

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO
RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA
*POST MORTEM***

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Liara Thomasi de Almeida

SANTA MARIA, RS, BRASIL

2015

**DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA
FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM***

Liara Thomasi de Almeida

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Carlos Norberto Belmonte Vieira

Santa Maria, RS, Brasil

2015

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova o Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação

**DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA
FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM***

elaborado por
Liara Thomasi de Almeida

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

**Prof. Carlos Norberto Belmonte Vieira
(Presidente/Orientador)**

**Profa. Me. Maria Ester Toaldo Bopp
(UFSM)**

**Profa. Me. Letícia Thomasi Jahnke
(UFSM)**

Santa Maria, 1º de dezembro de 2015.

Os homens esqueceram essa verdade – disse ainda a raposa. – Mas tu não a deves esquecer. Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas.

(Antoine de Saint-Exupéry)

RESUMO

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Universidade Federal de Santa Maria

DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM*

Autora: Liara Thomasi de Almeida

Orientador: Carlos Norberto Belmonte Vieira

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 1º de dezembro de 2015.

O presente trabalho objetivou analisar se o ordenamento jurídico em vigor no Brasil comporta o reconhecimento da filiação socioafetiva em momento posterior ao óbito daquele que assumiu a função de pai/mãe. Para tanto, o estudo realizou-se mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial e a abordagem foi baseada no método dedutivo. O método de procedimento utilizado, por sua vez, foi o descritivo, porquanto a possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem* foi verificada a partir do estudo dos requisitos necessários à caracterização do instituto. Assim, em um primeiro momento, analisou-se a dignidade humana e a afetividade como os novos fundamentos das relações familiares, e, conseqüentemente, das relações filiais. Posteriormente, no segundo capítulo, examinou-se a temática sob o viés principiológico, legal e jurisprudencial, a fim de verificar se o instituto da filiação socioafetiva comporta, ou não, limitações de ordem formal e/ou temporal. Ao final, foi possível constatar que o reconhecimento da filiação socioafetiva, diante do ordenamento jurídico em vigor, não comporta, apesar da resistência jurisprudencial, qualquer limitação, seja de caráter formal ou temporal, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade no trato das relações familiares.

Palavras-chave: Filiação. Paternidade socioafetiva. Reconhecimento *post mortem*.

ABSTRACT
Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

**THE POSSIBILITY OF LEGAL RECOGNITION OF
SOCIOAFFECTIVE FILIATION *POST MORTEM***

Author: Liara Thomasi de Almeida

Adviser: Carlos Norberto Belmonte Vieira

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 1st, 2015.

This study aimed to examine if the legal system in force in Brazil involves the recognition of the socio-affective filiation of the person who assumed the role of father / mother after their death. The study was carried out through doctrinal and jurisprudential research and the approach was based on the deductive method. In addition, the method of procedure was descriptive because the legal possibility of recognizing the socioaffective filiation post mortem was verified by the study of the requirements for characterization of the institute. First, it analyzed human dignity and affection as the new foundations of family relationships, and consequent filial relations. In the second chapter, the issue was examined through the principled, legal and judicial biases in order to verify if the socioaffective filiation holds for no limitations of formal and / or temporal order. It was found that it was possible to confirm that despite the jurisprudential resistance, the recognition of the socioaffective filiation doesn't admit any formal or temporal limitation in accordance with the principle of human dignity and affectivity in the treatment of family relationships.

Keywords: Membership. Affective Paternity. Legal recognition *post mortem*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 O DIREITO À FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: CONSTITUCIONALIDADE E RECONHECIMENTO JURÍDICO DO INSTITUTO	10
1.1 Os novos princípios orientadores das relações familiares: a afetividade e a dignidade da pessoa humana.....	10
1.2 Do direito ao reconhecimento da filiação socioafetiva advindo da posse de estado de filho.....	22
2 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA <i>POST MORTEM</i> NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	32
2.1 Dos fundamentos principiológicas para o reconhecimento	32
2.2 A viabilidade legal da declaração da filiação socioafetiva <i>post mortem</i>	38
2.3 Abordagem jurisprudencial acerca do reconhecimento da filiação socioafetiva <i>post mortem</i>	44
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A família é o ponto de partida de todo indivíduo, uma vez que assegura o crescimento e o pleno desenvolvimento humano, cumprindo, portanto, um importante papel nas relações sociais como um todo. Tal relevância do instituto incentivou o poder constituinte originário a destinar um capítulo do texto constitucional para consagrar a família como a base da sociedade, atribuindo-lhe especial proteção do Estado.

Igualmente, a ordem constitucional, acompanhando as mudanças que se fizeram sentir na sociedade, estabeleceu a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem jurídica, superando questões patrimoniais, ou mesmo morais, nas relações jurídicas a fim de eleger o indivíduo como o centro e o fim do direito. Nessa esteira, consagrou-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, inserido no rol dos princípios fundamentais.

Essa nova orientação trouxe importantes reflexos para a estrutura familiar, uma vez que alargou o conceito de família ao reconhecer a prevalência dos interesses afetivos, bem como a igualdade entre todos seus membros, sem prejuízo da promoção de outros valores inseridos na ordem constitucional, como a solidariedade. O modelo tradicional de família, portanto, restou superado para satisfazer aos anseios sociais, possibilitando ao indivíduo a escolha da formação familiar que melhor atenda ao seu desenvolvimento como ser humano.

A nova ordem constitucional, indubitavelmente, levou a uma mudança de paradigmas. Elegeu-se, pois, o afeto vivenciado no dia a dia como requisito essencial à caracterização das relações familiares.

Diante dos novos elementos norteadores das relações familiares, surgiram, então, questões a serem enfrentadas no campo da parentalidade. Isso porque, como forma de promover a dignidade humana, a filiação não poderia estar restrita somente ao critério biológico ou jurídico, como é o caso da adoção, sendo da mesma relevância, se não maior, a presença do vínculo afetivo paterno-filial.

Ocorre que, apesar da orientação constitucional instituir a prevalência da estabilidade das relações socioafetivas, o legislador ordinário não se ocupou em tratar das relações paterno-filiais amparadas no vínculo socioafetivo, ocasionando

divergências, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, em relação à possibilidade do seu reconhecimento, especialmente em momento posterior à morte daquele que desempenhou as funções parentais.

Nesse contexto, tendo em vista a celeuma em questão, o presente trabalho objetiva analisar se a ordem jurídica do Brasil confere juridicidade às relações de parentalidade fundadas, primordialmente, em laços de afetos, prevalecendo, nesta hipótese, a realidade vivenciada no sentido de estabelecer um núcleo familiar, ainda que ausente a manifestação expressa do (a) suposto (a) pai (mãe), já que falecido (a).

Para tanto, no primeiro capítulo do presente trabalho, busca-se analisar a dignidade humana e a afetividade como os novos fundamentos das relações familiares, e, conseqüentemente, das relações filiais, sendo estas últimas identificadas não só pelo critério biológico ou jurídico, mas também a partir da presença dos requisitos inerentes à posse de estado de filho.

Já no segundo capítulo, procura-se refletir a temática sob o aspecto temporal, verificando-se a possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva em momento posterior ao óbito daquele (a) que desempenhou o papel de pai (mãe) na óptica do ordenamento jurídico atualmente em vigência, bem como do posicionamento dos Tribunais pátrios.

A realização da presente pesquisa conta com embasamento jurídico, doutrinário e jurisprudencial, porquanto as dissidências acerca do tema são trabalhadas para uma melhor compreensão da temática. Assim sendo, considerando que o cerne do projeto é abordado a partir de uma análise geral da legislação aplicável ao problema em questão, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, averiguando-se a viabilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem* diante do atual cenário do direito brasileiro.

No mesmo passo, importa dizer que o método de procedimento utilizado é o descritivo, por meio do qual a possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem* é verificada a partir do estudo dos requisitos necessários à caracterização do instituto, bem como das posições doutrinárias e jurisprudenciais, apontando-se, nesse último caso, as divergências quanto à possibilidade, ou não, de tal reconhecimento jurídico.

Dessa forma, considerando a relevância jurídica do vínculo paternal/maternal, o qual, além de apresentar forte influência no desenvolvimento da

personalidade humana, gera importantes reflexos em outros institutos jurídicos, como a sucessão, objetiva-se ponderar se a realidade vivenciada pelas partes, permeada pelo afeto, possibilita o direito ao reconhecimento da filiação socioafetiva, sob a égide da Constituição Federal e da legislação ordinária, ou, se, ao contrário, comporta alguma restrição, seja de caráter meramente formal ou mesmo temporal.

Nesse sentido, o presente trabalho torna-se de relevante discussão social.

1 O DIREITO À FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: CONSTITUCIONALIDADE E RECONHECIMENTO JURÍDICO DO INSTITUTO

Para a compreensão acerca do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva, impõe-se apreciar, preliminarmente, os reflexos operados sobre o direito de família a partir da constitucionalização da dignidade da pessoa humana, consagrada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Com esse objetivo, nesse primeiro capítulo serão examinadas as mudanças produzidas no reconhecimento das relações familiares pela incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, especialmente no que tange aos vínculos filiais. Dentre essas mudanças será, então, abordada a posse de estado de filho como a fonte de uma nova espécie do direito ao reconhecimento da filiação: a filiação socioafetiva.

1.1 Os novos princípios orientadores das relações familiares: a afetividade e a dignidade da pessoa humana

É indiscutível a importância que a entidade familiar alcançou para a evolução da espécie humana, especialmente por representar o primeiro contato do homem, em sentido amplo, com a vida comunitária. Para além disso, tal entidade sempre recebeu fortes influências externas, como forma de delinear seus contornos, a depender dos interesses predominantes em determinado lapso temporal.

Com efeito, a família consubstancia-se em um fenômeno complexo que enfrentou profundas modificações ao longo do tempo pelas mais diversas razões, dentre elas questões de ordem territorial, política, econômica, moral, cultural e, até mesmo, religiosa. Diante dessa ocorrência, Rosana Fachin afirma: “a mudança de sociedade é o elemento informador para a evolução da família”¹.

Embora, por conta de sua mutabilidade, nunca tenha havido uma forma única de família, esta pode ser compreendida como um grupo social no qual se revela um

¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 79.

laço coesivo, uma consciência de unidade, entre seus componentes². Esse liame entre os indivíduos sempre esteve presente na história da humanidade e, por isso, vem desempenhando um papel fundamental nas relações sociais, uma vez que o seio familiar representa o norte de todo indivíduo quanto ao seu desenvolvimento.

Partindo dessa acepção, pode-se afirmar que, socialmente, a importância da família reside na sua contribuição para a formação de uma consciência coletiva no indivíduo, representando o primeiro contato com a ideia do exercício equilibrado de direitos e deveres próprio ao convívio em sociedade, decorrendo daí, portanto, sua relevância para o mundo jurídico.

Cabe ressaltar que a família, como realidade social, precede o Direito³, de sorte que é incumbência do mundo jurídico reconhecer e conceder proteção a este estado de fato, adaptando-se ao constante progresso social. Outrossim, tendo em vista que tal instituto não encerra um conceito estático, a realidade jurídica pertinente a ele também sofreu profundas modificações com o passar do tempo.

Nesse sentido, Rodrigo Pereira observa que o estudo da família, na esfera jurídica, sempre esteve rigorosamente relacionado ao matrimônio, o qual atribuía legitimidade ao instituto a depender do vínculo de oficialidade conferido pelo Estado, ou pela religião⁴. Ocorre que, como a realidade aponta para outra direção, torna-se forçoso avaliá-la, do ponto de vista científico, de forma mais ampla.

Com efeito, no Direito Romano, uma das principais referências para o sistema jurídico ocidental, o âmbito familiar pautava-se pela unidade econômica, política, militar e religiosa⁵, com predomínio da concepção patriarcal por meio do exercício poder absoluto pelo *pater familias*. Da mesma sorte, a família grega tinha o seu centro na figura do pai e profunda influência religiosa⁶.

Diante do prestígio pela religião, o sistema familiar greco-romano era delineado pela monogamia, embora o concubinato fosse visto com naturalidade.

² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

³ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.1.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 2.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: volume VI - Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

⁶ PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

Além disso, pelo mesmo fundamento, tanto a origem biológica, quanto os laços de afeto, pouco importavam para a constituição familiar.

Esse modelo patriarcal e ancorado no matrimônio prevaleceu na sociedade ocidental da Antiguidade à Idade Moderna, deixando à margem do reconhecimento social, e, conseqüentemente, jurídico, durante séculos, outras variantes de composição familiar. Assim, o paradigma vigente até então acarretava significativas desigualdades.

As primeiras transformações nesse modelo familiar tradicional começaram a ser operadas com a Revolução Industrial, a qual propiciou, dentre outros fatores relevantes, como o aumento da necessidade de mão de obra, um cenário de crescente urbanização. Esse fenômeno, especialmente, por diminuir o espaço de convivência e elevar os custos de vida, levou à aproximação dos membros da família, sendo este o marco inicial da valorização do vínculo afetivo.

Ocorre que, no contexto brasileiro, apesar das modificações provocadas pela Revolução Industrial apontarem no sentido da fragilização do modelo engessado de família, a primeira legislação civilista, ou seja, o Código Civil de 1916, insistiu no conceito familiar paternalista, hierarquizado e matrimonializado. Na referida legislação, inclusive, os filhos nascidos fora da referência formal eram considerados ilegítimos e recebiam um tratamento claramente discriminatório.

No cenário delineado pelo Código Civil de 1916, a satisfação pessoal se subordinava à preservação do vínculo conjugal, porquanto a ruína familiar representava a desestruturação de uma sociedade ditada pelas aparências. Abria-se mão da realização pessoal em prol do modelo familiar tradicional, ainda que com prejuízo à dignidade das crianças e adolescentes e, em última análise, dos próprios cônjuges.

Com o passar do tempo, no entanto, tal padronização tornou-se insustentável diante do seu descompasso com a realidade social, bem como com o cenário jurídico internacional, o qual não permaneceu inerte aos diferentes arranjos que passaram a compor o mosaico familiar da sociedade mundial, conforme se verifica na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)⁷ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)⁸.

⁷ “Artigo XVI, 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos**

Assim, em 1988, atendendo às demandas que pulsavam na sociedade, o novo texto constitucional, tendo como fonte o princípio da dignidade da pessoa humana, proclamou a igualdade, a solidariedade e a afetividade no trato das relações das famílias. Por essa concepção, a proteção familiar perpassa necessariamente pelo desenvolvimento pessoal de seus membros em sua plenitude.

Nesse novo panorama, o princípio da dignidade humana, afirmado já no primeiro artigo da Lei Maior e consagrado pelo constituinte como valor nuclear da ordem constitucional, compõe um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Diante dessa escolha do legislador constituinte originário, optou-se expressamente pela pessoa, de modo que todos os institutos jurídicos devem estar vinculados à concretização de sua personalidade⁹.

A proteção da dignidade da pessoa humana objetiva, em síntese, assegurar a tutela integral à pessoa, de modo que envolve uma ampla gama de direitos. A respeito dessa abrangência inerente ao princípio da dignidade, Moacir Pena Junior afirma:

Este princípio constitucional superior aglutina em torno de si todos os demais direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal, desde o direito à vida, passando pelo direito à liberdade, até chegar à realização plena, ao direito de ser feliz. Ele fundamenta-se na valorização da pessoa humana como fim em si mesmo e não como objeto ou meio para consecução de outros fins.¹⁰

Observa-se, assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana traduz-se em um verdadeiro centro irradiador de direitos, cujo objetivo principal é a realização dos valores da natureza humana. Sob ângulo diverso, conforme leciona Ingo Sarlet, o princípio em questão representa

o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias

Direitos Humanos. Paris: Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁸ “Artigo 17. 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto San José da Costa Rica.** San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 45.

¹⁰ PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.¹¹

Por essa linha de pensamento, a dignidade da pessoa humana diz respeito ao mínimo de direitos indispensável para satisfazer as necessidades básicas do ser humano, como forma de realizá-lo. Nesse aspecto, tal preceito é fator determinante para a legitimidade de qualquer ordenamento jurídico.

Diante disso, não mais se pode afastar o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana nos diversos campos de incidência normativa, de sorte que com as relações familiares não poderia ser diferente, consoante anota Rolf Madaleno:

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional, [...].¹²

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves, citando Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, salienta que o texto constitucional, ao adotar uma nova ordem de valores privilegiando a dignidade da pessoa humana, operou uma transformação no Direito de Família a partir de três eixos básicos¹³, a saber: a concepção plural das entidades familiares, com fundamento no artigo 226; a alteração do sistema de filiação, proibindo designações discriminatórias, com fulcro no artigo 227, §6º; e, por fim, a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres, decorrente da interpretação dos artigos 5º, I e 226, §5º.

Percebe-se, assim, um modelo de família constitucionalizado igualitário, o qual se contrapôs à legislação civil até então vigente. Citando essas inovações, Paulo Lôbo¹⁴ reconhece que a atual Constituição brasileira possibilitou admitir-se proteção não apenas à entidade matrimonial, mas também, explicitamente, à união estável e à entidade monoparental, sem prejuízo de permitir uma interpretação extensiva, como forma de abranger as demais entidades implícitas.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 124.

¹² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 42.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

Nessa realidade distanciada dos laços formais, observa-se a valorização do convívio baseado na mútua ajuda e no afeto, com o aumento das uniões não matrimonializadas¹⁵, mas nas quais o indivíduo se inclui e se realiza. Ou seja, substitui-se o formalismo pela afeição entre os membros.

Sob outro viés, a Constituição Federal dedicou especial atenção, ainda, ao planejamento familiar e à assistência direta da família. Especialmente quanto a este último ponto, o §8º do artigo 226 dispõe:

Art. 226. (...)

§8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.¹⁶

Do dispositivo transcrito, verifica-se que a família, em sua essência, é voltada à função protetiva despendida em favor de cada um de seus membros. Essa função, de acordo com os demais ditames constitucionais, não pode ter outro norte que não a realização da pessoa humana. É sob esse viés que Rodrigo Pereira assevera:

A partir do momento em que a família se desinstitucionaliza para o Direito – ou seja, que ela não mais se faz relevante enquanto instituição –, e que a dignidade humana passa a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição. Isto porque passou a vigorar a ampla liberdade de constituir ou de desfazer os laços conjugais, não sendo mais necessário viver junto até que “a morte nos separe”. A liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o princípio da autonomia da vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é o alcance da felicidade.¹⁷

Em outras palavras: a instituição familiar apresenta relevância para o Direito na medida em que ela for o “veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros”¹⁸.

Assim sendo, a proteção das relações familiares não mais decorre da legitimidade conferida à família, porquanto o fim da tutela deve ser o próprio ser

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1.

¹⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: São Paulo, 2012, p. 214.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Temas de Direito Civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 372-373.

humano e não a instituição em si. Fixada essa premissa, oportuno o ensinamento de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald quanto à essência da referida proteção:

A proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família. Superam-se, em caráter definitivo, os lastimáveis argumentos históricos de que a tutela da lei se justificava pelo interesse da família, como se houvesse uma proteção para o núcleo familiar em si mesmo. O espaço da família, na ordem jurídica, se justifica como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana.¹⁹

Nessa senda, a proteção da família distancia-se da visão tradicional hermética, justificando-se, necessariamente, pelo alcance da plena realização de todos os indivíduos inseridos no contexto familiar. Tal entendimento é partilhado, também, pelo jurista Gustavo Tepedino:

A família [...] deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.²⁰

Essa mudança de paradigma não passou despercebida pela legislação civil. Isso porque, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana, o Código Civil atual trouxe artigos explícitos sobre o direito à vida²¹, à integridade física²², ao nome²³, à honra²⁴, à imagem²⁵ e à intimidade²⁶. Desta feita, a legislação civilista atual prestigia

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Barretto, Vicente (Org.). **A nova família**. Problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 50.

²¹ “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” BRASIL. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²² “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.” BRASIL. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²³ “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.” BRASIL. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²⁴ “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a

a dignidade da pessoa humana por meio da proteção oferecida à sua personalidade²⁷.

Nesse prisma, a ligação entre a proteção dos direitos de personalidade e as relações familiares parte da ideia de que a família seja compreendida como o ponto central do desenvolvimento da pessoa em sua essência como ser humano, antes mesmo de ser concebida como a célula vital do meio social. É somente por meio do respeito a esses direitos que poderá ser alcançada a harmonia na esfera familiar.

Essa nova realidade jurídica inaugurada no direito de família com a primazia da dignidade da pessoa humana deixa para trás exemplos históricos de indignidade perpetuados ao longo do tempo no contexto brasileiro, como a exclusão da mulher do princípio da igualdade, a proibição de registrar o nome do pai casado nos filhos havidos fora do casamento, bem como o não reconhecimento de outras formas de família que não aquelas derivadas do matrimônio. Em termos práticos,

o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.²⁸

Seguindo esse raciocínio, a família, antes relacionada às questões de ordem matrimonial, patrimonial e de hierarquia, passa a ter o afeto como elemento central, privilegiando a realidade vivenciada pelas partes envolvidas, ante a inegável importância dos laços familiares na promoção da dignidade humana.

Acerca da relevância da afetividade na família contemporânea, sustentam Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald:

utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.” BRASIL. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” BRASIL. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, 2: direito de família**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: São Paulo, 2012, p. 121.

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. [...] Nessa linha de intelecção, a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional.²⁹

O novo olhar sobre a formação e proteção do núcleo familiar, advindo da nova ordem constitucional, estabeleceu, assim, a predominância das relações de afeto, cujo objetivo principal foi a valorização do ser humano. O núcleo familiar deixa de ser necessariamente um centro econômico e de procriação e passa a ser o ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, pautando-se pelo companheirismo, solidariedade, amor e afeto, “onde todos são sujeitos de direito, cada um ocupando o seu lugar de forma igualitária na estrutura familiar, na procura incessante pela felicidade”³⁰.

Por essa lógica, o afeto, assim reconhecido pelos fundamentos constitucionais, representa o fator de maior importância para os vínculos familiares, os quais gradativamente se afastam dos moldes anteriores da definição de família. Esse caminho, conseqüentemente, deixa para trás a concepção singular da família e abre espaço para o reconhecimento da pluralidade das relações familiares.

Na lição de Paulo Lôbo, o princípio da afetividade “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”³¹. Nada mais é do que o direito atribuindo juridicidade a uma realidade social em consonância com os ditames constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Embora o princípio da afetividade não esteja expresso no texto constitucional, sua aplicação nas relações familiares emerge da especialização dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e relaciona-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre todos os indivíduos inseridos no contexto familiar. Nessas circunstâncias, pode-se afirmar que

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

³⁰ PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1.

³¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.³²

Nesse panorama, não há que se falar em parâmetros para a constituição da família, ainda que algumas exijam maiores formalidades que outras, que não as relações afetivas, as quais autorizam a pluralidade da composição dos arranjos familiares. Qualquer entendimento em sentido contrário, ou seja, na perspectiva de retirar a juridicidade das entidades que se formam a partir de um elo de afetividade e que se baseiam no comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial, seria conivente com o enriquecimento ilícito, bem como com a injustiça³³.

Apesar desses argumentos, alguns autores sustentam que a afetividade não ostentaria a qualidade de princípio jurídico, porquanto sua incidência nas entidades familiares seria estritamente um elemento fático. Nessa linha de entendimento, Renata de Almeida e Walsir Rodrigues Junior propõem a seguinte reflexão:

Saliente-se, mais uma vez, que os princípios jurídicos são norma e, por isso, de obrigatória observância. Nisso se assenta a dúvida. A afetividade é passível de cobrança? Pode-se impor a alguém que tenha e preste afeto a outro(s)? A resposta, crê-se, só pode ser negativa. Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo a característica de espontaneidade. É uma sensação que se apresenta, ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com o outro que não tolera variações de existência: ou há ou não há; e, tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico. Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa interferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos.³⁴

Compartilhando do mesmo entendimento, Cristiano de Farias e Nelson Rosenthal³⁵ afastam a caracterização do afeto como princípio jurídico do direito das

³² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

³³ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

³⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.43.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

famílias com fundamento na força normativa destes e a impossibilidade de exigir-se o primeiro como uma obrigação.

Em sentido contrário, porém, Maria Berenice Dias afirma:

Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico para o afeto.³⁶

Sob essa óptica, a afetividade abarca um princípio inovador ao direito de família, mostrando-se receptivo aos diversos meios de expressão das famílias. Com essa mesma compreensão, Sergio Resende de Barros sustenta:

O afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidades entre sujeitos. Daí por que o direito o protege não apenas como fato individual, mas, também, como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação etc.³⁷

Desse modo, a afetividade não passa despercebida pelo âmbito jurídico, uma vez que ela representa o ponto de partida das relações humanas, as quais originam os vínculos que servem de suporte às relações jurídicas. Nesse sentido, a afetividade, materializada em um princípio, surge como uma fonte de direitos e deveres.

Ademais disso, o maior empecilho ao reconhecimento da juridicidade do princípio da afetividade parece ter sido superado com o seguinte ensinamento do doutrinador Paulo Lôbo:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.³⁸

Exemplo desse reconhecimento jurídico atribuído à afetividade pode ser encontrado tanto na esfera legislativa, quanto judiciária. Em relação à primeira,

³⁶ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

³⁷ BARROS, Sergio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2005, p. 885.

³⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

tornaram-se perceptíveis as alterações legiferantes quanto à constituição de novas entidades familiares, como a união estável e a família monoparental, que nada mais representam do que verdadeiros núcleos afetivos.

Além do mais, as inovações trazidas para a possibilidade da dissolução da sociedade conjugal por meio da separação judicial e do divórcio, com a desnecessidade de se perquirir quanto à culpa do cônjuge na primeira, e a ausência de requisito temporal para a consumação do segundo, despontam no mesmo sentido. Ora, tais simplificações nos referidos processos refletem a indispensabilidade da afetividade como elemento das relações jurídicas familiares, de forma que “cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família”³⁹.

Já em relação à instância judiciária, pode-se citar como reflexo da juridicidade atribuída ao princípio em questão o reconhecimento da responsabilidade civil pelo abandono afetivo dos genitores em relação aos filhos, e vice-versa, a impossibilidade da desconstituição da paternidade registral, em ação negatória, quando consolidada a relação afetiva entre as partes, bem como a declaração da união homoafetiva como uma das modalidades de entidade familiar.

Em arremate a esse entendimento, Conrado da Rosa afirma:

É por meio do afeto que se constroem as relações interpessoais formadoras da família, motivo pelo qual merece maior atenção da área jurídica, devendo, assim, a base da sociedade ser centrada na dignidade da pessoa humana. Assim, o afeto que tratava unicamente de um sentimento passou a ter valor jurídico na esfera das relações familiares, sendo instrumentalizado por meio do princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Portanto, da necessidade de promover a dignidade humana imposta pelo ordenamento jurídico, decorre a inafastabilidade do reconhecimento da afetividade nas múltiplas formas de relacionamentos familiares. Nesse contexto, impõe-se analisar os reflexos no campo da parentalidade, especialmente no que tange à filiação, sob a perspectiva da formação de entidades familiares plurais, unidas pelo vínculo afetivo entre seus membros.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

⁴⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Ifamily: um novo conceito de família?**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

1.2 Do direito ao reconhecimento da filiação socioafetiva advindo da posse de estado de filho

Consoante se destacou no tópico anterior, a família constituída exclusivamente por meio do laço matrimonial perdeu sua hegemonia para os novos arranjos familiares resultantes do afeto cultivado no cotidiano. Trata-se de um importante avanço social que objetiva alcançar a paz social por meio da realização pessoal de cada indivíduo e que recebeu o devido reconhecimento jurídico com a primazia da dignidade humana instituída pelo texto constitucional.

Nessa senda, importante ressaltar o valor atribuído à instituição familiar para a plena efetivação dos ditames constitucionais, uma vez que alçada à condição de base da sociedade, de acordo com o disposto no artigo 226, caput, da Constituição Federal⁴¹.

É nesse contexto que surge a concepção da família eudemonista, a qual, segundo José Bernardo Boeira, encontra fundamento no desenvolvimento da pessoa, por meio da realização dos seus interesses afetivos e existenciais, como suporte imprescindível para sua formação, assim como para a estabilidade na vida em sociedade⁴².

Esse progresso, igualmente, não passou despercebido pelo instituto da filiação, assim entendido como a relação jurídica que vincula o filho aos seus pais⁴³.

Com efeito, a legislação civilista anterior ao Código Civil de 2002 distinguia os filhos legítimos dos ilegítimos de acordo com o status matrimonial dos genitores. Sob esse novel, os filhos ilegítimos podiam ser classificados em naturais e espúrios, a depender da (in)existência de impedimentos matrimoniais dos pais. Quanto a estes últimos, o Código Civil de 1916⁴⁴ era expresso em vedar o seu reconhecimento.

Vê-se, pois, que a legitimidade do reconhecimento da filiação era condicionada exclusivamente aos laços nupciais dos genitores. Tal realidade, como

⁴¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁴² BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 23.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 318.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

dito, não subsistiu à abertura da aceitação social e jurídica de novos modelos de entidades familiares.

Ocorre que, se antes o reconhecimento da relação filial era calcado no matrimônio, com o desenvolvimento das técnicas de exame de DNA, “a análise científica do código genético passou a ser o fator determinante do reconhecimento da filiação”⁴⁵. Entretanto, essa supervalorização do critério biológico na seara pertinente à filiação também se mostrou, por deveras, incompatível com a promoção da dignidade humana, até mesmo em face de outros avanços experimentados pela própria ciência, como as inseminações e fertilização artificiais.

A filiação é, pois, um elemento de suma importância para a formação da identidade e personalidade humana, de modo que não pode ser reduzida ao simples fato de existir uma conexão genética, como sustenta Maria Berenice Dias:

[...] a paternidade não pode ser buscada nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. O critério que se impõe é a filiação social, que tem como elemento estruturante o elo da afetividade: filho não é o que nasce da caverna do ventre, mas tem origem e se legitima no pulsar do coração.⁴⁶

Assim, na esteira do reconhecimento de novas entidades familiares, o critério afetivo, dada sua relevância para a promoção da dignidade humana, assume o papel central também no tocante às relações filiais. A respeito disso, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona sustentam:

[...] descortina-se, hoje, na vereda da afetividade, o importante reconhecimento das relações filiais desbiologizadas, mitigando-se, assim, com justiça, o entendimento, até então dogmático, da supremacia genética decorrente do laudo de exame de DNA, [...].⁴⁷

Observou-se, então, uma nova releitura acerca da paternidade e da maternidade, ocorrida a partir da mutabilidade social e da noção de família, com a desvinculação gradual do critério biológico em troca do reconhecimento de efeitos jurídicos para os laços de afeto cultivados no seio familiar. Em outro sentido não poderia ser a lição da já citada doutrinadora Maria Berenice Dias:

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**: volume VI - Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 628.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Entre o ventre e o coração**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_entre_o_ventre_e_o_cora%E7%E3o.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015

⁴⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 90.

Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, que compreende o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, se biológica ou afetiva.⁴⁸

Privilegia-se a dimensão socioafetiva da filiação, em detrimento de outras realidades, como a jurídica e a biológica, que prevaleciam com a justificativa de conferir segurança jurídica às relações familiares, mas que muitas vezes representavam uma ficção em descompasso com as situações vivenciadas. Diante disso, Paulo Lôbo propõe a distinção da filiação da origem biológica nos seguintes termos:

[...], a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético.⁴⁹

Assim sendo, reconhecida a importância do vínculo filial para o pleno desenvolvimento humano, afigura-se como a melhor solução para a tutela da dignidade o reconhecimento de que o verdadeiro elo entre pais e filhos, que é a filiação, seja constituído a partir da assistência, educação e respeito nutridos pela convivência afetiva, como destacam Renata de Almeida e Walsir Rodrigues Júnior:

A pretensão de ser pai ou mãe incute na relação firmada com o filho a qualidade eudemonista. O amor, a ternura e a dedicação impõem-se como pressupostos da filiação extremamente válidos. Superando-se o vínculo estanque, simplesmente posto, oriundo do parâmetro biológico avulso, os aspectos da voluntariedade e do afeto surgem bem mais adequados ao estabelecimento da relação filial. Afinal, têm o condão de melhor viabilizar a promoção pessoal dos envolvidos, sua formação, seu desenvolvimento.⁵⁰

É a partir dessa premissa que surge a concepção da filiação socioafetiva, a qual “decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 389.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁵⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 354.

por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam reciprocamente o papel de pai e filho, respectivamente”⁵¹.

O reconhecimento dessa realidade jurídica, onde a verdade socioafetiva não é menos importante que a verdade biológica, define que a filiação não é ancorada apenas em laços biológicos, mas na realidade de afeto que entrelaça pais e filhos, a qual se revela em sua subjetividade, assim como perante a sociedade e a família⁵².

O vínculo parental passa a ser definido com referência naquela pessoa que efetivamente desempenhou essa função, contribuindo para a formação concomitante de todos integrantes daquela relação. Esse novo olhar sobre a filiação é de suma importância pois, consoante salienta José Bernardo Boeira, esse vínculo reconhecido pelo fator socioafetivo é o único capaz de garantir a estabilidade social, na medida em que um filho reconhecido como tal, no convívio diário e afetuoso, indubitavelmente, desenvolverá uma base emocional que lhe assegure o pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano⁵³.

Se antes a filiação era imputada pelo sagrado laço matrimonial dos genitores, em nome da preservação do núcleo familiar, hoje, antes de tudo, busca-se a realização pessoal de todos os membros que se identificam em um mesmo grupo familiar, de modo a possibilitar o desenvolvimento harmônico da sociedade como um todo, conforme os ditames constitucionais.

Por conseguinte, os laços afetivos cultivados com o passar do tempo serão os verdadeiros responsáveis pela realização de uma vida física e emocionalmente saudável e harmoniosa, aspecto que fundamenta a existência familiar. Jorge Fujita bem sintetiza esse conceito nas seguintes palavras:

Filiação socioafetiva é aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexistente liame de ordem sanguínea entre eles, havendo, porém, o afeto como elemento aglutinador, tal como uma sólida argamassa a uni-los em suas relações, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial.⁵⁴

Nesse aspecto, observa-se que, enquanto pelos fundamentos anteriores a filiação era imposta, sob essa nova releitura os laços filiais são gradativamente

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 593.

⁵² FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**. v. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29.

⁵³ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de Estado de filho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 53.

⁵⁴ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73.

construídos, e, como salienta Juliane Queiroz, a construção sempre é mais saudável que a imposição⁵⁵.

Cabe ressaltar, assim, que a filiação socioafetiva não se funda no aspecto genético ou jurídico, como é o caso da adoção, mas sim, é construída ao longo do tempo pelo envolvimento afetivo, surgindo, então, o que a doutrina convencionou definir como a posse de estado de filho, assim delimitada por Silvio Rodrigues como o “desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à persuasão geral de ser a pessoa, efetivamente, filho”⁵⁶.

Pode-se afirmar, dessa sorte, que a posse de estado de filho poderá coincidir com a identidade biológica ou corresponder apenas na verdade afetiva, uma vez que o referido estado de filiação, conforme Jorge Fujita,

se traduz pela demonstração diuturna e contínua da convivência harmoniosa dentro da comunidade familiar, pela conduta afetiva dos pais em relação ao filho e vice-versa, pelo exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, visando ao resguardo, sustento, educação e assistência material e imaterial do filho.⁵⁷

É com esse referencial que a ligação paterno-filial socioafetiva será gradativamente construída, ou seja, por meio do comportamento com a intenção de consolidar a afetividade que deveria estar presente em toda e qualquer relação de pai/mãe com a prole, tendo por fim o desenvolvimento humano. Verifica-se, assim, que a posse de estado de filho é reconhecida àquele a quem se atribuiu este papel, o de filho, no seio familiar e que desfruta as vantagens e suporta os encargos desse mister.

A função preponderante desse novo conceito, conforme lecionam Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, é de “conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, dessa forma, mais Direito à vida e mais vida ao Direito”⁵⁸. A respeito da caracterização da posse de estado de filiação, destacam-se três requisitos consagrados pela doutrina, quais sejam: o tratamento (*tractatus*), a fama (*reputatio*), e, por fim, o nome (*nomen*).

⁵⁵ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 49.

⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família, v.6. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2004 p. 292.

⁵⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 548.

Vale ressaltar, entretanto, que, dada a ausência de previsão legal expressa quanto ao instituto, tais elementos não são taxativos, permitindo-se o reconhecimento de outros requisitos que sejam mais adequados à realidade vivenciada, desde que não afastada do fim pretendido com as relações filiais, qual seja: o pleno desenvolvimento do indivíduo.

Com efeito, o *tractatus* refere-se ao tratamento que recebe a pessoa tida como filha, isto é, as atitudes tomadas por aquele presumido pai no sentido de contribuir com a formação e o desenvolvimento do outro, no caso, do filho, enquanto pessoa. Essas ações exteriorizam comportamentos próprios da figura paternal/maternal, como o suporte para as necessidades básicas com educação, saúde e lazer, por exemplo.

No dizer de Flavio Tartuce, esse critério reporta-se à atitude adotada pelas partes, entre si e perante a sociedade, com o intuito de se relacionar como se fossem unidas pelo vínculo da filiação⁵⁹.

Já a fama, por sua vez, alude à reputação do tratamento supramencionado frente a terceiros. Esse elemento manifesta-se na publicização da relação mantida como se pai/mãe e filho fossem, a qual enseja o reconhecimento do *tractatus* pela comunidade. Assim, em outras palavras, a *reputatio* representa os reflexos do tratamento e constitui o reconhecimento geral da situação que se materializa⁶⁰.

Por fim, complementando a tríade, impõe-se mencionar o requisito relativo ao nome. Esse último elemento pode ser identificado em duas possibilidades: primeira, quando a filiação registral, ainda que não biológica, acaba por consolidar o reconhecimento do filho como pertencente àquele núcleo familiar, e a segunda, consistente na utilização do nome de família por aquele que se identifica como inserido em determinado grupo familiar, ainda que nada conste nesse sentido em seu registro. Nesses termos, pertinente a transcrição de Flavio Tartuce:

[...], com tom complementar e acessório, há o nome (*nomen*), presente quando a situação fática revela que o declarado filho utiliza o sobrenome do seu suposto pai. Alerta-se que é levado em conta não somente o nome registral civil, mas também o nome social, especialmente nos casos em que o filho é conhecido pelo nome do pai perante a comunidade onde vive, ou vice-versa. De toda sorte, deve-se atentar que esse último elemento não é primordial para que a posse de estado de filhos e a consequente parentalidade socioafetiva estejam reconhecidas.⁶¹

⁵⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, *online*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

A condição paternal/ maternal, nessa perspectiva, é delineada por meio de ações cotidianas e construída com base no cuidado, afeto e respeito nutrido por aquele que é tratado como filho, além da publicização desse comportamento. Nessa guisa, oportuna a lição de Luiz Edson Fachin a respeito da caracterização da filiação socioafetiva:

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 em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos.⁶²

Diante desses fundamentos, não se sustenta o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho, segundo o qual a filiação socioafetiva “provém da relação de afeto paternal ou maternal nascida na convivência duradoura de um adulto e uma criança”⁶³. Isso porque, nada impede que os elementos característicos da posse de estado de filho passem a ser exercidos após a maioridade daquele que acaba por ser reconhecido como filho, sob pena de consentir com uma interpretação anti-isonômica e, portanto, inconstitucional⁶⁴.

A definição do parentesco ou, especificamente, da filiação socioafetiva decorre, pois, do “vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”⁶⁵. Tal raciocínio decorre, não apenas da lógica constitucional, mas também a partir de uma análise mais atenta da legislação civil, como destaca Rolf Madaleno:

Ao menos em três passagens, o Código Civil em vigor faz menção indireta à filiação socioafetiva, a começar pelo inciso V do artigo 1.597, quando reconhece a filiação conjugal havida por inseminação heteróloga [...]; no artigo 1.603, quando confere absoluta prevalência ao termo de nascimento como forma de filiação, [...]; e, por fim, no inciso II do artigo 1.605, quando

⁶² FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 59.

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família, sucessões, volume 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

⁶⁴ CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

⁶⁵ *Ibidem*.

estabelece que a filiação sem termo de nascimento ou em que ele apresente defeito poderá ser demonstrada pela existência de veementes presunções resultantes de fatos já certos, [...].⁶⁶

Gradativamente, então, a jurisprudência passou a admitir o direito à filiação socioafetiva amparado pela posse de estado de filho. Nesse sentido, colhe-se do voto condutor do Recurso Especial nº 1.401.719/MG, de lavra da Ministra Nancy Andriahi:

12. As relações familiares de parentesco podem ser naturais ou civis, conforme resultem de consanguinidade ou outra origem (art. 1.593 do CC/02). Daí decorre que são reconhecidas outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, dentre as quais destacam-se: (i) o vínculo parental proveniente das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai ou mãe que não contribuiu com seu material genético; (ii) a maternidade/paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

13. Essa última hipótese tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. [...]

16. Esse amplo reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva pela doutrina e jurisprudência, bem como a possibilidade dela, inclusive, prevalecer sobre a verdade biológica, em algumas hipóteses, trata-se de uma quebra de paradigmas, haja vista que o direito brasileiro, notadamente em razão do desenvolvimento tecnológico, que permitiu a realização de exames genéticos precisos acerca do vínculo biológico (DNA), tinha a tendência de sempre priorizar a genética. Um exemplo disso é a própria possibilidade de rescisão da sentença transitada em julgado, quando lhe sobrevém prova que definitivamente exclui a paternidade.

17. Trata-se do fenômeno denominado pela doutrina como a “desbiologização da paternidade”, o qual leva em consideração que a paternidade e a maternidade estão mais estreitamente relacionadas à convivência familiar que ao mero vínculo biológico.⁶⁷

Pelo entendimento esposado no referido voto prevalece o afeto como fator determinante e autônomo dos vínculos filiais, em virtude das mudanças sentidas na sociedade, especialmente em razão do avanço tecnológico. Além disso, nesse prisma, a filiação é ditada pela convivência familiar, em atenção a uma proteção mais condizente com a realidade.

⁶⁶ MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 475.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que reconheceu a possibilidade de investigação de paternidade na hipótese de existência de vínculo socioafetivo com o pai registrário**. Recurso Especial nº 1.401.719/MG. L B L e J R R. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. 15 de outubro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31743906&num_registro=201200220351&data=20131015&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 24 set. 2015.

Importante passo na consolidação desse reconhecimento também pôde ser verificado nos enunciados apresentados e aprovados, a respeito da temática, por ocasião das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, consoante se extrai das seguintes assertivas:

103 – Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

[...]

108 – Art. 1.603: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.⁶⁸

256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.⁶⁹

519 – Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

520 – Art. 1.601: O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida.⁷⁰

Dessa forma, paulatinamente, a filiação socioafetiva, ante a ausência de previsão legal expressa, vem sendo identificada pela doutrina e jurisprudência brasileira, com fundamento na realidade fática permeada pelo amor, cuidado, afeto e escolha pelo exercício da paternidade/maternidade, em atenção, especialmente, aos fins pretendidos pela Constituição Federal.

Essa nova construção doutrinária e jurisprudencial possibilitou, em um primeiro momento, tão somente impedir que determinada filiação registral, quando não representativa da verdade biológica, fosse desconstituída. Fabio Ulhoa Coelho, tratando do tema quase que exclusivamente sob essa óptica, atribui a razão de ser da filiação socioafetiva em o pai deixar de ter o direito à negatória de paternidade pela ausência de transmissão de herança genética, e, prosseguindo, afirma em sua

⁶⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V** : enunciados aprovados. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2012, p. 27.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 73.

obra: “Se, sabendo não ser o genitor, cuidou de alguém como se fosse seu filho, não pode mais renegá-lo fundado na verdade biológica”⁷¹.

Ocorre que, em sendo a posse de estado de filho essencialmente fática, e dada a pluralidade de situações que possam a vir delinear uma relação filial, muitas vezes poderá ser necessário o reconhecimento judicial da filiação socioafetiva, a fim de garantir, tanto ao suposto pai, quanto ao suposto filho, a ampla gama de direitos decorrentes do vínculo filial.

Dessa forma, reconhecido respaldo normativo para o instituto da filiação socioafetiva, inclusive com sólido entendimento jurisprudencial nesse sentido, resta o questionamento acerca da possibilidade da filiação socioafetiva ser juridicamente reconhecida por iniciativa do filho (a), por meio da ação investigatória/declaratória, especialmente, em momento posterior ao óbito daquele (s) que exerceu (ram) as funções parentais propriamente ditas, tema que será tratado adiante.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família, sucessões, volume 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 178.

2 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM* NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conhecendo a relevância outorgada pelo texto constitucional à promoção da dignidade da pessoa humana, e sabendo da importância do afeto nas relações familiares como forma de realizar os ditames constitucionais, surge a necessidade de analisar se o reconhecimento do vínculo filial amparado por esses preceitos comporta qualquer espécie de restrição, seja de caráter meramente formal ou mesmo material.

Assim, nesse segundo capítulo, ante a relevância jurídica do vínculo paternal/maternal, o qual, além de apresentar sólida ingerência no desenvolvimento da personalidade humana, gera importantes reflexos em outros institutos jurídicos, objetiva-se, por meio de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, refletir se a realidade vivenciada pelas partes, permeada pelo afeto, possibilita o direito ao reconhecimento da filiação socioafetiva, especificamente em face do passamento daquele (a) que cumpriu o papel de pai (mãe).

2.1 Dos fundamentos principiológicos para o reconhecimento

Antes de adentrar no tema relativo à incidência principiológica sobre o instituto da filiação socioafetiva *post mortem*, é necessário realizar algumas reflexões a respeito do direito contemporâneo, especialmente no que tange ao reconhecimento da juridicidade das cláusulas gerais que materializam os princípios.

Como alerta Luis Roberto Barroso no trato das grandes mudanças de paradigma no direito contemporâneo, além da superação do formalismo jurídico e do advento de uma cultura jurídica pós-positivista, no decorrer do século XX, verificou-se uma crescente publicização do direito, multiplicando-se as normas de ordem pública, não apenas em matéria de direito de família, como já ocorria, mas também em áreas ordinariamente privadas⁷². Esse fenômeno, ao final do século, resultou na

⁷² BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: TRIVISONNO, A. T. G.; SALIBA, A. T.; LOPES, M. S. (Org.). **Princípios formais: e**

centralidade da Constituição, sobre a qual o citado autor tece as seguintes considerações:

Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Interpreta-se a Constituição *diretamente* quando uma pretensão se baseia no texto constitucional (uma imunidade tributária, a preservação do direito de privacidade); e interpreta-se a Constituição *indiretamente* quando se aplica o direito ordinário, porque antes de aplicá-lo é preciso verificar sua compatibilidade com a Constituição e, ademais, o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição.⁷³ (grifos do autor)

Nesse contexto, vale salientar que a Constituição Federal promulgada em 1988 consagra uma série de direitos fundamentais, e que, portanto, realizar uma interpretação sobre sua égide significa a concretização desses direitos centrais nela previstos. Por outro lado, servindo a Carta Política como norte para a interpretação jurídica, e diante da ampla gama de casos cuja solução não se encontra visivelmente abarcada pelo ordenamento jurídico, abre-se espaço para o reconhecimento de normatividade aos princípios.

Por essa perspectiva, o ordenamento jurídico é composto de regras e princípios. Enquanto as primeiras envolvem determinações de plano fático e jurídico com baixa densidade de generalização⁷⁴, os segundos consubstanciam-se em normas jurídicas com alto grau de generalidade, verdadeiros mandatos de otimização de validade universal, os quais revelam mais claramente os valores jurídicos e políticos que representam, com o objetivo de, em última análise, balizar as primeiras⁷⁵.

Assim sendo, os princípios representam as bases sobre as quais se solidificam o sistema jurídico, constituindo proposições genéricas que servem de substrato para a organização do referido sistema⁷⁶. Essa característica é fundamental para a unicidade do ordenamento jurídico e para o alcance da justiça

outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, *online*.

⁷³ BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: TRIVISONNO, A. T. G.; SALIBA, A. T.; LOPES, M. S. (Org.). **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, *online*.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

social, uma vez que as regras não conseguem acompanhar a velocidade com que a realidade é modificada.

Outrossim, essa força normativa conferida aos princípios, conforme anotam Cristiano de Farias e Nelson Rosendal, ampara a produção de efeitos concretos, os quais afloram do garantismo constitucional, e são direcionados, especialmente, “à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade”⁷⁷. Nessa perspectiva de consideração à dignidade da pessoa humana, o contorno principiológico sobre os institutos jurídicos assume importante papel no direito de família contemporâneo.

Por outro viés, para Rodrigo Pereira, os princípios representam, dentre todas as fontes do direito, o melhor caminho para se refletir e decidir a respeito do que é justo e injusto, para além de valores morais, em sua maioria estigmatizantes⁷⁸. Nessa perspectiva, conforme o autor supramencionado,

Os princípios exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem positivados, ou não, isto é, expressos ou não expressos.⁷⁹

Essa premissa é de profundo relevo, não só pela pluralidade conferida às entidades familiares pelo texto constitucional, mas, especialmente, pela ausência de previsão normativa expressa acerca do instituto jurídico inserido no direito de família ora em análise. O respaldo do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva *post mortem* perante o ordenamento jurídico brasileiro parte, assim, antes de tudo, de uma análise principiológica.

Nesse sentido, o ponto de partida do estudo não poderia ser outro que não o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, tal conceito “encontra na família o solo apropriado para florescer”⁸⁰, já que esta colabora com o pleno desenvolvimento das qualidades mais relevantes entre os seus membros.

Para a realização desse fundamento, é necessário que seja oportunizado ao indivíduo reclamar sua verdadeira filiação, já que esse direito personalíssimo coloca

⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

⁷⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: São Paulo, 2012, p. 58.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 45.

em jogo a personalidade, a identidade humana, as quais dão sustentáculo à plena realização de todo ser humano. É por esse motivo que a filiação vai muito além do mero liame biológico, apresentando um significado espiritual profundo⁸¹.

Por outro lado, não se pode desprezar o conjunto de direitos e deveres por parte daquele que assume a função parental e daquele que se comporta como filho, consistentes na existência de apoio entre as partes envolvidas, cada qual colaborando para o desenvolvimento da outra. Nesse sentir, para Jorge Fujita a filiação é

o vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrente da fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga (sêmen do marido ou do companheiro; óvulo da mulher ou da companheira) ou heteróloga (sêmen de outro homem, porém com o consentimento do esposo ou companheiro; ou o óvulo de outra mulher, com a anuência da esposa ou companheira), assim como em virtude da adoção ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho.⁸²

Como se vê, não há um conceito fechado de filiação, mas sim um leque de possibilidades que melhor sejam adaptadas às realidades vivenciadas no seio familiar, permitindo a adaptação das relações jurídicas filiais de acordo com essa pluralidade como forma de alcançar à dignidade humana. Desse modo, torna-se incompatível com tal dignidade a estipulação de tratamentos divergentes às diversas formas de filiação.

Além dessa interpretação decorrente do princípio da dignidade humana, vale ressaltar que o legislador constituinte originário fez questão de deixar cristalino o direito à igualdade de todos os filhos perante a Lei, não importando o critério originário da filiação. Trata-se do princípio da igualdade jurídica de todos os filhos⁸³, veiculado no artigo 227, §6º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 227. (...)

§ 6º 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.⁸⁴

⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**: volume VI - Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 628.

⁸² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

⁸⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2015.

Ao determinar a igualdade jurídica dos filhos, o texto constitucional vetou qualquer rotulação daqueles pela condição dos pais, definindo ser incabível a concessão de tratamento diferenciado às varias modalidades de filiação. Isso nada mais significa que a incidência do direito à isonomia, já inserido no rol dos direitos individuais elencados no artigo 5º, da Constituição Federal⁸⁵, aplicado às relações filiais, como assevera a doutrinadora Maria Berenice Dias:

Não bastou a Constituição proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CF 5.º): todos são iguais perante a lei. E foi além. De modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF 5.º I), decantando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º). Assim, é a carta constitucional a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias.

A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de filiação, ao ser proibida qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 § 6.º). Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais.⁸⁶

Diante disso, a citada autora defende que a absoluta vedação de qualquer discriminação com referência à origem da filiação, implica no reconhecimento da possibilidade de que seja investigada não somente a filiação biológica, mas, igualmente, a filiação socioafetiva e, concluindo seu raciocínio, salienta que, inclusive, “é juridicamente possível a ação declaratória de filiação socioafetiva ser proposta após o falecimento de quem desempenhou as funções de pai”⁸⁷.

Afinal, o direito à declaração da filiação biológica, por meio da ação investigatória, encontra amplo respaldo normativo⁸⁸, de sorte que se alguém, mesmo sabendo não ser genitor (a) do indivíduo, zela pelos cuidados deste como se fosse seu descendente, concretizando os elementos da posse de estado de filho, não há dúvidas de que se está diante da filiação socioafetiva, a qual enseja a mesma proteção concedida às demais formas de constituição de tal vínculo em face da aplicação do princípio supramencionado.

⁸⁵ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 440.

⁸⁸ TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil**, v. 5: direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 360.

Além disso, o entendimento em sentido contrário também provocaria grave afronta ao princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, na medida em que, no mesmo seio familiar, duas pessoas que receberam exatamente o mesmo tratamento daqueles identificados, interna e externamente, como pais seriam juridicamente reconhecidas de forma diversa, a depender do vínculo registral, biológico ou socioafetivo. Essa discriminação, em face do referido princípio, não merece guarida.

Sob outro ponto de vista, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram que o princípio da igualdade em comento “culmina por se desdobrar na importante noção de veracidade da filiação, regra principiológica fundamental”⁸⁹, consistente na ideia de que não deve haver óbices ao reconhecimento da verdadeira relação entre pais e filhos. Essa regra vai também ao encontro da incidência do princípio da afetividade, uma vez que o que se busca é o sentido mais verdadeiro da filiação, conforme leciona Rodrigo Pereira:

Uma das mais relevantes consequências do princípio da afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Isto porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas, sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos. [...]. Essa é a atual verdade da filiação, muito mais relevante do que os vínculos biológicos, pois é capaz de contribuir de forma efetiva para a estruturação do sujeito⁹⁰.

Em conclusão a esse raciocínio, importante lição é exposta na obra de Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald acerca das diretrizes principiológicas para a impossibilidade de limitação das hipóteses de cabimento da ação de investigatória de parentalidade:

[...], por conta das diretrizes principiológicas da Constituição Federal – especialmente a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a garantia de igualdade substancial (art. 5º) e o amplo e irrestrito direito à perfilhação (art. 227) – já não se pode falar em hipóteses limitativas de cabimento da ação investigatória.

Por isso, é possível afirmar que a ação investigatória tem um único fundamento: o estabelecimento do estado filiatório, seja decorrente de relações sexuais ou de métodos científicos (tais como a inseminação artificial), ou, ainda, seja decorrente de um vínculo socioafetivo.

⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**: volume VI - Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 612.

⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: São Paulo, 2012, p. 215.

O que se investiga, portanto, é o estado de filiação, que pode ter sido determinado por diferentes razões e fundamentos. Isto é, o estado filiatório pode decorrer de um vínculo genético, ou não.⁹¹

Dessa forma, observa-se que a possibilidade de ocorrer o reconhecimento da filiação socioafetiva, partindo de uma análise principiológica, deve estar acessível a qualquer tempo, porquanto o que se busca é a atribuição de juridicidade ao verdadeiro estado filiatório. Esse caminho trilhado pelo texto constitucional tem como prioridade nada mais que a promoção da dignidade da pessoa humana e da afetividade nas relações familiares, sem prejuízo da proclamação do princípio da igualdade.

2.2 A viabilidade legal da declaração da filiação socioafetiva *post mortem*

Conforme o já exposto, da nova ordem constitucional é possível inferir uma série de princípios, os quais necessariamente vinculam à atividade interpretativa do jurista, a fim de garantir a unicidade do ordenamento jurídico. Não obstante, a orientação principiológica também serve de baliza à atividade legislativa.

Sob esse ângulo, vale ressaltar que a legislação civilista até então vigente, especialmente no que tange à proteção da filiação, ostentava uma visão patrimonialista incompatível com a nova Constituição Federal. Após quase três décadas em discussão, em 2002, sobreveio a tão esperada reforma do Código Civil brasileiro.

Ocorre que, embora o texto constitucional estabeleça a primazia da dignidade humana, bem como da afetividade no trato das relações familiares, a nova codificação civil não se deteve em tratar dos reflexos desses princípios sobre as relações filiais. É nesse sentido que Rolf Madaleno se manifesta: “Ressentem-se os operadores do direito familista do fato de a atual codificação não ter avançado no sentido de reconhecer oficialmente a filiação socioafetiva”⁹².

Apesar disso, foi somente com o Código Civil de 2002 que a legislação civilista finalmente adequou-se ao princípio constitucional da absoluta isonomia entre os filhos⁹³, fazendo desaparecer, em definitivo, a distinção entre filhos legítimos,

⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 621.

⁹² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 471.

⁹³ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, 2: direito de família**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 436.

ilegítimos e legitimados. Nesse sentido, o artigo inaugural referente à regulamentação das relações filiais no Código Civil vigente, repetindo o texto da Carta Federal, estabelece:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.⁹⁴

Essa visão representa o auge do processo em que o filho deixa a posição periférica para se fixar no centro, deixando de ostentar “a qualidade de sujeito em questão para representar o sujeito da questão, com interesses próprios e superiores”⁹⁵. Nesse panorama, “filho” compõe um termo uníssono, para o qual não influi a origem na sua conceituação bem como nos seus efeitos, assim,

Afasta-se, em última instância, a validade de quaisquer tratos pretensamente discriminatórios, tornando-se inconsistente, com isso, a tradicional distinção baseada na existência ou não de estruturação familiar matrimonial entre os genitores. A partir de então, seguindo esta tendência baseada na atenção voltada à pessoa do filho, o estabelecimento da filiação é definido como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.⁹⁶

A proteção jurídica é voltada, antes de tudo, à valorização dos filhos como verdadeiros sujeitos integrantes da construção do núcleo familiar, sendo inaceitável qualquer classificação desses sujeitos. Na esteira da interpretação constitucional, assim, torna-se razoável sustentar que,

[...] além da absoluta impossibilidade de tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem (seja distinção de efeitos pessoais ou de efeitos patrimoniais), não mais há qualquer obstáculo à determinação da filiação, sendo vedado o estabelecimento de limites à determinação do vínculo filiatório.⁹⁷

Portanto, o que se deve ter em mente é que o sistema jurídico em vigência reconhece a importância da filiação para a formação pessoal, não mais tolerando quaisquer discriminações atinentes à origem desse vínculo. Outrossim, em que pese

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

⁹⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 348.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 540.

o legislador-codificador tenha mantido presunções de paternidade ligadas ao status civil dos genitores consoante se extrai da leitura do artigo 1.597, do Código Civil⁹⁸, não se pode falar em óbices ao reconhecimento ou à contestação da filiação.

Vale sobrelevar que o reconhecimento da relação de parentesco, na qual se insere a filiação, é de suma importância não só porque serve como instrumento garantidor da personalidade humana, mas também, como destaca Orlando Gomes,

[...] porque a lei lhe atribui efeitos relevantes, estatuidos direitos e obrigações recíprocos entre os parentes, de ordem pessoal e patrimonial, e fixando proibições com fundamento em sua existência. Têm os parentes direito à sucessão e alimentos e não podem casar uns com os outros, na linha reta e em certo grau da colateral. O parentesco é importante ainda em situações individuais regidas por outros ramos do Direito, como o processual e o eleitoral.⁹⁹

Diante desse fundamento, e ainda, da orientação contida no texto constitucional, não há como deixar de reconhecer àquelas relações construídas com alicerce na afetividade no âmbito da mais próxima relação de parentesco que representa o vínculo filial. Assim sendo, abriu-se espaço para uma interpretação extensiva do artigo 1.593, do Código Civil de 2002, o qual dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”¹⁰⁰.

Interpretando esse dispositivo legal, Carlos Roberto Gonçalves leciona que o parentesco natural resulta dos laços de sangue, enquanto o civil refere-se a uma criação legal¹⁰¹. Indo além, o citado autor assevera que a expressão “outra origem”, referida no artigo supramencionado, representa um avanço da legislação civil, na medida em que a codificação de 1916 considerava como civil apenas o parentesco originário da adoção¹⁰², conforme a redação do artigo 332 daquela legislação, *in verbis*: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção”¹⁰³.

⁹⁸ BRASIL. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

⁹⁹ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 311.

¹⁰⁰ BRASIL, *op. cit.*

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

Tratando acerca dessa brecha legislativa, Christiano Cassettari sustenta que, por permitir outra origem de parentesco, o dispositivo legal em tela permite que a parentalidade socioafetiva seja reconhecida como uma das formas de constituição do parentesco¹⁰⁴. Igualmente, Maria Berenice Dias ensina que “a filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de ‘outra origem’, isto é, de origem afetiva”¹⁰⁵. Da mesma sorte, entendem Flavio Tartuce e José Simão:

Tradicionalmente, no que tange ao parentesco civil, este sempre foi relacionado com a adoção, [...]. Entretanto, diante dos progressos científicos e da valorização dos vínculos afetivos de cunho social, devem ser reconhecidas outras formas de parentesco civil: aquele decorrente de técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial heteróloga – com material genético de terceiro) e a parentalidade socioafetiva (Enunciados n. 103 e 256 CJP/STJ).¹⁰⁶

Essa análise, além de consagrar os laços afetivos, permite que o parentesco seja identificado pela verdadeira convivência familiar, fundada no amor, cuidado e respeito. Tal interpretação vai ao encontro dos princípios constitucionais, para os quais o estado filiatório é identificado como direito fundamental do ser humano, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Reforçando tal posicionamento, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald destacam que o Código Civil em vigor não apresentou qualquer limitação para o reconhecimento judicial da parentalidade socioafetiva, e nem o poderia, pois resultaria em flagrante inconstitucionalidade¹⁰⁷, deixando cristalina a ampla possibilidade de tal reconhecimento jurídico.

Assim sendo, pode-se concluir pela possibilidade daquele que sempre fora tratado como se filho fosse de ajuizar a competente ação investigatória/declaratória em face daquele que efetivamente assumiu as funções parentais, ainda que ausente o laço biológico entre ambos. Nesse mesmo sentido, cumpre trazer à baila a reflexão do doutrinador Zeno Veloso:

¹⁰⁴ CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 406.

¹⁰⁶ TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil**, v. 5: direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 322.

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 622.

Se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga esse fato no meio em que vive, qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, judicialmente, a determinação de seu estado?¹⁰⁸

Outrossim, vale registrar que, em regra, a filiação é atestada por intermédio da certidão do registro civil de pessoas naturais, nos termos do artigo 1.603 do Código Civil¹⁰⁹. Ocorre que, fixada a premissa de que a investigação do estado filiatório não comporta restrições, tese que engloba a relação socioafetiva, impõe-se analisar a posse do estado de filho como um dos meios de prova da filiação.

Nesse sentido, ampliando hipóteses dos meios de prova da filiação, o artigo 1.605 do Código Civil apresenta a seguinte redação:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:
I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;
II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.¹¹⁰

Desse modo, em razão da juridicidade atribuída à relação socioafetiva entre aquele que exerceu a função parental e o suposto filho, identifica-se no referido dispositivo legal a abertura necessária para o sustento da tese da posse do estado de filho como meio de prova do vínculo filial. Comentando o citado artigo, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald afirmam:

Sem dúvida, a notoriedade e exteriorização de uma relação paterno-filial (isto é, a posse do estado de filho) decorre de veementes presunções de fatos já certos, explicitando a admissibilidade implícita da teoria pelo comando legal. O propósito da posse de estado de filho, inclusive, é, exatamente, provar a existência de uma relação filiatória, como sucedâneo do registro civil de nascimento, permitindo que o filho que, embora não registrado por seu pai, convive com ele com todos os elementos característicos de um vínculo da filiação (enfim, é tratado por ele, pública e

¹⁰⁸ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 28.

¹⁰⁹ “Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.” BRASIL. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

notoriamente, como filho), possa obter 'todas as consequências jurídicas que pretende ter'.¹¹¹

Assim sendo, verificados, judicialmente, os elementos caracterizadores da posse de filho de forma pública, notória, estável e inequívoca, impõe-se o reconhecimento da filiação fundamentada nesses fatos já certos, conforme prevê a legislação civil. Como se observa, portanto, esse critério da definição da filiação mostra-se suficiente para conferir todos os direitos inerentes ao vínculo da descendência àqueles que, efetivamente, receberam o tratamento de filho, não sendo exigidas quaisquer outras formalidades, como ocorre na adoção.

Por fim, a ação investigatória, por sua natureza declaratória e por dizer respeito ao estado de pessoas, não se sujeita a prazos decadenciais, tratando-se de um direito indisponível do investigante¹¹². Tal entendimento decorre da redação do artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.¹¹³

Nessa mesma linha, a Súmula 149, editada pelo Supremo Tribunal Federal, estabelece que, ao contrário da petição de herança, a ação de investigação de paternidade é imprescritível. Desse modo, assim como não há que se falar em limites formais para o reconhecimento da filiação socioafetiva, igualmente, não há delimitação temporal para a fixação dos laços filiais.

É a partir dessa perspectiva que se vislumbra a possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem*, na medida em que a existência (ou não) dos vínculos filiais será analisada tão somente a partir da presença dos requisitos da posse de estado de filho. A atribuição de juridicidade à relação entre aquele que efetivamente exerceu as funções paternas/maternais típicas e o suposto filho, assim, independe do consentimento expresso do primeiro, assim como não está sujeita a qualquer limite temporal, como o óbito do suposto (a) pai (mãe).

¹¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 548.

¹¹² TARTUCE, Flavio; SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil**, v. 5: direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 355.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

2.3 Abordagem jurisprudencial acerca do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem*

De uma análise teleológica do sistema normativo referente à filiação, de acordo com o já exposto, observa-se que o referido instituto jurídico, por influir diretamente na realização da dignidade da pessoa humana, não comporta óbices ao reconhecimento de tal vínculo jurídico, especialmente quando fundamentado na relação afetiva mantida entre as partes. Importante salientar que essa releitura advém dos princípios incutidos no texto constitucional e reflete sobre toda a legislação ordinária.

Em outro aspecto que se enquadra ao instituto jurídico ora discutido, as lacunas na regulamentação de questões dignas de tutela, decorrentes da omissão legislativa, devem ser preenchidas pelo juiz, o qual não pode deixar de conceder proteção, nem deixar de assegurar direitos com a alegação da inexistência de lei¹¹⁴, como destaca Maria Berenice Dias:

O fato de não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito à tutela. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática.

A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para se negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da chancela jurídica.¹¹⁵

É por esse motivo que, diante da ausência de previsão legal expressa a respeito da filiação socioafetiva, a qual partiu de uma construção doutrinária ancorada na posse de estado de filho, a jurisprudência assumiu um importante papel na aplicação da legislação civil em consonância com os ditames constitucionais pertinentes ao instituto. Assim enfatiza Rolf Madaleno:

Não obstante a codificação em vigor não reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência dos pretórios brasileiros vem paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada posse de estado de filho, representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, em

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

¹¹⁵ *Ibidem*.

suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial.¹¹⁶

Ademais, as normas jurídicas familiaristas contêm um forte caráter dinâmico, “submetendo-se aos movimentos sociais e valorativos que lhe impõem constante evolução e mutação, de acordo com as variáveis temporais e espaciais, para atender às exigências humanas”¹¹⁷, o que teve de ser, igualmente, observado pelos julgadores. Assim, diante da demanda social pelo reconhecimento de novos fundamentos informadores do vínculo jurídico filial, consolidou-se o entendimento acerca da possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva.

Esse posicionamento fixado pelo Poder Judiciário brasileiro, em um primeiro momento, se deu em ações negatórias de paternidade, ajuizadas por aqueles que constavam no registro de nascimento do filho, mas que não detinham o vínculo genético. Em lides dessa natureza, para ocorrer a desconstituição do vínculo parental pacificou-se o entendimento acerca da necessidade de restar demonstrada a ausência do relacionamento socioafetivo entre as partes, sob pena da improcedência do pleito, conforme destacou o Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial nº 1.059.214/RS:

[...] É bem verdade que o exame de DNA revolucionou o direito de família, mas é certo também que as bases jurídicas da tutela das famílias reconhecidas tanto pelo Código Civil de 2002 quanto pela Constituição Federal de 1988, são bem diferentes das verificadas em tempos idos. Nesse passo, se o juiz de outrora, em ações de investigação de paternidade, clamava por escassos elementos que lhe convencessem acerca de verdades biológicas, o juiz atual, malgrado lhe seja entregue vasta tecnologia para bem desempenhar seu mister, sobretudo em ações negatórias de paternidade, em não raras vezes deve voltar-se menos a indagações de ordem genética do que à análise da verdade socioafetiva.

Hoje é muito clara a diferença entre o vínculo parental fundado na hereditariedade biológica - que constitui, é verdade, atributo pertencente aos direitos da personalidade -, e o estado de filiação derivado da relação socioafetiva construída entre pais e filhos - biológicos ou não -, dia a dia na convivência familiar.

Com efeito, a paternidade atualmente deve ser considerada gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a socioafetiva. Assim, em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica, e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode

¹¹⁶ MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 471.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.¹¹⁸

Nos casos das ações negatórias de paternidade, então, a socioafetividade é consagrada como uma das matérias de defesa. Todavia, considerando que a filiação socioafetiva baseia-se em uma construção verificada essencialmente no plano fático, para se atribuir efeitos jurídicos a essa relação, a qual não foi constituída com o formalismo exigido pela lei e pela sociedade, abriu-se espaço para o ajuizamento de ações adequadas ao reconhecimento de tal parentalidade.

Para Christiano Cassetari, nessa hipótese, independentemente da nomenclatura atribuída à ação – se declaratória ou investigatória –, impõe-se ao julgador “determinar, ao julgá-la procedente, a expedição de mandado de averbação endereçado ao Registro Civil para que altere o assento do nascimento, casamento ou óbito, dando publicidade e oponibilidade *erga omnes* dessa parentalidade”¹¹⁹. Por esse caminho, aqueles que receberam um tratamento digno do vínculo filial, embora inexistente o vínculo genético ou registral, têm acesso à declaração da existência dessa relação jurídica, com a irradiação imediata de todos os efeitos inerentes a ela.

Contudo, a parentalidade socioafetiva utilizada como matéria de ataque em momento posterior ao óbito daqueles que efetivamente exerceram as funções parentais ainda encontra óbices ao seu reconhecimento, conforme se observa das seguintes ementas dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul, respectivamente:

APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA PROMOVIDA POST MORTEM INEXISTÊNCIA DE PROCESSO DE ADOÇÃO VONTADE DE ADOTAR QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA PEDIDO NÃO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ADOÇÃO É ATO PERSONALÍSSIMO E FORMAL SENTENÇA MANTIDA APELO IMPROVIDO.¹²⁰

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que, em reconhecimento da filiação socioafetiva, manteve a improcedência do pedido formulado em ação negatória de paternidade**. Recurso Especial nº 1.059.214. P P S G e J S G e Outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20268869&num_registro=200801118322&data=20120312&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 31 out. 2015.

¹¹⁹ CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 73.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão que reconheceu a impossibilidade jurídica da declaração de vínculo de paternidade e maternidade *post mortem***. Apelação Cível nº 0030996-55.2012.8.26.0003. Renee Aparecida Silva, Marcos Antônio Ruiz e Maria Tereza Ruiz. Relator: Desembargador Giffoni Ferreira. 16 de setembro de 2014. Disponível em:

EMBARGOS INFRINGENTES. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE OU ADOÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA. NÃO É POSSIVEL INVESTIGAR PATERNIDADE CONTRA QUEM NÃO DEU CAUSA À GERAÇÃO E NÃO É POSSIVEL RECONHECER ADOÇÃO PÓSTUMA QUANDO AUSENTE A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Não é possível juridicamente investigar a paternidade contra quem não é o pai biológico, pois essa ação busca o reconhecimento forçado da paternidade, reclamando-se a responsabilidade jurídica de quem deu causa à geração. 2. Se inequivocamente inexistente o vínculo biológico, inexistente também a possibilidade jurídica de se reclamar o reconhecimento forçado da paternidade. 3. De outra banda, visto o mesmo fato sob o prisma de uma possível adoção póstuma, tenho que também há impossibilidade jurídica do pedido quando não existe inequívoca manifestação de vontade do adotante em relação à adoção [...] 4. É juridicamente impossível o pedido de transformação da mera guarda em relação jurídica de filiação ou de adoção socioafetiva, quando a pessoa apontada como adotante não deixou patente a vontade de adotar em momento algum, nem em testamento, nem em algum escrito, nem tomou quaisquer medidas tendentes ao estabelecimento do vínculo de filiação, ficando claro que o vínculo que existiu era apenas e tão-somente o de mera guarda, ainda que o *de cujus* possa ter dedicado aos autores os cuidados e atenções próprios de filhos. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.¹²¹

Pelas motivações expostas nos julgados, entende-se que a pretensão do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem* implicaria na imposição de uma adoção póstuma, e, portanto, não poderia obter sucesso, por não contar com uma inequívoca manifestação por parte daquele que exerceu as funções parentais, requisito essencial nos casos de adoção de acordo com o que dispõe a legislação pertinente¹²².

Por outro lado, a jurisprudência, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já teve oportunidade de acolher a possibilidade da ação investigatória socioafetiva *post*

<<https://esaj.tjrs.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7863372&cdForo=0>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão que reconheceu a impossibilidade jurídica da investigação de paternidade ou adoção socioafetiva póstuma**. Embargos Infringentes nº 70051903466. P.G.S.C.G, H.H.M.G e R.R.R.D.R.R.. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 24 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051903466%26num_processo%3D70051903466%26codEmenta%3D5077769+EMBARGOS+INFRINGENTES.+INVESTIGA%3C%87%3C%83O+DE+PATERNIDADE+OU+ADO%3C%87%3C%83O+SOCIOAFETIVA+P%3C%93STUMA.++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70051903466&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=14/12/2012&relator=S%3C%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcellos%20Chaves&aba=juris>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹²² “Art. 42. [...] § 6º: A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.” BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

mortem, conforme se observa do seguinte julgamento proferido em sede de recurso especial interposto em ação de investigação de paternidade e maternidade socioafetiva cumulada com petição de herança e ratificação de partilha:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontra caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.¹²³

No mesmo sentido, recentemente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade jurídica de se buscar o reconhecimento da maternidade socioafetiva após o falecimento da suposta mãe, reformando as decisões de primeiro e segunda instâncias que consideraram o pedido juridicamente impossível. Nessa ocasião, o Ministro-Relator Marco Buzzi consignou em seu voto:

O órgão julgador, [...], em sede de apreciação antecipada da lide, antes mesmo da instauração da relação processual (citação da parte contrária), elegeu como fundamento para a extinção do feito pela impossibilidade jurídica do pedido o fato de não ter sido manifestada a intenção de adotar por parte da mãe de criação. No entanto, o estado de filiação decorrente da parentalidade socioafetiva dá-se pela posse de estado de filho e pelo vínculo social de afeto.

Neste ponto, deve-se reconhecer que, em casos como este, cuja a manifestação da intenção de adotar não fora realizada em vida, admite-se o reconhecimento da maternidade *post mortem*, inclusive, afigurando-se possível a constatação do estado de filiação, fundado no estabelecimento de vínculo socioafetivo.

[...]

Efetivamente, nos casos em que a genitora, além de um comportamento notório e contínuo, demonstra, reiteradamente, ser a mãe, não há razão que impeça o filho, não sendo registrado como tal, de reivindicar judicialmente o estado de filiação, ainda que pós morte.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que reconheceu a possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva**. Recurso Especial nº 1.189.663. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, R D e L C. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 15 de setembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17491699&num_registro=201000670469&data=20110915&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 31 out. 2015.

[...]

Portanto, ao contrário do que consta da decisão impugnada, não se vislumbra qualquer vedação legal ao reconhecimento da maternidade socioafetiva, ainda que *post mortem*, restando, pois, incontroversa a possibilidade jurídica do pedido, visto que a maternidade socioafetiva se lastreada na relação de afeto, notadamente nos casos de ausência de vínculo biológico, cujos pais criam a criança por escolha própria, destinando-lhe carinho e cuidados inerentes à relação pai-filho.¹²⁴

Como se observa, esta última corrente adota a possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva, inclusive *post mortem*, de forma irrestrita, aplicando uma interpretação à luz do texto constitucional, bem como em atenção ao direito ao reconhecimento personalíssimo, indisponível e imprescritível do estado de filiação. Entretanto, da mesma sorte que nos Tribunais de Justiça, tal juízo não é pacífico no Tribunal Superior, consoante se extrai da seguinte ementa de decisão monocrática do Ministro João de Noronha proferida também no ano de 2015:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE VÍNCULO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. AÇÃO EXTINTA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. Não há previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, de adoção de fato. Portanto, a mera alegação de socioafetividade não é suficiente para reconhecimento da condição de filiação.
2. A filiação socioafetiva, para ser reconhecida, depende de que haja demonstração da vontade manifesta de estabelecer laços de parentesco com efeitos patrimoniais.
3. Recurso especial conhecido e desprovido.¹²⁵

Assim sendo, em que pese a jurisprudência, atenta aos novos fundamentos do direito de família, caminhar para o reconhecimento irrestrito do vínculo filial, a possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem*, em algumas decisões, ainda esbarra em requisitos formais intransponíveis pela morte daquele que exerceu as funções parentais. Nesses últimos casos, a solução jurídica apresentada procura assemelhar o instituto da filiação socioafetiva, o qual é

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que reconheceu a possibilidade jurídica da ação de reconhecimento da maternidade socioafetiva *post mortem***. Recurso Especial nº 1.291.357. M A M e M D B. Relator: Ministro Marco Buzzi. 26 de outubro de 2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52863495&num_registro=201102649149&data=20151026&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que manteve a extinção sem resolução de mérito em razão da impossibilidade jurídica de ação declaratória de existência de vínculo de paternidade/maternidade *post mortem* baseado na relação socioafetiva**. Recurso Especial nº 1.320.816. A L R, Herta Elisa Albertina Wensersky Waschinski - Espólio. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 28 de abril de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=44660424&num_registro=201200863670&data=20150504&formato=PDF>. Acesso em: 31 out. 2015.

essencialmente fático, com o processo de adoção, extremamente formal, constituindo a ausência de manifestação expressa do (a) suposto (a) pai (mãe), requisito da adoção, a razão do óbice a tal reconhecimento jurídico.

Ainda assim, não se pode olvidar que a filiação socioafetiva é o resultado de uma relação edificada pelo afeto nutrido entre aquele que assumiu o papel parental e aquele que se desenvolveu sob essa função exercida pelo primeiro. Desse modo, impõe-se delinear tal vínculo jurídico mais pela situação fática vivenciada pelas partes, do que pela formalização de atos solenes, o que viabiliza, segundo o entendimento que desponta na jurisprudência, o reconhecimento da filiação socioafetiva livre e desimpedido de qualquer requisito formal ou mesmo temporal.

CONCLUSÃO

Os vínculos familiares, incontestavelmente, representam um fator relevante para o desenvolvimento humano. A importância dessa relação reside não só na sua contribuição para o autoconhecimento, mas também na sua influência para a formação da consciência de coletividade em cada indivíduo.

Ao longo do tempo, o reconhecimento desses vínculos não permaneceu estático, acompanhando as mudanças que se fizeram sentir com o progresso social. Esse processo abriu caminho para o reconhecimento da pluralidade no trato das relações familiares, elegendo-se o afeto como elemento central da formação do núcleo familiar com o intuito de alcançar a plena realização do ser humano.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, em consonância com os novos valores que pulsavam na sociedade brasileira, bem como inspirada no rumo tomado pela legislação internacional, consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república, inserido no rol dos princípios fundamentais. Essa nova perspectiva, então, passou a vincular a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Sob esse viés, as disposições constitucionais relativas à proteção da família expandiram a abrangência do conceito de entidade familiar, resguardando cada um dos sujeitos integrantes dessa relação. A afetividade, assim, despontou como um dos elementos norteadores do laço familiar, sendo alçada, inclusive, pela doutrina majoritária ao *status* de princípio jurídico.

Como fruto da aplicação desses novos princípios, identificou-se na posse de estado de filho uma nova modalidade de constituição do vínculo filial. Por esse critério, a verdadeira relação entre pai (mãe) e filho é caracterizada pelo vínculo afetivo nutrido entre essas partes e, portanto, construída a partir da realidade vivenciada, consubstanciando-se na filiação socioafetiva.

Essa interpretação afasta-se dos critérios tradicionais relacionados à biologia, como a identidade genética, e à ficção jurídica, como a presunção decorrente do matrimônio, para eleger o afeto ao elemento central da consolidação do elo filial. Assim sendo, revela-se como pai (mãe) aquele (a) que efetivamente exerceu as funções parentais, despendendo carinho, respeito e cuidado àquele que assumiu o papel de filho.

Outrossim, em que pese a ausência de previsão legal expressa acerca do instituto da filiação socioafetiva, uma leitura mais atenta da legislação civilista, realizada de acordo com os ditames constitucionais, permite delinear contornos jurídicos a essa relação sustentada pelo afeto. Nesse aspecto, com fundamento no princípio da igualdade entre os filhos, a socioafetividade exerce tanto o papel de matéria de defesa, em eventual ação negatória de paternidade, quanto argumento de ataque, em eventual ação declaratória/investigatória.

Com efeito, dada a relevância do vínculo filial, não só para a plenitude da personalidade humana, mas também para outros institutos jurídicos, possibilita-se ao filho buscar juridicidade a essa relação efetivada essencialmente no plano fático por intermédio da intervenção judicial. Tal posicionamento busca, além de promover a realização pessoal, evitar que haja o tratamento jurídico discriminatório entre os filhos, o que engloba a possibilidade do reconhecimento ser posterior ao óbito daqueles indicados como pais socioafetivos.

Nesse sentido, a jurisprudência tem inovado ao reconhecer a possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva livre de qualquer óbice formal ou mesmo temporal, já que esse vínculo é, antes de tudo, uma situação fática a que se procura atribuir efeitos jurídicos. Ainda assim, esse entendimento, no âmbito judicial, enfrenta resistência por parte daqueles que assemelham tal instituto jurídico à adoção, exigindo a manifestação expressa dos pais socioafetivos quanto à anuência dessa relação.

Seguindo essa última corrente, o reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem* seria intangível, uma vez que não haveria como colher a manifestação dos supostos pais afetivos, dado o passamento destes. Todavia, a imposição desse óbice formal, e, simultaneamente, temporal, vai de encontro à própria essência da filiação socioafetiva, a qual decorre tão somente da posse de estado de filho.

Dessa forma, conclui-se que o ordenamento jurídico em vigor ampara o reconhecimento da filiação socioafetiva em par de igualdade com o reconhecimento do vínculo biológico, não comportando, apesar da resistência jurisprudencial, qualquer limitação, seja de caráter formal ou temporal, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade no trato das relações familiares.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V** : enunciados aprovados. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2012.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARROS, Sergio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: TRIVISONNO, A. T. G.; SALIBA, A. T.; LOPES, M. S. (Org.). **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade**: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. Lei nº 1.0406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que reconheceu a possibilidade jurídica do reconhecimento da filiação socioafetiva.** Recurso Especial nº 1.189.663. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, R D e L C. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 15 de setembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17491699&num_registro=201000670469&data=20110915&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 31 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que, em reconhecimento da filiação socioafetiva, manteve a improcedência do pedido formulado em ação negatória de paternidade.** Recurso Especial nº 1.059.214. P P S G e J S G e Outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20268869&num_registro=200801118322&data=20120312&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 31 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que reconheceu a possibilidade de investigação de paternidade na hipótese de existência de vínculo socioafetivo com o pai registrário.** Recurso Especial nº 1.401.719/MG. L B L e J R R. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 15 de outubro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31743906&num_registro=201200220351&data=20131015&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 24 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que manteve a extinção sem resolução de mérito em razão da impossibilidade jurídica de ação declaratória de existência de vínculo de paternidade/maternidade *post mortem* baseado na relação socioafetiva.** Recurso Especial nº 1.320.816. A L R, Herta Elisa Albertina Wensersky Waschinski - Espólio. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 28 de abril de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=44660424&num_registro=201200863670&data=20150504&formato=PDF>. Acesso em: 31 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que reconheceu a possibilidade jurídica da ação de reconhecimento da maternidade socioafetiva *post mortem*.** Recurso Especial nº 1.291.357. M A M e M D B. Relator: Ministro Marco Buzzi. 26 de outubro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52863495&num_registro=201102649149&data=20151026&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão que reconheceu a impossibilidade jurídica da declaração de vínculo de paternidade e maternidade *post mortem***. Apelação Cível nº 0030996-55.2012.8.26.0003. Renee Aparecida Silva, Marcos Antônio Ruiz e Maria Tereza Ruiz. Relator: Desembargador Giffoni Ferreira. 16 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7863372&cdForo=0>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão que reconheceu a impossibilidade jurídica da investigação de paternidade ou adoção socioafetiva *póstuma***. Embargos Infringentes nº 70051903466. P.G.S.C.G., H.H.M.G e R.R.R.D.R.R.. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 24 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051903466%26num_processo%3D70051903466%26codEmenta%3D5077769+EMBARGOS+INFRINGENTES.+INVESTIGA%C3%87%C3%83O+DE+PATERNIDADE+OU+ADO%C3%87%C3%83O+SOCIOAFETIVA+P%C3%93SUMA.++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70051903466&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=14/12/2012&relator=S%C3%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcellos%20Chaves&aba=juris>. Acesso em: 03 nov. 2015.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014,

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Entre o ventre e o coração**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_entre_o_ventre_e_o_cora%E7%E3o.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**. v. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Da paternidade:** relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: volume VI - Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro,** volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jus Navigandi,** Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 15 set. 2015.

MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, 2:** direito de família. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris: Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em:

<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto San José da Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: São Paulo, 2012.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família, v.6. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

ROSA, Conrado Paulino da. **Ifamily**: um novo conceito de família?. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 124.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

_____; SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil**, v. 5: direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Barretto, Vicente (Org.). **A nova família**. Problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Temas de Direito Civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.