebera da sua família biológica, a amizade e o apreço em vida, e no cerrar de seus olhos, lhe foi prestada pelos demandados a derradeira homenagem a de dividir pela eternidade, um espaço no jazigo da família, que nestas terras afetuosamente o acolheu, e o adotou como seu integrante .

(TJ-SP - CR: 883696009 SP , Relator: Amorim Cantuária, Data de Julgamento: 04/11/2008, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/11/2008)

Inicialmente todo parente é herdeiro e como tem capacidade para herdar é herdeiro legítimo, mas podemos incluir nessa classificação o cônjuge e o companheiro. No entanto, nem todos fazem jus à herança, isso porque a lei estabelece uma ordem de prioridade entre os herdeiros, atendendo a proximidade com o de *cujus*. É o que se chama de ordem de vocação hereditária. Essa vocação hereditária determinada pela lei, não foi criada de forma arbitrária e sem sentido social jurídico, Maria Berenice Dias (2011, p. 126) afirma que presume a existência de laços afetivos que geram o dever de mútua assistência e tenta adivinhar quem a pessoa, ao morrer, gostaria de contemplar com o seu patrimônio. E complementa Maria Berenice Dias (2011, p. 133) que o legislador tenta adivinhar os graus de afetividade partindo do “pressuposto de que se tem mais proximidade com os parentes mais chegados. Baseia-se na presunção de afeto que as pessoas normalmente tem em relação aos seus familiares”.

De forma similar já dispunha Pinto Ferreira (1982, p. 38) ao afirmar que a ordem de sucessão legítima apresenta-se com motivos relevantes, baseando-se “no afeto dos laços familiares, graduando-se a sucessão pela intensidade desses laços sentimentais, que também consolidam a família, como núcleo da sociedade”. Por isso a base da sucessão legítima é o parentesco, respeitando-se as linhas e os graus mais próximos, assim como os laços com o cônjuge.

Mas para compreender a ordem de vocação hereditária deve distinguir a sucessão legítima da sucessão testamentária. A sucessão legítima é aquela que resulta exclusivamente da lei, sem que nela haja influência de qualquer forma a vontade do autor da herança, vontade essa que, ao invés, é a fonte da sucessão testamentária. Também na sucessão testamentária é regulada pela lei, entretanto procede fundamentalmente da vontade do testador, limitada pela lei. Sendo certo que o testador não pode contrariar a legítima, pois o art. 1789 do CC estipula que “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

3. PARENTESCO E SUA CARACTERIZAÇÃO

A concepção do ser humano é fato jurídico *stritu sensu*, pois desse fato jurídico não se irradia o efeito da personificação, visto que decorre do nascimento, mas irradiam-se outros fatos como a pretensão aos alimentos, o poder familiar que traz como consequência o impedimento que a mãe, ou o pai adote filho alheio, sem a efetiva destituição do poder. Já a possibilidade de prole entra como elemento de suporte fático de alguns fatos jurídicos, como o direito de herança, isso ocorre porque não há fato, mas a possibilidade fato.

A relação consanguínea gera a concepção de parentesco natural que é um fato que entra no mundo jurídico, logo é fato jurídico *stritu sensu*, isso porque ao nascer o sujeito passa a ter uma mãe e logo a genitora passa a ter um filho, entrando no mundo jurídico, pelo aspecto biológico, donde surge o fato jurídico de parentesco, que entra nos suportes fáticos de várias regras jurídicas, como o automático poder familiar e o decorrente de um termo inexato que a sucessão legítima.

O parentesco civil decorre da adoção, por inseminação heteróloga, por afinidade, em linha reta ou colateral ou por afetividade.

O parentesco por adoção estabelece um vínculo entre o adotante e o adotado, bem como os seus parentes. Pai e filho adotivo são parentes civis em virtude de lei (artigo 1.593, CC), nesse caso o parentesco é determinado por uma decisão judicial, logo é decorrente de ato jurídico, onde o adotado perde todos os laços com os parentes consanguíneos.

O parentesco por inseminação heteróloga o doador do material genético não é o cônjuge do outro submetido ao procedimento. Este se realiza com elementos provindos ao menos um estranho, com aproveitamento ou não das gâmetas (sêmen e óvulo) de um dos cônjuges. Normalmente o material provém de doações feitas por terceiros em bancos especializados e que se dedi-

cam exatamente em viabilizar gestações desta espécie. Autorizando a realização da inseminação artificial heteróloga na mulher com quem está casado, o marido chama para si a paternidade do filho resultante, fazendo com que incida a presunção estabelecida neste dispositivo legal. Embora não se trate de paternidade efetiva sob o prisma genético considera a existência de laço idêntico ao produzido pela geração havida no casamento com a participação dos cônjuges. Assim, para surtir efeitos esta autorização do marido deve ser feita por escrito e assinado, em instrumento público ou particular, e de maneira expressa, não se admitindo que o tema de sérias consequências seja tratado de forma verbal ou mediante confecção de documento dúbio ou sujeito a questionamentos quanto ao seu real conteúdo. Logo, se trata de fato jurídico *stritu sensu*, pois há presunção *juris tantum*.

O parentesco além do natural pode ser por afinidade, nesse caso, o parente por afinidade refere-se aos parentes originados não por vínculo sanguíneo ou adoção, mas por vínculo matrimonial (artigo 1.595 do CC). Ou seja, quando você se casa, seus sogros e enteados se tornam, legalmente, seus parentes por afinidade. Isso porque, segundo a lei, vocês criaram um vínculo familiar a partir do momento em que você e seu cônjuge se casaram. Esse vínculo vai além de uma mera relação de amizade, que é subjetiva: ele passa a ser uma relação formal, que é objetiva. Em outras palavras, é relativamente difícil apurar o grau de afetividade entre os envolvidos. Por isso as relações de afetividade são subjetivas. Mas uma relação de parentesco – sanguíneo ou por afinidade – é fácil de ser identificada, pois as relações são fatos jurídicos que trazem consequências como o impedimento dos parentes por afinidade contraírem matrimônios. Assim, a afinidade é o liame jurídico que une um cônjuge ou companheiro aos parentes do outro, em linha reta até o infinito, e em linha colateral até o 2º grau, mantendo certa analogia com o parentesco natural quanto à determinação das linhas e graus. Assim, a sua caracterização é objetiva, logo

é esse parentesco é um fato jurídico stritu sensu, pois o juiz não precisa saber se a pessoa gosta ou não gosta de seus sogros ou enteados, ou o quanto ela gosta ou desgosta deles. Tudo o que é preciso é saber que vocês são, legalmente, parentes. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

O parentesco por afetividade são os indivíduos que são conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho por afeição. Nesse prisma Rossot (2009, p, 15) demonstra que o parentesco socioafetivo produz

os mesmos efeitos do parentesco natural. São pessoais: (a) a criação de vínculo de parentesco na linha reta e colateral (até 4º grau), permitindo a adoção do nome da família gerando impedimentos na orbita para assunção de determinados cargos públicos; (b) a criação de vínculo de afinidade. Sob o aspecto patrimonial são gerados direitos (deveres) a alimentos e direitos sucessórios. O reconhecimento do parentesco com base na socioafetividade deve ser criterioso, uma vez que (...) envolve terceiros, não necessariamente envolvidos na relação socioafetiva, mas que certamente envolvidos na relação socioafetiva, mas que certamente serão alcançados pelo dever de solidariedade que inerente às relações de parentesco.

No parentesco natural (a que não resulta do casamento dos genitores) há um vínculo biológico ligando o filho a seu genitor(a), porque, certamente, todo filho tem um

pai e uma mãe. No caso do parentesco afetivo o vínculo jurídico não se estabelece, automaticamente. Só pelo fato do nascimento, neste caso, a paternidade e maternidade não estarão determinadas, sendo necessário outro ato, o reconhecimento do parentesco.

Desta forma o parentesco por afinidade se trata do suporte fático para se alcançar o reconhecimento de uma paternidade, tendo em vista que um dos critérios para adoção na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Logo, se trata de fato jurídico *stritu sensu*, pois nesse caso para produzir os efeitos legais, na esfera patrimonial se faz necessário um processo judicial, o que não se faz necessário no caso da aplicação do art. 5º, III, da Lei Maria da Penha.

4. AFETIVIDADE

Como se observou linhas acima o critério aparente de enumeração da vocação hereditária foi o afeto entre os sujeitos, se faz necessário agora abordar a amplitude e caracterização do afeto.

4.1. ABRANGÊNCIA DO TERMO

Afetividade é qualidade ou caráter de afetivo, ou seja, o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza. Assim, se afetividade é a qualidade de afetivo o que venha a ser afetivo. Afetivo é relativo a afeto, que nada mais é que ser afetuoso, afeiçoado, carinhoso (AURÉLIO, 1986, p. 55). Logo, o que seria a afetividade no aspecto jurídico: Um fato, suporte fático ou fato jurídico?

4.2. AFETO

O vocábulo “afeto”, do latim *affectus*, consiste num estado, uma disposição de alma produzida por influência exterior, sentimento, amizade, paixão e simpatia (Caudas Aulete apud CARDIN, 2010).

Barros (2002, p. 8) afirma que o afeto

É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso.

A concepção do afeto na seara filosófica é apontada por Abbagnano (2007, p. 20) como

As emoções positivas que se referem a pessoas e que não tem caráter dominante e totalitário da paixão (v.). Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto as coisas, fator ou situações, os A. constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à totalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Essa palavra designa um conjunto de atos ou de atitudes como bonda-

de, apego, gratidão, ternura etc., que, no todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa “se preocupa com” ou “cuida de” de outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou à preocupação de que foi objeto. O que comumente se chama de “necessidade de A.” é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiança. Nesse sentido, o A. não é senão umas das formas de amor (v.).

O afeto é o aspecto puramente subjetivo da vida psíquica, que consiste na impressão agradável ou desagradável que ela causa ao sujeito que conhece ou deseja, sem que, por si mesmo, se relacione com alguém ou com algum objeto. É o aspecto puramente subjetivo da nossa vida psíquica e que está intimamente ligado à tendência e ao conhecimento, aos quais sucedem. Se o fato psíquico fosse possível destacar o conhecimento e a tendência, restaria apenas o afeto. São, portanto, maneiras de ser dos conhecimentos e tendências.

Há duas ordens de afetos: os afetos orgânicos ou superiores que é a comoção corporal, razão pela qual são chamadas de emoção e; os afetos superiores ou inorgânicos (egocêntricos e altruísticos) que são classificados quando à finalidade da emoção (agradáveis e desagradáveis).

Assim, “bastará eliminar de nossa experiência consciente todos os aspectos que, de algum modo, apresenta um objeto para se entender que a sobre é exatamente o afeto” (COSTA JUNIOR, 1982, p. 142).

Isso porque o afeto é o grande aliado para a formação de qualquer relação humana, é algo que se conquista a partir de uma reciprocidade entre as pessoas, e este sentimento é tão importante na identificação de alguém quanto ao sobrenome advindo de uma relação biológica.

4.3. AFETIVIDADE: FATO, SUPORTE FÁTICO, FATO JURÍDICO

É certo que o afeto enlaça e comunica aos sujeitos, independentemente do espaço geográfico temporal entre elas, isso porque há “uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam”. (BARROS, 2002, p. 9).

As palavras fato (real), suporte fático e fato jurídico representam diferentes conceitos. Como elemento diferenciador, entre o fato em si mesmo considerado e o suporte fático, há o elemento valorativo. Nesse sentido, merece ser trazida à colação consubstanciada no seguinte exemplo: o afeto, por exemplo, somente compõe suporte fático quando conhecido, porque a sua prova constitui elemento que se integra ao fato real para constituí-lo em suporte fático.

Só o afeto conhecido interessa à comunidade e a juridicidade só existe em razão da intersubjetividade. Se alguém tem afeto por outrem, mas não o expõe ou expressa, se trata de um fato, agora no momento em que o afeto é demonstrado e se transforma em afetividade aí teremos o suporte fático. Assim tudo se passa em sua esfera jurídica.

Mello (2007, p.67) aponta que

em geral o suporte fático é constituído por diversos fatos e até por situações que envolvem omissões, silêncio, não acontecimentos. Desses fatos, alguns, mas não todos, são considerados relevantes e a eles a norma jurídica dá entrada no mundo jurídico, por meio da incidência. Esses fatos, que são transportados para o mundo jurídico por força da incidência, constituem o fato jurídico. Assim, apenas parte do suporte fático entra no mundo jurídico e compõe o fato jurídico.

O art. 1.584 do CC permite que a guarda seja concedida há uma terceira pessoa, que não seja os genitores, desde que haja “compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

O fato jurídico guarda por afetividade tem como suporte fático: (a) a impossibilidade do pai e da mãe; (b) uma terceira pessoa; (c) parente ou não; (d) a concepção de afetividade.

Quando observamos o art. 5º, III da Lei 11.340/2006 verificamos que o afeto também deve ser considerado para aplicação da norma, pois a “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (...) “em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.”

O fato jurídico afeto é suporte fático preponderante para a existência de uma relação jurídica de aplicação da norma.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no (art. 25, do ECA) “entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.” E para a colocação do sujeito nesse tipo de família o Judiciário deve “levar-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida” (art. 28 do ECA). Nessa mesma perspectiva o ECA permite que seja deferida a adoção aos sujeitos que demonstrem vínculos de afetividade (art. 50 do ECA).

Novamente a afetividade se encontra dentro do suporte fático para a concessão da guarda e da adoção. Que são os fatos jurídicos previstos na norma, que dependem de determinação judicial para se concretizarem.

A observância dos dispositivos acima coloca o afetividade na organização familiar como fator condicionante para realização da família, pouco importante os laços sanguíneos, isso já é assim, pois o cônjuge se torna família por causa dos laços de família.

Oliveira (2002, p. 239) afirma que “a afetividade é instrumento ou de manutenção da união familiar ou de seu esfacelamento diante da constatação, pelos membros da família, de que entres eles já não mais existe força suficiente para manter unidos os laços da união”.

Assim, desaparecendo a afetividade podemos afirmar que desaparece o suporte fático que incide no fato jurídico decorrente da afetividade no âmbito patrimonial, isso porque os laços da personalidade gerados pela afetividade uma vez adquiridos não podem ser desfeitos por causa do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

5. AFETIVIDADE UMA FACE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, assegurada a todos sem distinção de qualquer natureza. E dignidade humana pressupõe todas as condições para uma vida saudável e feliz, como direito à saúde, educação, família, alimentação, moradia, lazer, entre outros. Afirma Canezin (2006, p. 73) “a dignidade constitui-se num fator primordial a formação da personalidade humana, sendo essencial ao relacionamento paterno-filial”.

Ascensão (2010, p. 59) escreve que

a dignidade humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar o mínimo, que crie o espaço no qual cada ho-

mem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem.

Não é possível compreender a pessoa simplesmente como sujeito de uma relação jurídica, pois a sua existência independe da criação jurídica, assim Ascensão (2010, p.59) a personalidade jurídica é a fundamentação no respeito e na proteção da dignidade da pessoa humana, como elemento essencial à existência da pessoa.

Assim, o direito da personalidade está sempre diante da necessidade de uma valoração ética fundada na dignidade da pessoa humana, como exprime Ascensão (2010, p. 64) ao afirmar que

os critérios poderão ser vários. Mas o essencial é o próprio fundamento ético que está na base do sistema. Só pode ser considerado direito da personalidade o que manifeste essa exigência na personalidade humana. Quaisquer outras posições favoráveis do indivíduo não promanam desta mesma fonte não podem ser acolhidas no núcleo dos direitos da personalidade.

Costa (2008, p. 53) expõe que o Princípio da afetividade está consubstanciado no Princípio da dignidade humana, pois a afetividade é parte qualificativa do ser e está ligado a quem é ou se mostra afetivo, o indivíduo afetivo.

Mas não só. Também faz parte dela um aspecto relativo a fenômenos, e neste viés revela-se nos próprios fenômenos que envolvem emoções e sentimentos ego-cêntricos ou altruísticos e agradáveis ou desagradáveis.

A afetividade promove o desenvolvimento da personalidade e o efetivo respeito a dignidade da pessoa humana (COSTA, 2008. p. 57). Desta forma, sendo a afetividade a forma de expor o afeto, podemos afirmar que se trata de um direito da personalidade e por logo uma

forma de apresentar a dignidade da pessoa humana e por consequência deve ser respeitada e observada quando for um suporte fático na concretização dos direitos.

Sob o manto do princípio da dignidade humana, os tribunais passam a reconhecer o valor do afeto, conforme se depreende da decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, prestigiando a filiação socioafetiva, no seguinte aresto:

Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil, vê a família como instrumento da realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (TJPR. Apelação Civil n. 108.417-9. 2ª Câ. Civ., Rel. Des. Accário Cambi, j.12/12/2001).

Dentro deste espectro Lobo (2008, p. 9) no coloca que “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental”.

Para que se configure a paternidade sócio-afetiva é necessária a demonstração de carinho, afeto, ou seja, a posse de estado de filho (Recurso Especial nº 1.018.538 - SE (2007/0305854-8), Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe: 24/06/2010).

No mais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se firmou na vertente de dar

prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo”. (REsp 878.941/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 17.09.2007).

Os fundamentos constitucionais da afetividade estão assegurados em vários dispositivos do texto constitucional, podendo-se citar, a título exemplificativo, os Arts. 226, § 4º (a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida), 227, caput (o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente), § 5º (a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos), § 6º (todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem), dentre outros.

Oliveira (2002, p. 238) demonstra que a afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores determinou, com a mesma intensidade e obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (Art. 229, CF). Foi mais longe: demonstrando os valores humanitários de nossos dias, estabeleceu como dever de todas as espécies de família o amparo aos idosos (não só aos parentes, mas a qualquer idoso), assegurando sua integração na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito a uma vida sadia (Art. 230, caput, CF).

A afetividade está ligada e atrelada ao conceito de reciprocidade de afeto e sentimento, que são elementos intrínsecos a pessoa humana, inalienável constituindo a externalização do afeto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os(as) enteados são parentes por afinidade, bem como não são parentes consanguíneos ou adotivos, logo por esse simples fato não podem fazer jus à equiparação aos herdeiros necessários.

Entretanto, caso haja o reconhecimento da afetividade de forma judicial, gerando uma adoção por afetividade podem o(a) enteado(a) fazer jus à equiparação aos herdeiros necessários.

Podem independentemente da comprovação dos laços afetivos serem beneficiados por testamento, logo serão herdeiros testamentários.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: Introdução. As pessoas. Os bens. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.

BAHIA, Claudio José Amaral. LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. O afeto e a afetividade nas relações filiares nas novas famílias. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3519.pdf>>. Acesso em dez 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 8, jul./set. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Civil n. 108.417-9. 2ª Câ. Civil., Rel. Des. Accário Cambi, j.12/12/2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial nº 1.018.538 - SE (2007/0305854-8), Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe: 24/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ).REsp 878.941/DF, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJ de 17.09.2007.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). CR: 883696009 SP. Rel.: Amorim Cantuária. Data de Julgamento: 04/11/2008, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/11/2008.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.71-87, jun/jul, 2006.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em dez 2013.

COSTA JUNIOR, J. B. de O. Afeto. Enciclopédia saraiva de direito. Coord. Prof. R. Limongi Franca. São Paulo: Saraiva, 1982. Vol. 5

COSTA, Maria Isabel Pereira. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 56, n.368, p.45-70, junho, 2008.

DIAS, Maria Berenice. MANUAL DAS SUCESSÕES. 2ª ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. O valor jurídico do afeto: Filiação socioafetiva x monetarização das relações de afeto. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8724&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em dez 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1986, p. 55

FERREIRA, Pinto. Vocação hereditária. Enciclopédia saraiva de direito. Coord. Prof. R. Limongi Franca. São Paulo: Saraiva, 1982. Vol. 78.

HORONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Morrer e suceder. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito da Família: a Persistente Trajetória de um Direito Fundamental. Direito das Famílias e Sucessões Nº 5 – Ago-Set/2008 – DOUTRINA – Magister Editora – IBDFAM – Instituto de Direito de Família, 2008.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre, n. 9, p. 5-24, abril/mai. 2009.