



**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
REDE DE ENSINO DOCTUM**



ANNA KARENINA MALTA QUARESMA

**A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA
*POST MORTEM***

**João Monlevade
2016**

ANNA KARENINA MALTA QUARESMA

**A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA
*POST MORTEM***

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

Áreas de concentração: Direito Civil

**Orientador(a): Prof. Filipy Salvador
Pereira Bicalho**

João Monlevade

2016

ANNA KARENINA MALTA QUARESMA

**A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA
*POST MORTEM***

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, em 2016.

Média final: _____

João Monlevade, de _____ de 2016.

.....
Filipy Salvador Pereira Bicalho
Prof. Orientador

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Prof^a TCC II

.....
Elivânia Felícia Braz
Prof. Avaliador (a)

.....
Carlos Eduardo Ávila Couto
Prof. Avaliador (a)

Dedico

**À Shirley Maria Malta, meu exemplo de
mulher, mãe e advogada. Dona do meu
coração e da minha saudade.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, que me munuiu de uma força incrível para iniciar e concluir essa caminhada, superando obstáculos e vivendo momentos inesquecíveis ao lado de pessoas muito especiais. Aos meus pais, que me proporcionaram o melhor dentro de suas possibilidades, me ensinando valores e princípios basilares da minha personalidade, que me permitem seguir pelo caminho do bem. Agradeço aos meus professores, que me ensinaram a amar a nobre ciência do Direito. E por fim, agradeço ao meu professor e orientador Filipy Salvador Pereira Bicalho, que através das aulas de direito de família tão bem lecionadas, me apontou um caminho a seguir, dentre os muitos que o Direito me possibilita e por ser tão paciente e amigo. Obrigada!

“A justiça pode irritar-se porque é precária. A verdade não se impacienta, porque é eterna.”
(Ruy Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho busca verificar a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem, conceito relativamente recente na doutrina e jurisprudência pátrias, segundo o qual, apartando-se da filiação meramente biológica ou natural, e mesmo da filiação civil, pela adoção regular, tem-se o desenvolvimento da relação parental de filiação pelos laços afetivos que se podem estabelecer entre pessoas que, entre si e socialmente, se apresentem e se comportem como pai/mãe e filho.

Para isso, buscou-se contextualizar o tema, analisando o modelo antigo de estrutura familiar e as novas estruturas que surgem atualmente em nossa sociedade, bem como, os princípios norteadores do direito de família.

Para uma compreensão do tema proposto estudou-se os critérios que determinam a filiação no nosso ordenamento e, posteriormente, analisou-se todos os critérios e circunstâncias que possibilitam o reconhecimento da paternidade sócio afetiva *post mortem* e as implicações que isso traz para o mundo jurídico.

Palavras-chave: Socioafetividade. Paternidade. Filiação. Post Mortem

ABSTRACT

The present work seeks to verify the possibility of recognition of post-mortem socio-affective paternity, a relatively recent concept in homeland doctrine and jurisprudence, according to which, away from mere biological or natural affiliation, and even from civil affiliation, The development of the parental relationship of affiliation by the affective bonds that can be established between people who, between themselves and socially, present themselves and behave like father / mother and son.

In order to do so, we sought to contextualize the theme by analyzing the old model of family structure and the new structures that currently appear in our society, as well as the guiding principles of family law.

For an understanding of the theme proposed studied the criteria that determine the membership in our planning and, subsequently, it was examined whether all criteria and circumstances that allow for the recognition of the fatherhood socio emotional distress post mortem and the implications that this brings to the legal world.

Keywords: Socio-affective. Paternity. Affiliation. *Post Mortem*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
STF	Supremo Tribunal Federal
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DA FAMÍLIA.....	12
2.1 Contexto Histórico	12
3 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	19
3.1 Princípios do Direito de Família.....	19
3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	20
3.1.2 Princípio da Liberdade.....	21
3.1.3 Princípio da Igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros	22
3.1.4 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos.....	23
3.1.5 Princípio da Solidariedade Familiar	23
3.1.6 Princípio do pluralismo familiar.....	24
3.1.7 Princípio da afetividade	25
4 FILIAÇÃO E SUAS ORIGENS	27
4.1 Critério Biológico.....	28
4.2 Critério Legal ou Jurídico.....	28
4.3 Critério Socioafetivo.....	29
4.4 Colisão de Critérios.....	32
5 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM.....	35
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente o conceito de família é extremamente amplo e inclusivo, em muito diferenciando-se da definição restritiva perpetuada historicamente. Essa evolução conceitual se deve, entre outras coisas, às transformações sociais e a proteção humanística que a entidade familiar ganhou a partir da Constituição da República de 1988, principalmente no sentido de funcionalizar o Direito de Família.

O aludido diploma legal significou um grande divisor de águas no Direito de Família brasileiro, uma vez que, para o anterior à sua vigência, a nossa legislação ainda era excessivamente conservadora e a única forma reconhecida de família era o casamento.

Foi através da Constituição de 1988, que uma mudança importante veio à baila nas discussões a respeito do referido instituto, onde pensar um modelo de família único tornou-se impossível, passando, assim, o modelo de família plural, que já existia na prática, a integrar a pauta jurídica constitucional, diferentemente do que dispunha o diploma legal anterior. Dessa forma, deve ser possível, mas também devido, que outros modelos, como a família monoparental, a família fraterna, as famílias simultâneas, dentre outras, receba a devida proteção legal.

No cenário atual, a ideia de família é um tanto quanto complexa, não cabendo ao Estado, conforme melhor entendimento, conceituar, mas tão somente reconhecer os diversos núcleos que se apresentam e a eles propiciar a devida tutela.

É oportuno observar que a família também pode ser entendida como uma célula maior, constituída não só por pais e filhos, mas também, por todos os parentes, descendentes da mesma linha ancestral, ou até mesmo aquela constituída por apenas uma pessoa.

As alterações que ocorreram na família foram profundas e se refletiram nos vínculos de parentesco. Corroborando para esse entendimento, a Constituição da República

de 1988 alargou o conceito de entidade familiar, não permitindo assim, distinções entre filhos, afastando adjetivações relacionadas à origem da filiação.

Cabe ao Estado assegurar proteção especial para as mães e pais solteiros, pais e mães separados ou divorciados e eventuais filhos, as famílias instituídas por inseminação artificial, produção independente, etc. A partir dessa ideia, prioriza-se, portanto, a família socioafetiva, à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para função social da família, consagrando a igualdade entre cônjuges e os filhos.

Desta feita, não é possível apresentar um conceito único e absoluto de família, um conceito que seja suficientemente apto a delimitar a complexa e multifacetária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas. Poder-se-ia, entretanto, dizer, que como referencial (e não como conceito delimitador), a família trata-se de um ente despersonalizado, célula-mater da sociedade, cujo reconhecimento é ditado pelo vínculo de afetividade que une as pessoas.

A paternidade socioafetiva encontra sua fundamentação nos laços afetivos constituídos diariamente com carinho, companheirismo, dedicação e doação entre pais e filhos. O princípio da socioafetividade está cada vez mais fortalecido tanto na sociedade como no mundo jurídico, e se relacionado a paternidade, pondera a distinção entre pai e genitor no direito ao reconhecimento da paternidade.

Essa discussão abarca também o direito registral, tendo-se por pai aquele que desempenha o papel protetor, educador e emocional. A parentalidade socioafetiva se dá pelo vínculo de afeto que pais e filhos estabelecem com a convivência, pela forma como se portam em sociedade, tratando-se como pai e filho e demonstrando que o reconhecimento dessa relação é da vontade dos dois.

A grande questão se apresenta quando essa relação de afeto existe, assim como a vontade de legitimá-la, mas aquele que pretende ser reconhecido como pai falece, deixando ao pretense filho lutar para o reconhecimento da paternidade post mortem. Seria possível ao judiciário reconhecer essa relação ou tal circunstância violaria

garantias constitucionais? Qual embasamento jurídico sustenta demandas dessa natureza?

Quando o filho consegue o reconhecimento da paternidade socioafetiva, passa a ter os mesmos direitos e deveres como se parente biológico fosse. Tem-se, assim, com a presente pesquisa, o intuito de analisar se, existindo relação de afeto passível de comprovação, o pretense pai falece e não deixa nenhuma manifestação que comprove a sua vontade de legitimar essa paternidade, seria possível o reconhecimento de paternidade socioafetiva post mortem. Tal investigação demanda também um estudo acerca dos possíveis requisitos que autorizariam o reconhecimento da paternidade, já que não existe embasamento legal, sendo necessário perscrutar toda a principiologia constitucional.

Sendo assim, através da análise doutrinária, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, pretende-se debatê-lo e apresentar, ao final, além de conclusões embasadas, uma profunda reflexão que venha proporcionar um maior conhecimento acerca da matéria e, até mesmo, caminhos que possam ser percorridos diante de demandas que envolvam essas circunstâncias.

2 DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

2.1 Contexto Histórico

Os vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana, o acasalamento entre os seres vivos sempre existiu, decorrente do instinto de perpetuação da espécie ou por aversão à solidão. A família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito, que juridicamente regulada não é multifacetada como a família natural.

O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento, convenção social para organizar os vínculos interpessoais, criando uma regra de conduta, como forma de impor limites ao homem. A instituição do casamento veio para cancelar os vínculos afetivos, tornando-os aceitos socialmente. A família tinha formação extensa, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção e com amplo incentivo a procriação.

Essa visão de família via seus membros como força de trabalho e seu crescimento ensejava melhores condições de sobrevivência e o seu núcleo era hierarquizado e patriarcal. Com a revolução industrial, a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que antes extensa, torna-se nuclear, restrita ao casal e seus filhos, migrando para a cidade e vivendo em espaços menores.

Essa grande mudança levou à aproximação dos seus membros, ganhando prestígio o vínculo afetivo que envolve seus integrantes, surgindo uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e amor.

O instituto da família no início do século passado era constituído unicamente pelo matrimônio e juridicamente era regido pelo Código Civil de 1916, sob um olhar estreito e discriminatório de família, que a limitava ao grupo originário do casamento, impedindo a dissolução deste, e distinguia seus membros e qualificava discriminatoriamente as pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas

relações. O referido diploma legal fazia referências punitivas as relações extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos desta, que tinham excluídos os seus direitos.

Dias, (p.30, 2009) aponta algumas alterações legislativas que foram acontecendo de acordo com a evolução da família, dentre elas o estatuto da mulher casada e a lei do divórcio. O estatuto devolveu a mulher casada, a plena capacidade deferindo-lhe bens reservados, assegurando-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos pelo seu trabalho. A lei do divórcio por sua vez, acabou com a indissolubilidade do matrimônio, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada.

Para a autora, foi a Constituição Federal de 1988 que proporcionou uma mudança legislativa expressiva ao instituto da família, ao instaurar a igualdade entre o homem e a mulher, ao esmiuçar o conceito de família, protegendo de forma igualitária seus membros, bem como, protegendo não só a família constituída pelo matrimônio, como a família constituída pela união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada família monoparental.

A autora ainda faz apontamentos sobre o Código Civil de 2002, que foi gestado antes da Lei do Divórcio e sofreu muitas alterações para adequar-se às diretrizes ditadas pela Constituição. Mesmo essas alterações ainda não deram ao texto atualidade e clareza e nem o aproximou das profundas alterações por que passou a família no século XX.

Para ela, o grande ganho foi ter excluído expressões e conceitos que causavam mal-estar e não podiam conviver com a moderna estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade, dispositivos que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios, tais como, as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, etc. Já como avanço, ela cita a correção de equívocos e incorporação de orientações pacificadas pela jurisprudência, como não determinar compulsoriamente a exclusão do sobrenome do marido do nome da mulher.

A autora cita também algumas inconstitucionalidades do Código Civil de 2002:

[...] “a perquirição da culpa na separação é um dos grandes exemplos da falta de sensibilidade para com o clamor da doutrina. O mundo de hoje não mais comporta uma visão idealizada da família. Seu conceito mudou. A sociedade concede a todos o direito de buscar a felicidade, independente dos vínculos afetivos que estabeleçam. [...] Impor a um dos cônjuges que desnude a intimidade do outro, trazendo a juízo os fatos que tornaram insuportável a vida em comum, fere o direito à privacidade, além de afrontar a dignidade do par do qual quer se desvencilhar”

O aludido diploma legal também cometeu inconstitucionalidade ao tratar com desigualdade as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável, tal diferenciação não encontra respaldo constitucional.

Quando se pensa em família, muitas vezes ainda vem à mente o modelo tradicional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e os filhos desse matrimônio. O que é preciso ter em mente, é que essa realidade mudou, e hoje já existem famílias que se distanciam do perfil tido como convencional, como por exemplo, as famílias recompostas, monoparentais e homo afetivas.

A convivência com essas novas concepções de famílias mostra que esse instituto de pluralizou, igualmente o termo que o identifica. Não cabem mais expressões como famílias marginais, informais e extramatrimoniais, elas trazem um ranço discriminatório.

Pode-se notar que nesse contexto em que as configurações familiares se renovam constantemente, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade de se criar os filhos dessas relações amorosas que muitas vezes são temporárias, desobrigadas a se eternizarem.

Para Dias (2009, p.42),

[...] o novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. [...]

Pode-se dizer que está ocorrendo uma verdadeira democratização dos sentimentos, onde respeito mútuo e liberdade individual são preservados. E por viverem em uma sociedade mais tolerante, as pessoas se sentem mais livres, buscam realizar o sonho de serem felizes sem se sentirem tolhidas e obrigadas a permanecerem em estruturas preestabelecidas.

As novas famílias buscam construir uma história em que existe comunhão afetiva, onde traição e infidelidade estão perdendo espaço, uma vez que, as pessoas estão tendo o direito de escolha e podem comungar de uma vida que lhe pareça mais atrativa e gratificante.

A família matrimonial surgiu da necessidade de regular as relações afetivas, tanto Estado e Igreja, assumiram postura conservadora para preservar a moralidade. A Igreja consagrou a união entre um homem e uma mulher como sacramento indissolúvel, sendo as únicas relações afetivas aceitáveis as provenientes do casamento entre estes. A cultura cristã influenciou grandemente o Estado, o que acabou levando o legislador, no início do século passado, a reconhecer juridicamente apenas à união matrimonial. O perfil da família existente era: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual.

A família informal era a família extramatrimonial, a ilegítima. Como já foi exposto, somente a família constituída pelo matrimônio tinha respaldo legal, desta forma, às denominadas adulterinas ou concubinárias era vedado quaisquer direitos. Os filhos havidos dessas relações eram alvos de denominações discriminatórias e pejorativas, tais como, ilegítimos, bastardos, espúrios, etc. Não possuíam nenhum direito, sendo condenados a invisibilidade e impedidos de pleitearem reconhecimento enquanto o genitor fosse casado. Às concubinas eram negados seus direitos, sendo concedido com o tempo o nome de companheira e ao fim da relação uma indenização por serviços domésticos prestados, mas nada mais, nem alimentos e nem direitos sucessórios. Essas relações passaram a ser aceitas pela sociedade e com o advento da Constituição Federal de 1988 foram chamadas de união estável, podendo ser transformadas em casamento, assegura alimentos, estabelece regime de bens e garante direitos sucessórios.

A família homo afetiva é a composta por casais do mesmo sexo e a convivência não se difere da união estável heterossexual, mas a Constituição, por preconceito, emprestou juridicidade somente as uniões estáveis entre o homem e a mulher. Assim como às demais espécies de uniões que tem por base o afeto, à união homo afetiva não se deve deixar de conferir status de família e merecedora da proteção do Estado.

Segundo Dias (2009, p. 47),

[...] Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões.[...]

Hoje, um novo olhar se abre para essa espécie de família, que se reconhecidas como entidades familiares, as ações devem tramitar nas varas de família, devendo ser aplicada, nem que seja por analogia, a legislação da união estável, assegurando-se partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação.

A família monoparental, é a formada por qualquer dos pais e seus descendentes e receberam em sede doutrinária esse nome, para ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.

De acordo com Dias (2009, p. 48), “de forma injustificável, o legislador omitiu-se em regular seus direitos, que acabaram alijados do Código Civil, apesar de estar ser a realidade de um terço das famílias brasileiras. ”

Por sua vez, a convivência entre parentes ou entre pessoas, mesmo que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito impõe a existência de uma entidade familiar, que recebeu o nome de anaparental. É importante saber, que, mesmo inexistindo qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicação, mesmo que por analogia, as disposições que tratam de casamento e da união estável e merece também proteção constitucional.

Já aquela estrutura familiar originada no matrimônio ou união estável, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia, recebe o nome de famílias pluriparentais ou mosaico. Essa entidade familiar, resulta das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não-matrimoniais e das desuniões. Seu núcleo é formado por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores, que trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. Juridicamente, o vínculo do genitor com seu filho é considerado monoparental, admite-se a possibilidade de adoção pelo companheiro do cônjuge do genitor com a concordância do pai registral, não se reconhece ao filho do cônjuge ou companheiro o direito a alimentos, admite-se timidamente somente visitas.

Existe também a família paralela, que advém do concubinato, que ainda é alvo de repúdio social, mas que não deixa de ser uma relação que tem por base o afeto. Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, como, adulterinos, impuros, impróprios, são também condenados a invisibilidade. Uniões que persistem por anos, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. Deixar de reconhecer essa espécie de família como entidade familiar leva à exclusão de todos os direitos das famílias e sucessórios, não podendo a companheira receber alimentos, herdar, ter participação automática na metade dos bens adquiridos em comum. Essa relação não é reconhecida nem como união estável, no máximo, como uma sociedade de fato, partilhando os bens adquiridos na sua constância, mediante prova da participação efetiva para a aquisição patrimonial; à mulher, no máximo é dispensada uma indenização pelos serviços prestados.

Sob o pensamento de que é a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais, ou seja, é o afeto entre as pessoas que organiza e orienta o seu desenvolvimento, é que surge a família eudemonista. Aquela que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade.

De acordo com Dias (2009, p. 55), “a família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. ”

Na família eudemonista o formato hierárquico cedeu lugar a democratização, onde as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade. Para os eudemonistas, não existem mais razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que possam justificar ou permitir a ingerência do Estado na vida das pessoas.

3 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

3.1 Princípios do Direito de Família

É importante distinguir a diferença entre princípios constitucionais e princípios gerais de direito. Os princípios constitucionais dispõem de primazia diante da lei, sendo a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico, pairam sobre toda a organização jurídica. Por sua vez, os princípios gerais do direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, e assim, como a analogia e os costumes, são invocados quando se verifica lacunas na lei, auxiliando o intérprete a encontrar uma solução adequada para o caso concreto.

Feita a importante distinção, podemos dizer que com o advento da Constituição Federal de 1988, surge um novo modo de ver o direito, sendo esta uma carta de princípios que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo, deixando de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Esse novo olhar sobre o direito, transformou os princípios constitucionais em conformadores da lei, imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça e deixando de ser força supletiva para adquirir eficácia imediata.

Para Dias (2009, p.57), no passado, a operação hermenêutica encontrava-se invertida. A Constituição era considerada uma moldura constituída pelas leis e códigos, destinada ao legislador, que por sua vez, era refém da legislação infraconstitucional, não podendo reinterpretar e revisar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Carta Magna.

Para Diniz (2007, p. 17),

[...]com o novo milênio surge a esperança de encontrar soluções adequadas aos problemas surgidos na seara do direito de família, marcados por grandes mudanças e inovações, provocadas pela perigosa inversão de valores, pela liberação sexual; pela conquista do poder pela mulher, assumindo papel decisivo em vários setores sociais, escolhendo seu próprio caminho; pela proteção aos conviventes; pela alteração dos padrões de conduta social; pela desbiologização da paternidade; pela rápida desvinculação dos filhos do poder familiar etc.

Para a autora, tais alterações foram acolhidas para que houvesse preservação da coesão familiar e dos valores culturais, valorizando-se assim os costumes, proporcionando à família moderna um tratamento legal mais consentâneo à realidade social.

3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Princípio fundante do Estado democrático de direito, foi consagrado como valor nuclear da ordem constitucional, decorrente da preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social.

Para Dias (p.61, 2009), sua essência é difícil de ser capturada em palavras, sendo impossível uma compreensão exclusivamente intelectual, e como outros princípios também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

Segundo a autora, o referido princípio é o mais universal de todos os princípios, sendo considerado um macro princípio, do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade.

Ao ser elevado a fundamento da ordem jurídica pela ordem constitucional, optou-se expressamente pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade, provocando assim a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, alçando a pessoa humana a centro protetor do direito.

Entende-se com isso que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas limita à atuação do Estado, mas consiste em um norte para a sua ação positiva. Cabe ao Estado não apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas o dever de promover essa dignidade através de condutas ativas que garantam o mínimo existencial para cada indivíduo em seu território.

É clara a ligação do direito das famílias aos direitos humanos, que tem por base a dignidade humana. Significa assim que deve existir uma igual dignidade para todas

as entidades familiares, ou seja, “é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família” (Dias, p.62, 2009).

Para Dias (p.62, 2009),

[...] “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas”.

A autora também observa que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é seu direito não manter a entidade formada, o que pode comprometer-lhe a existência digna. Com isso é direito do indivíduo buscar a separação e o divórcio.

3.1.2 Princípio da Liberdade

Este princípio está correlacionado ao princípio da igualdade, sendo os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. Com isso, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade.

Com a instauração do regime democrático de direito a constituição Federal/88 preocupou-se em banir discriminação de qualquer ordem, dando especial atenção à igualdade e à liberdade.

Os referidos princípios estão relacionados ao direito de família ao pontuarem que todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como, a liberdade de escolher o tipo de entidade que quiser para constituir a sua família. A igualdade de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. A referida igualdade pode também ser observada na União Estável, é ela quem protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*.

Para Dias (p.63, 2009):

[...]“ a liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho. Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Há a liberdade de extinguir ou dissolver o casamento e a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio.”[...]

A autora aponta alguns dispositivos em que se vê assegurado o direito a liberdade: artigo 227 da Constituição Federal, no rol dos direitos da criança e do adolescente, artigo 16, II do Estatuto da Criança e do Adolescente, que consagra como direito fundamental a liberdade de opinião e de expressão, artigo 16, V do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre a liberdade de participar da vida familiar e comunitária sem discriminação, etc.

Ela ainda aponta algumas inconstitucionalidades decorrentes da afronta ao aludido princípio: artigo 1.574 do Código Civil que dispõe sobre a imposição de prazo de vigência de um ano de casamento para a separação consensual; artigo 1.580, §2º também do Código Civil que exige a separação por dois anos para a busca do divórcio, entre outros.

3.1.3 Princípio da Igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros

À luz desse princípio, os cônjuges e os companheiros são iguais em direitos e deveres no seio familiar. Sob essa ótica, o patriarcalismo perde a sua posição de destaque, já não atende mais os anseios do povo, juridicamente, o poder do marido é substituído pela autoridade conjunta, não justificando mais a submissão legal da mulher.

Para Diniz (2007, p. 18):

[...] com esse princípio desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. [...]

A autora aponta ainda que:

[...] a CF/88 em seu artigo. 226, § 5º, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio [...]

Também em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o planejamento familiar, não sendo permitida qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. No que cabe ao Estado, a sua interferência é limitada, é seu dever propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito.

Sendo assim, com a queda do patriarcalismo e da hegemonia do poder marital e paterno, não existe mais no Código Civil Brasileiro, qualquer desigualdade de direitos e deveres do marido e da mulher ou dos companheiros, não há mais diferenciações em seus artigos, ou seja, há uma equivalência de papeis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser igualmente dividida entre o casal.

3.1.4 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

Ao reconhecer o princípio da igualdade não é permitido nenhuma distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, no que tange ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão. Proíbe revelar no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade, vedando também, designações discriminatórias relativas à filiação.

De acordo com Diniz (2007, p. 21), “a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento”, ou seja, didaticamente sealaria filho matrimonial ou não matrimonial, reconhecido e não reconhecido.

3.1.5 Princípio da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade tem sua origem nos vínculos afetivos, é o que cada um deve ao outro, e tem como significados a fraternidade e a reciprocidade. Ao

assegurar em seu preâmbulo uma sociedade fraterna e também estabelecer em seu artigo 230 o dever de amparo às pessoas idosas, a Constituição dá ao mesmo, respaldo constitucional. Está ligado ao direito de família quando consagra aos pais o dever de assistência aos filhos e quando o Código Civil em seu artigo 1.511 dispõe que o casamento estabelece plena comunhão de vidas.

Ao pensar a família como uma das técnicas originárias de proteção social, aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Segundo Dias (2009, p.66):

[...] Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro a família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação. [...]

Segundo a autora, os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos, sendo a obrigação de alimentar imposta aos familiares, com isso percebemos nitidamente a concretização do princípio da solidariedade.

3.1.6 Princípio do pluralismo familiar

O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

Para Diniz (2007, p. 21), a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares, como união estável e família monoparental, porém, o Código Civil contempla em poucos artigos a união estável outorgando-lhe alguns efeitos jurídicos, mas não contém qualquer norma disciplinando a família monoparental.

A autora nos faz essa observação e salienta que a família monoparental, composta por um dos genitores e sua prole é a modalidade de entidade familiar mais comum no nosso país.

Dias (2009, p.66), salienta que desde a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos, e nos remete ao tempo em que somente o casamento merecia reconhecimento jurídico e proteção:

[...] como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedade de fato. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais- agora chamadas de uniões homo afetivas- e as uniões estáveis paralelas- preconceituosamente nominadas de "concubinato adúltero"-, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias.[...]

Diante da realidade que salta aos nossos olhos, excluir do nosso ordenamento jurídico as entidades familiares que se compõem a partir do afeto, que estabelecem comprometimento mútuo e envolvimento pessoal, é no mínimo, ser conivente com a injustiça

3.1.7 Princípio da afetividade

Ao garantir direitos individuais e sociais, o Estado impõe a si, obrigações para com os seus cidadãos, o que Dias (2009, p.68) entende como um compromisso de garantir afeto, ou seja, o Estado é o primeiro a assegurar afeto aos indivíduos.

A palavra afeto não está contida no texto constitucional, mas percebe-se que o afeto tem proteção da nossa Carta Magna, quando a mesma reconheceu como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, já que o afeto é que une duas pessoas, conseguindo assim, reconhecimento e inserção do sistema jurídico.

Outro exemplo que podemos citar sobre a proteção constitucional do afeto, foi a institucionalização do modelo familiar eudemonista, em que há maior espaço para o afeto e a realização individual.

Para Dias (2009, p.68), quando o afeto foi consagrado a direito fundamental, a ideia dos juristas em não admitir a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva ficou enfraquecida, já que o aludido princípio faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito aos seus direitos fundamentais.

Ela cita Paulo Lôbo que em seu Código Civil comentado, identifica quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a igualdade de todos os filhos independente da origem; a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Cita também, as lições de Belmiro Welter que em sua obra Estatuto da União Estável(identifica em algumas passagens do Código Civil, a valorização do afeto: ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (artigo 1.511); ao admitir outra origem a filiação além do parentesco natural e civil (artigo 1.593); na consagração da igualdade na filiação (artigo 1.596); ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (artigo 1.604), e ao tratar do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais.

Ao falar de afeto dentro do âmbito familiar, é importante salientar que, assim como a solidariedade, ele não é fruto da biologia e nem do sangue. Nasce da convivência familiar, sendo o laço que une os indivíduos de uma família. Assim, a posse do estado de filho, nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto.

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de afeto entre seus membros, tornam se mais igualitárias nas relações, inclusive sexuais, mais flexíveis e menos sujeitas à regra e mais ao desejo. Pensar a família e o casamento hoje é pensar em realizar mais os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado de família.

Para Dias (2009, p.71), “o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”. A teoria e a prática das instituições de família dependem, de nossa competência em dar e receber amor.

4 FILIAÇÃO E SUAS ORIGENS

O momento em que vivemos hoje é de incertezas, onde antigos paradigmas se confrontam com uma realidade social em constante transformação, que por sua vez, encontra-se em descompasso com o modelo jurídico vigente. Relações vêm sendo estabelecidas independente de reconhecimento jurídico, provocando o Direito na busca por soluções que tutelem essas transformações. Porém, a elaboração de normas jurídicas custa a acompanhar a velocidade com que a realidade social se transforma, sendo impossível prever tudo o que ela venha a criar.

Ainda que a Constituição Federal vede qualquer tratamento discriminatório com relação aos filhos, o nosso Código Civil trata em capítulos distintos os filhos havidos da relação matrimonial e os filhos havidos fora do casamento. Essa diferenciação acontece devido ao uso de presunções por parte do legislador ao se referir aos filhos nascidos do casamento, decorrente de uma visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação.

A família constituída pelo casamento era a única a merecer o reconhecimento e a proteção estatal, recebendo o nome de família legítima. Segundo Dias (2009, p. 321), quando a lei trata da filiação, se refere aos filhos havidos do casamento, desprezando o legislador a verdade biológica e gerando assim, uma paternidade jurídica, estabelecida por presunção independente da verdade real.

É certo, por exemplo, que quando se pensa em "filho", a primeira coisa que vem à mente é a questão da procriação, pois "filho", a princípio, é o descendente direto de alguém.

Para Diniz (2007, p. 420),

[...] "filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga." [...]

A autora salienta que é preciso lembrar quem nem sempre esse liame decorre de união sexual, pois pode ser proveniente de inseminação artificial ou de fertilização in vitro.

Ao examinarmos com mais cuidado a questão da filiação, percebemos que existem fundamentalmente, três critérios para determiná-la em nossa sociedade: a biológica, a jurídica e a afetiva.

4.1 Critério Biológico

Ainda hoje, quando se fala em filiação e reconhecimento de filho, fala-se em filiação biológica, busca-se a verdade real, que considera a relação de filiação decorrente do vínculo de consanguinidade. Quando se deu a quebra do primado de que a família se constituía com o casamento e passou-se a admitir como entidades familiares aquelas não constituídas pelo matrimônio, a afetividade foi reconhecida como elemento constitutivo da família, que gerou mudanças tanto nas relações familiares como nas relações de filiação.

Dias (2009, p.331), aponta ainda que os avanços científicos, que culminaram com a descoberta dos marcadores genéticos permitindo a identificação da filiação biológica por meio de singelo exame, desencadearam verdadeira corrida ao Judiciário em busca da verdade real. Para a autora, nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade tem pouca valia frente à verdade afetiva, e com isso, hoje estabeleceu-se a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria e da amor, e genitor o que gera.

4.2. Critério Legal ou Jurídico

A paternidade jurídica está prevista no artigo 1.597 do Código Civil, que estabelece a paternidade por presunção, independente da correspondência ou não com a realidade. Presunções são deduções que se tiram de um fato certo para a prova de um fato desconhecido, ou seja, independente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos.

Sob essa visão, pai é aquele que o sistema jurídico define como tal, é a lei que atribui à criança um pai. Desta feita, os filhos de pais casados têm de pleno direito, estabelecidas a paternidade e a maternidade

Diniz (2007, p.425), estabelece a presunção de que foram concebidos na constância do casamento: a) os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e não o dia da celebração do ato nupcial, porque há casos de casamento por procuração; b) os filhos nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação, nulidade ou anulação, porque a gestação humana não vai além desse prazo; c) os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Dessa forma, o filho concebido *post mortem* terá, por ficção jurídica, um lar, possibilitando a sua integração familiar e social. Por outro lado, o uso do material fertilizante depende de anuência prévia do doador; d) os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, isto é, dos componentes genéticos advindos do marido e da mulher, devendo conter também, anuência expressa do casal após esclarecimento da técnica de reprodução assistida *in vitro* a que se submeterão; e) os filhos havidos por inseminação heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido, reforçando a natureza socioafetiva do parentesco.

4.3. Critério Socioafetivo

Antes da adentrarmos na paternidade socioafetiva, é importante entendermos a posse do estado de filho, umas das características mais importantes dessa forma de paternidade.

A posse de estado é quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde á verdade. Quando se trata de filiação, quem assim se considera detém a posse do estado de filho afetivo, que por sua vez, não existe sem a posse do estado de pai. É onde a aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira.

O nosso sistema jurídico não contempla de forma expressa a noção de posse de estado de filho, que caracteriza a filiação afetiva. Esta, não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se fortalece no terreno da afetividade e confrontando tanto a verdade jurídica quanto a verdade científica no que estabelece a filiação.

Segundo Dias, (2009, p. 338):

[...] a filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A afeição tem valor jurídico. 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 da sua vida.[...]

A doutrina menciona três aspectos para o reconhecimento da posse do estado de filho: *tractatus*, quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; *nominatio*, quando usa o nome da família e assim se apresenta; *reputatio*, quando é reconhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Para Dias (2009, p.338) “ trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança que o direito considera satisfatória”.

Para Fachin (1996, p. 37): “[...] embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade. [...]”

O autor ainda aponta que a verdade sociológica da filiação se constrói, não se explica apenas na descendência genética, apresenta-se como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico.

A paternidade socioafetiva resulta da posse do estado de pai e posse do estado de filho, uma não se dá sem a outra, constituindo assim, modalidade de parentesco civil de “outra origem”, qual seja, origem afetiva como dispõe o artigo 1.593 do Código Civil.

A paternidade/filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito a filiação, corroborando assim, com a necessidade de manter a estabilidade da família, para que esta cumpra a sua função social. Este fato, atribui um papel secundário à verdade biológica, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas que decorre de uma convivência afetiva.

Para Fachin (1996, p. 59), a descendência genética é um dado, vem pronta, um elo inato e indissolúvel, vem como verdade desde o início, é traçada por uma informação obrigatória. Já a relação paterno filial socioafetiva se constrói, se revela numa conquista diária e que se firma nos detalhes, fruto de um querer ser pai que se põe na via do querer ser filho.

Segundo o autor (1996, p. 59),

[...] a verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles que toma conta do boletim e da lição de casa.[...]

O pai afetivo é o pai de emoções e sentimentos. Desta forma, uma paternidade não pode ser despida do vínculo afetivo, pois, caso o seja, mesmo tendo base biológica e sendo reconhecida juridicamente, será apenas uma ficção, pois deixará de cumprir o fim social para o qual se destina, que é o de servir de instrumento para o pleno desenvolvimento da personalidade dos filhos, garantindo o cumprimento dos seus direitos fundamentais.

Pode acontecer de os vínculos biológico, jurídico e sócio afetivo coincidirem, mas ocorrem, às vezes, situações em isso não acontece, surgindo assim, conflitos entre as três grandes verdades da filiação, sendo preciso que um juiz determine qual delas deve prevalecer sobre as outras.

A questão da filiação hoje se apresenta imensa, exigente e urgente, sendo mais que direitos, e sim, verdadeiras necessidades do filho, especialmente quando este filho é ainda uma pessoa em desenvolvimento, a quem nosso ordenamento jurídico

garante uma proteção integral e absoluta prioridade na tutela de seus melhores interesses. O estado de filiação é encarado como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível e é necessário que se produza rápidos avanços na construção de conhecimento jurídico acerca dessa importante área do Direito de Família.

4. 4 Colisão de Critérios

A despeito das diferentes origens, há que se mencionar que não existe prevalência entre eles, isto é, não há relação hierárquica. O que se sabe, contudo, é que, em determinados casos, poderá um deles prevalecer sobre o outro, mas tudo a depender do caso concreto. O entendimento de que há necessidade de análise no caso prático vem sendo acolhido pelos tribunais.

Ora, inexistente então uma norma legal que defina precisamente quem será o pai, já que a pluralidade dos referidos critérios abre um leque de possibilidades que impede a formação de uma certeza única. O que existem, como se verá adiante, são balizamentos que auxiliam na aplicação de um ou outro critério.

Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, durante muito tempo a norma jurídica afastou a possibilidade de se haver conflito entre os critérios de filiação, o que se afasta da realidade

A hipótese de se aceitar mais de um critério e, conseqüentemente, mais de um pai já tem precedentes jurídicos. A multiparentalidade ou pluriparentalidade é a concomitância de critérios biológicos e afetivos, fazendo constar no registro do filho o nome de mais de um pai.

A Juíza Federal do Trabalho, Dra. Linda Brandão Dias, de Volta Redonda-RJ, publicou em seu blog Diário de Uma Magistrada, no dia 27 de fevereiro de 2014, a decisão do Juiz da 1º Vara da Família e Registro Civil do Recife-PE, Dr. Clicerio Bezerra e Silva, nesse sentido:

O juiz de Direito Clécio Bezerra e Silva, da 1º vara da Família e Registro Civil do Recife/PE, autorizou a uma mulher adotada a retificação da certidão de nascimento, para que conste o nome do pai biológico. A autora da ação acionou o Judiciário para conseguir acrescentar no documento o nome do pai biológico, com quem sempre conviveu, e o dos avós paternos biológicos. O processo corre em segredo de justiça.

Natural de SP, a autora foi adotada aos três meses de idade sem o consentimento e conhecimento do pai biológico. Oficialmente, ela tem agora uma mãe, dois pais e seis avós, sendo dois maternos e quatro paternos

Citou, referida magistrada, ainda, as palavras do Juiz que concedeu tal decisão: “Não há como não reconhecer judicialmente a paternidade daquele que foi pai sem obrigação legal de sê-lo. Por amor, guardou, educou e deu sustento a sua filha”. O Magistrado reconheceu que não havendo o registro do pai biológico, mas tendo em vista que esse exerceu igualmente as duas obrigações perante a filha, deveriam exercer a paternidade aquele que cuidou como se fosse biológico, destinando afeto, e aquele que biológico, também zelou pela filha:

No caso dos autos, o pleno exercício da parentalidade, revelado pelo cuidar, prover, educar, que é inerente ao próprio ser humano, foi duplamente exercido pelo pai adotivo e pelo genitor, que, lado a lado, acompanharam o desenvolvimento da autora, afirmou o magistrado.

Recentemente, confirmando essa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a possibilidade da dupla filiação. Vejamos o julgado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

Em seu parecer, o relator estabeleceu no julgamento que não se pode reduzir as realidades familiares ao modelo pré-concebido de família e muito menos aceitar uma hierarquização entre as espécies de filiação, uma vez que, discriminar os tipos de filiação fere o princípio da igualdade entre os filhos.

5 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM

É sabido que o instituto da família sofreu muitas transformações ao longo do tempo e que sua evolução está intimamente ligada às mudanças e evoluções sociais. Diante disso, se faz necessário um estudo e análise de novos conceitos, que melhor retratam as entidades familiares nos dias atuais.

A paternidade socioafetiva é um exemplo de um novo conceito de entidade familiar, muito presente nas relações familiares contemporâneas, porém carente de previsão legal, principalmente após a morte do pretense pai.

A referida paternidade, apesar não ser reconhecida por nenhuma codificação, vem sendo amparada pela jurisprudência e pela doutrina, que lhe possibilita vigência graças a interpretações à luz de princípios constitucionais.

É possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem*, e esse reconhecimento pode basear-se, dentre outro, no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no texto constitucional em seu artigo 1º, inciso III.

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental a todo ser humano, independente de raça, sexo, cor, religião e origem e abrange um amplo conteúdo, alcançando direitos de ordem material, como saúde, alimentação, lazer, educação, etc... como direitos de ordem imaterial, como os direitos personalíssimos.

A Constituição Federal em seu art. 226, *caput*, estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Já o art. 227 dispõe que, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesses artigos fica clara a valorização das relações familiares, sendo a família considerada base da sociedade, gozando de especial proteção do Estado, devendo este assegurar dignidade a todos os seus membros.

Reconhecer a paternidade socioafetiva post mortem é dar dignidade ao filho que pleiteia o reconhecimento, garantindo-lhe o pleno desenvolvimento físico, moral e psíquico, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana.

A paternidade socioafetiva quando reconhecida, efetiva e garante o princípio da igualdade de filiação, disposto no artigo 227, § 6º da Constituição Federal Brasileira: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Sendo assim, deve ser assegurado àquele que detém a posse de estado de filho afetivo, os mesmos direitos fundamentais inerentes aos filhos biológicos, como o direito personalíssimo e imprescritível de ter reconhecida a sua paternidade.

Quanto ao direito de pleitear a ação de investigação de paternidade, ainda que o suposto pai tenha falecido, consubstancia-se na Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, e, seu artigo 227, que assim dispõe: o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de Justiça.

Mais uma vez o uso de princípios vem dar sustentabilidade a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem, uma vez que o artigo acima se encaixa perfeitamente ao princípio da igualdade de filiação. Se ao filho biológico é permitido pleitear a investigação de paternidade mesmo após a morte do pretense pai, não se pode negar o mesmo direito ao filho afetivo.

Por sua vez, o artigo 1.593 do Código Civil estabelece que: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. O significado de

“outra origem” não está explícito no aludido diploma legal, o que determina o uso da hermenêutica por parte do intérprete, que deve seguir de forma a compreender nesse sentido, a adoção, a filiação proveniente de técnicas de reprodução e também a filiação socioafetiva. Ao fazer essa interpretação, cabe também o uso dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos, salientando-se que não pode haver tratamento diferenciado entre os filhos, sendo a filiação biológica ou afetiva, e não pode haver também impedimento para o reconhecimento da filiação proveniente de vínculos afetivos, já que este é um direito fundamental.

Fundamenta-se o referido argumento com a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que o relator diz ser possível reconhecer a filiação socioafetiva com base no artigo 1.593 do Código Civil uma vez que a paternidade não está vinculada somente ao critério biológico, mas também a critérios afetivos.

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA - GARANTIA PREVISTA NO ORDENAMENTO - ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

- Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva, posto que esta pretensão encontra respaldo no art. 1.593 do CC/02 que prevê que o parentesco não se funda apenas no critério da consanguinidade, mas também no de outra origem, dentre os quais, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, se inclui a parentalidade socioafetiva.

Ao pleitear um reconhecimento de paternidade socioafetiva *post mortem*, o filho socioafetivo deve comprovar que detém a posse de estado de filho, caracterizada pelo tratamento do pretense pai para com o filho, quando este é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; quando o mesmo usa o nome da família e assim se apresenta; e quando é reconhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Deve apresentar testemunhas que possam comprovar efetivamente a existência dessa relação paternofilial e a vontade deste pretense pai não-biológico em ser reconhecido como tal. A ação é interposta em face dos herdeiros do “*de cujus*”.

Corroborar com esse entendimento a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que o relator reconheceu a paternidade socioafetiva *post mortem* da apelada entre os falecidos genitores, negando o recurso dos apelantes que pediam a desconsideração da paternidade, a supressão da paternidade biológica e registral, bem como a alteração do nome da apelada.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. FILHA DE CRIAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PAI E MÃE REGISTRAL/BIOLÓGICO. POSSE DO ESTADO DE FILHO. EXISTÊNCIA. NATURAL TRATAMENTO DA AUTORA COMO FILHA. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Pretende a parte apelante a modificação da r. sentença da instância a quo para que se reforme a declaração da existência de paternidade socioafetiva entre a apelada e os falecidos genitores dos apelantes, e determinação de supressão da paternidade biológica e registral, bem como a alteração do nome da apelada para contemplar o patronímico dos pretendidos pais afetivos, com o que poderia habilitar-se como herdeira dos de cujus;

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

Reconhecida a filiação, o filho afetivo torna-se detentor dos mesmos direitos e deveres do filho biológico ou adotado, efetivando assim, o já tão abordado princípio da igualdade entre os filhos.

Desta forma, embora não se verifique no ordenamento pátrio nenhuma disposição legal específica que verse sobre a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem, analisada toda a gênese de institutos que orientam a discussão, verificado a evolução do conceito de família, a extensão dos princípios da dignidade da pessoa humana e da socioafetividade, o momento atual de nossa sociedade, dentre outras circunstâncias analisadas no decorrer da pesquisa, outra ilação não se permite formar que não aquela que confirma que esse modelo de reconhecimento de filiação também deve ser sedimentado e confirmado juridicamente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso procurou discutir a questão da possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva post mortem, o que envolve uma profundada análise dos princípios constitucionais que norteiam o direito familiar.

Sabe-se que o tema é envolto em polêmicas e discussões, mas a realização do trabalho possibilitou uma madura compreensão sobre o mesmo, bem como aponta para a necessidade de regulamentação específica, ainda inexistente.

A patrimonialização do direito civil há muito perdeu lugar para questões de cunho socioafetivas, firmando a premissa de que o afeto pode se sobrepor à critérios biológicos de paternidade.

Em atenção a essa inovação filosófico-jurídica, é que se pode entender que o posicionamento mais adequado é aquele que assegura o direito à filiação socioafetiva post mortem, quando efetivamente demonstrada a relação paterno filial.

Pensar diferente e negar a paternidade é negar um dos direitos de personalidade, que segundo a dicção do art. 11 do Código Civil, não podem sofrer nenhuma limitação voluntária.

Essa deve ser a verdadeira finalidade a ser garantida pelo nosso ordenamento jurídico, ou seja, dignidade ao ser humano, que, no caso, verifica-se no direito de ser reconhecido filho, circunstância que por si só, deve ser considerada como mais preciosa do que qualquer direito patrimonial, indiferentemente do critério de filiação ou mesmo se reconhecida *post mortem*.

RERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Partes envolvidas: A.N x F.G. Min. Relator Luiz Fux. São Paulo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 25 de out. 2016 às 15h:30min.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n.10701092608812001.Rel: Min. Elias Camilo, Data de Julg.03.12.2009, Data de Publ.12.01.2010. Trecho retirado e disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6829678/107010926088120011-mg>. Acesso em 25 de out. 2016 às 15h:42min.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20150510068078. Rel. Min. Rômulo de Araújo Mendes, Data de Julg. 02.09.2015, 1º Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 11/09/2015. Pág.103. Disponível em:<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/231587105/apelacao-civel-apc-20150510068078>. Acesso em 25 de out. 2016 às 16h:05min.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Linda Brandão *apud* BEZERRA E SILVA, Clécio. Trecho retirado e disponível em: http://diariodeumamagistrada.blogspot.com.br/2014_02_01_archive.html. Acesso em 10 de set. 2016 às 16hs.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5.

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

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.vol.5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha.(Coord).**Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey,1997.