XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

LUCIANA COSTA POLI

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito de família e sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luciana Costa Poli, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-307-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o grupo de trabalho Direito de Família e Sucessões II quanto ao XXV Encontro Nacional do CONPEDI promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelo Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba realizado em Curitiba - PR entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016 no campus da UNICURITIBA.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao direito das famílias e sucessões que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões II, coordenado pelas ora Organizadores da obra. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes com especial repercussão social nas relações privadas familiares e no direito sucessório.

O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito civil. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

Reflete a obra o fortalecimento e amadurecimento do Grupo de Trabalho Direito de Família e Sucesões II e contribui para o aprimoramento da nossa comunidade científica, permitindo o acesso dos leitores a discussões relevantes e atuais que permeiam o nosso cotidiano. Demonstra a necessidade de discussão e reconstrução dos parâmetros normativos, deontológicos e axiológicos do ordenamento jurídico brasileiro para a efetivação dos objetivos insculpidos na Constituição Federal de 1988. As discussões emergem a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família e Sucessões apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhes são característicos. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a

formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do direito de família visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito de família assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada

Na oportunidade, as Organizadoras prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboraçao dos textos que propiciaram a elaboraçao dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa e crítica do Direito de Família e Sucessões que se apresenta nessa obra de forma dinâmica e comprometida com a formaçao de um pensamento crítico a possibilitar a construção de um direito civil cada vez mais voltado à concretização de valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Dezembro de 2016.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Profa. Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - Universidade Nove de Julho

O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIO AFETIVO POST MORTEM COM FUNDAMENTO NOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA

THE RECOGNITION OF POST MORTEM SOCIOAFFECTIVE FILIATION BASED ON THE PRINCIPLES OF HUMAN EQUALITY AND DIGNITY

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão [1]

Resumo

A filiação Afetiva é fruto do amor, do afeto, diferentemente da filiação biológica que é fruto de consanguinidade. . É a carga do amor que norteia a filiação afetiva. O Princípio da igualdade transformou o direito de família,; A parentalidade socioafetiva - a posse de estado de filiação – de estado de filho, é passível de ser extraída da parte final do art. 1.593, do Código Civil, sendo certo que não existe vedação legal ao seu reconhecimento post mortem ou seja, pode ser feito o reconhecimento judicial da paternidade/maternidade afetiva após a morte do suposto pai e mãe socioafetivos.

Palavras-chave: Reconhecimento, Filiação sócio afetiva, Post mortem

Abstract/Resumen/Résumé

The affective filiation comes from love, affection, otherwise from the biological filiation, which comes from consanguinity. . It's the love charge that leads the affective filitation. . The socioaffective parenting – the possesing of filiation state – of child state, depends of being extracted from the final part from article 1.593, from the Civil Code, being intented there's no legal railing of its recognition post mortem, that is, it can be done the judicial recognition of the affective paternity/maternity after death of the supposed socioaffective mother and father.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Recognition, Socioaffective filiation, Post mortem

[1] brasileira, viúva, residente e domiciliada à Rua Umuarama, 430 - Maringá-Pr, portadora da cédula de identidade RG 961.128-6-Pr e CPF 24.206.569/91

1- INTRODUÇÃO

As relações familiares evoluíram com o tempo, a hegemonia da família patriarcal, desfez-se com a evolução dos valores sociais. Do homem primitivo aos períodos do matriarcado, patriarcado e finalmente, graças aos princípios da igualdade e da dignidade humana, a afetividade passou a ser respeitada, sendo considerada como princípio constitucional, e o princípio da "ratio" ou do afeto, é considerado como um dos princípios mais importantes para o direito de família. Os filhos biológicos e afetivos, passaram a serem tratados igualmente em todos os direitos, surgindo assim o parentesco pela afinidade, e o reconhecimento de paternidade e maternidade afetivos.

O presente artigo pretende analisar o reconhecimento de paternidade e maternidade afetivos *post mortem,* buscando nos princípios da igualdade e da dignidade humana, e no Código Civil, o fundamento para tal direito. Trata-se de tema que envolve os direitos daqueles que sempre foram tratados desigualmente, e, por força de tais princípios veem-se protegidos em seus direitos. E enfrentará a seguinte problematização: É possível pleitear a parentalidade socioafetiva - a posse de estado de filiação – com fundamento na parte final do art. 1.593, do Código Civil? E, se é possível pleitear judicialmente uma ação de investigação de paternidade, com base no critério genético, após o falecimento do suposto pai; também é possível mover ação para reconhecimento de paternidade e maternidade sócio afetivo *post mortem, que* prove a existência da condição de posse do estado de filiação perante quem teria exercido a função de pai e ou mãe, sem serem pais biológicos?

O afeto é o laço de amor que une as pessoas fortalecendo as relações familiares, distinguindo o direito de família dos demais ramos do direito, fortalecendo a filiação, seja biológica ou afetiva. O método a ser adotado será o dedutivo, com pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOBRE O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVO

O conceito de família modificou-se conforme as sociedades evoluíram ao longo dos tempos. No direito romano, o *pátrio poder* – coluna central da família patriarcal - era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercida pelo cabeça da família sobre

todos as coisas e componentes do grupo.[1]. Com o passar do tempo, o absolutismo opressivo dos pais reduziu-se ao simples direito de correção. Justiniano, (*ius domesticae emendationis*), também aboliu a *noxae datio*. Já na Idade Média, ocorreu um conflito entre os sistemas organizadores da família, a propósito do alcance e da extensão do *pátrio poder*, prevalecendo nos países de direito escrito a orientação romana, na forma da legislação justinianéia e nos de direito costumeiro, o germânico, inspirada mais no interesse do filho que do pai.[2]

O conceito de família até a Constituição Federal de 1988, estava relacionada unicamente à família oriunda do casamento civil. Com relação aos filhos, no Código Civil de 1916, era nítida sua redação com relação á desigualdade e discriminação dos filhos havidos fora do casamento, chamados de "filhos ilegítimos", e "naturais". Os direitos eram concebidos somente aos filhos nascidos na constância do casamento, chamados de "filhos legítimos";.

A relevante mudança no ordenamento pátrio ocorreu com o advento do artigo 227 da Constituição Federal[3], que estabeleceu como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurou à criança, ao adolescente e ao jovem a prioridade ao direito à vida e demais direitos, priorizando o princípio da dignidade humana proibindo qualquer tipo de discriminação com relação aos filhos havidos fora do casamento. Tal artigo foi recepcionado pelo atual Código Civil, não havendo mais distinção, nem denominação diversa para os filhos que advém ou não do casamento. Nas lições de Maria Berenice Dias, pode-se dizer que "no moderno direito de filiação, o formato tradicional de família cedeu lugar a sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, sendo o traço fundamental a lealdade e a afetividade."[4]

Para Valdir Grisard Filho, após a Constituição Federal de 1988 "ocorreu a superação do paradigma da família patriarcal, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa

---

[1] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. – 2. ed.
rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.
[2] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. RT, v.676, p. 79-84.
[3] **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
[4] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de família. 4º. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

humana de cada um de seus membros, ocorrendo a maximização do afeto, permitindo que as uniões fossem feitas por desejo e laços de afetividade."[5]

O reconhecimento da paternidade e maternidade afetiva tem sido acolhido pelos tribunais pátrios com fundamento no artigo 1;593 do Código Civil vigente, [6] e pelos Princípios da igualdade e da dignidade humana;

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS SOBRE A FILIAÇÃO

Os princípios constitucionais do Direito de Família, que estabeleceram a possibilidade de ver declarado por sentença o reconhecimento de paternidade o maternidade afetivo, mesmo *post mortem, são:* O Princípio da igualdade, declarando-se que todos são iguais perante a lei; e o Princípio da dignidade da pessoa humana.

No âmbito do Direito Internacional, destaca-se:

a) O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário desde 1991, determinou que os Estados devem adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivos de filiação ou qualquer outra condição; b) Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas, traz que "A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuida por eles"[7]; e entre outros.

Como bem preconiza José Sebastião de Oliveira, essas regras e princípios não são as únicas formas para considerar-se o termo famílias e relações afetivas, uma vez que:

> "justifica-se em uma tentativa de sistematização das principais características que as novas famílias apresentam principalmente pelo valor prospectivo que representam. Vale dizer, servem como reunião dos valores que a Constituição Federal considerou como primordiais, não apenas para

[5] GISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P.59

[6] Art. 1593 do Código Civil: que "*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da outra origem*".

[7] Artigo 7º, I da resolução 44/25 de 20 de novembro de 1989, Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas. Disponível em http: www.unicef.org. Acesso em: 17 abril 2014.

> disciplinar o presente, mas também para servir com diretrizes inafastáveis para gerações futuras."[8]

A afetividade não foi criada pelo Direito, é considerada como um princípio do direito de família, o da "ratio" ou do amor. O direito protege o afeto, mas não o criou. O afeto nasceu como sentimento na vida das pessoas, como fruto do respeito, do diálogo e da compreensão. A existência do afeto gerou novos contextos familiares, como novas necessidades de tutela jurisdicional, como o reconhecimento da paternidade e maternidade afetiva, mesmo que seja *post mortem.*

Tereza Celina Arruda Alvim Wambier, lembra que o traço marcante do núcleo familiar é a "solidariedade, criando um clima afetivo privilegiado e fazendo com que a família passe a desempenhar um papel 'protetor' com relação ao resto da sociedade".[9] Para José Sebastião de Oliveira, "enquanto existir *affectio*, haverá família (princípio da liberdade), e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão não hierarquizada (princípio da igualdade)".[10]

3. **DA FILIAÇÃO AFETIVA**

A Filiação Biológica é aquela em que o filho carrega a carga genética de seu pai e de sua mãe, e a filiação Afetiva é fruto do amor, do afeto, mas não da consanguinidade. A relação de filiação não precisa decorrer de uma gravidez onde há a participação efetiva do pai e da mãe, mas sim tem que haver o amor como se o filho tivesse sido gerado com a carga genética. É a carga do amor que norteia a filiação afetiva.

Definir afetividade não é uma tarefa fácil. Na linguagem geral, encontra-se a palavra afeto como sinônima de afeição, de simpatia, de amizade, de amor; ou então como sentimento, paixão. No sentido psicológico, afeto é o elemento básico da afetividade. Já a afetividade, no sentido comum, é a qualidade ou caráter do que é afetivo; no sentido

---

[8] OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos Constitucionais do direito de família. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 229.

[9] WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. Direitos de família e do menos, coor. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3 ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 83.

[10] OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos Constitucionais do direito de família. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 237.

psicológico, afetividade é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões[11].

Aristóteles reconhecia a afetividade como uma potência humana, ao lado da inteligência e da vontade. Mas, não desenvolveu muito o estudo da afetividade, entendida como algo que pouco colaborava com a realização da existência humana. Para ele, a felicidade era alcançada especialmente com a aquisição de virtudes. Atualmente, a visão quanto à felicidade é a mesma, enquanto para os sentimentos, muita coisa mudou[12].

A afetividade também pode ser entendida como o conjunto de afetos presentes em cada pessoa[13]. Para Henri Wallon, a afetividade pode ser conceituada como todo o domínio das emoções, dos sentimentos e das emoções, das experiências sensíveis e, principalmente, da capacidade de possuir sensações, referindo-se às vivências dos indivíduos e às formas de expressão mais complexas e humanas[14].

Para a psicologia, a afetividade compreende o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar o mundo subjetivamente. A afetividade é quem determina a atitude geral da pessoa diante de qualquer experiência vivencial, promove impulsos motivadores e inibidores, percebe os fatos de maneira agradável ou sofrível, confere uma disposição indiferente ou entusiasmada e determina sentimentos que variam entre dois pólos, a tristeza e a alegria[15].

O afeto é um laço que envolve os integrantes de uma família. É um laço que une as pessoas com a finalidade de garantir a felicidade, ocasionando assim, a realização pessoal de cada um. A família não se justifica sem a existência de afeto, pois é elemento formador e estruturador das entidades familiares. Na linguagem geral, o afeto relaciona-se com sentimentos de ternura, carinho e simpatia. Nas literaturas, afetividade está relacionada aos termos: emoção, estados de humor, motivação, sentimento, paixão, atenção, personalidade,

---

[11] BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário da língua portuguesa*. 6º ed. atual. Editora Lisa, 1992, p.29.

[12] PEREIRA JUNIOR. Antônio Jorge. Da Afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: *A família além dos mitos*. Eliene Ferreira Bastos, Maria Berenice Dias (coord.). Del Rey, 2008, p. 57.

[13] SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Juruá, 2011, p.49.

[14] BERCHT, Magda. *Em direção a Agentes Pedagógicos com Dimensões Afetivas*. Instituto de Informática. UFRGS. Tese de Doutorado. Dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/1329/000101884.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2013.

[15] LOPES, Sarila Kloster. *Os efeitos do vínculo da fetividade nas relações familiares e a dignidade da pessoa humana.*Dissertação de mestrado aprovada pela Unicesumar.

temperamento e outros tantos[16]. Para Ana Paula Corrêa Patino, "A importância jurídica do afeto, como construtor de vínculo entre as pessoas, criou essa nova forma de parentesco civil.

A filiação sócio afetiva é construída na convivência afetuosa entre pais e filhos não biológicos".[17] Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que Filiação é:

> "A relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoa, uma das quais nascidas da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga (...) Sob o ponto de vista do direito brasileiro, a filiação é biológica ou não. Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno sócio afetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha exclusividade."[18]

João Batista Villela identifica uma tradição cultural da humanidade, desde seus primórdios, em associar a paternidade "antes como o serviço do que com a procriação"[19]. O autor elucida sua posição a partir da referência à celere parábola bíblica de Salomão, segundo o qual duas mulheres recorreram ao soberano para que este decidisse quem ficaria com a criança que disputavam, da qual ambas alegavam ser mãe. Em sua sentença, o Rei decretou que partissem a criança ao meio, ao que uma das litigantes prontamente renunciou à sua pretensão, enquanto a outra considerou justa a decisão. Salomão decidiu então que a verdadeira mãe seria a primeira, entregando-lhe o filho.[20] O texto bíblico, segundo Villela, "não nos dá nenhuma garantia de que a mãe atendida tenha sido a mãe biológica. Mas nos dá muito mais do que isso. Dá-nos uma admirável e simples lição de maternidade."[21]

No Código Civil vigente, foi revelado o novo entendimento social, ao tratar de forma igual os filhos, não trazendo em seu texto de lei a denominação "filhos ilegítimos", não tratando mais de forma desigual os termos de filiação, e ainda destacando em seu artigo 1.593 que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". A menção a "outra origem", em uma interpretação ampla e conforme a Constituição Federal vigente, designa a possibilidade de se constituir parentesco de qualquer forma que não pelo

---

[16] SANTOS, Fabiani Santos; RUBIO, Juliana de Alcantara Silveira. Afetividade: Abordagem no Desenvolvimento da Aprendizagem no Ensino Fundamental – Uma construção teórica. *Revista Eletrônica Sabores da Educação*. Volume 3, no. 1, 2012. Disponível em: *<www.facsaoroque.br/novo/publicacoes/pdf/v3-n1.../Fabiani.pdf>*. Acesso em: 28 de janeiro de 2012.

[17] PATINÕ, Ana Paula Corrêa. Direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 111.

[18] LOBÔ, Paulo Luiz Netto. Famílias. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 192.

[19] VILLELA, João Batista. Desbiologilização da Paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 21, p. 407-408, mai. 1979.

[20] BIBLIA, Português, Bíblia Sagrada. Coordenadores: Gilberto da Silva Gorgulho, Ivo Storniolo e Ana Flora Anderson. São Paulo: Edição Paulinas, 1983.

[21] VILLELA, João Batista. op. cit.

vinculo biológico, o que concretamente manifesta-se no liame afetivo da filiação. Paulo Luiz Netto Lôbo salienta que a norma "é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica: a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade".[22]

A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades que os métodos de reproduções assistida trouxeram, permite a qualquer um realizar o sonho de se ter um filho".[23] Assim, pode-se destacar dentro do modelo atual de famílias, as seguintes origens de filiação afetivas: a) Adoção; b) Adoção a brasileira; c) Filho de criação; d) Fecundação heteróloga; e) Gestação por substituição.

O Artigo 1.593 do Código Civil, muito embora não disponha expressamente sobre a paternidade socioafetiva, reza que "*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da outra origem*". A interpretação extensiva e teleológica desse dispositivo legal é no sentido de que o parentesco pode derivar-se do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como a relação socioafetiva. A esse respeito, cumpre transcrever a lição de LUIZ EDSON FACHIN:

> *"O contido no art. 1593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens de parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consanguinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva.*[24]

É possível sustentar que o artigo 1593 à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Tal horizonte, pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica*."* [25] A doutrina e a jurisprudência consideram a posse de estado de filho como o instituto apto a permitir o acolhimento da filiação socioafetiva, indicando como elementos caracterizadores ou constitutivos da posse de estado de filho o nome (quando o indivíduo porta o nome de seus pais), o trato (quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais) e a fama (quando ele é assim reconhecido pela sociedade e família).

---

[22] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. 1. Ed. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 157.
[23] DIAS, Maria Berenice. Op. cit. P. 353.
[24] FACHIN, Luiz Edson. ***Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 19, p. 2***
[25] FACHIN, Luiz Edson; ***Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 19, p. 3***

O Filho de criação é o tipo mais comum de reconhecimento da filiação afetiva, eis que ao inexistir qualquer vínculo natural (biológico) ou jurídico(adoção) entre os envolvidos (pais e filhos), consiste uma construção familiar derivada de uma opção pela afetividade, conferindo o estado de filho, a quem restou escolhido para tão afortunada formação como pessoa humana, no seio de "uma família cujo único vínculo probatório é o afeto"[26], a qual, justamente por tal motivo, não necessita de mais nada para ser considerada verdadeira.

A filiação Afetiva é fruto do amor, do afeto, mas não da consanguinidade. A relação de filiação não precisa decorrer de uma gravidez onde há a participação efetiva do pai e da mãe, mas sim tem que haver a identificação da criança como filho pelos seus pais, bem como a aceitação pela criança de que é filho de sua mãe e de seu pai. Para Ana Paula Corrêa Patino,

> *"A importância jurídica do afeto, como construtor de vínculo entre as pessoas, criou essa nova forma de parentesco civil. A filiação sócio afetiva é construída na convivência afetuosa entre pais e filhos não biológicos".*[27]

José Bernardo Ramos Boeira, por sua vez, entende que "a filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, sendo designada, do ponto de vista dos pais, como relação de paternidade e maternidade" [28] .A relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga; Para o direito brasileiro, a filiação é biológica ou não. Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno sócio afetivo, incluindo-a à de origem biológica, que antes detinha exclusividade***."***[29]

O sentimento que une pais e filhos é o que caracteriza a paternidade e a maternidade. O fato de ser mãe e pai de alguém que não possui origem genética, é fruto de um nascimento emocional, se sobrepõe ao meramente fisiológico, devido à presença de um elemento volitivo, indicativo da efetiva aceitação do estado de pais relativamente ao filho. É querer ser pai ou mãe desse filho.

---

[26] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico* , 2001, p 56.
[27] PATINÕ, Ana Paula Corrêa. Direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 111.
[28] BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade:posse de estado de filho:paternidade socioafetiva,199,p.29
[29] LOBÔ, Paulo Luiz Netto. Famílias. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 192.

5- DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer o Princípio da igualdade provocou verdadeira transformação no direito de família, quanto à igualdade entre marido e mulher, entre cônjuges, conviventes, e entre os filhos. Ele esta previsto em quase todas as Constituições do mundo, aparecendo por exemplo, nas Constituições: francesa (artigo 2º), italiana (artigo 3º), portuguesa (artigo 13º), entre outras[30].

O Princípio da igualdade gera a impossibilidade de tratamentos diferenciados ou de desequiparações casuais ou injustificadas, sem qualquer fundamento razoável ou justificável[31]. Destarte, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988[32] reconheceu o princípio da isonomia, que representa a igualdade na lei e perante a lei, o que permite tratamento igual às pessoas iguais e tratamento desigual às pessoas desiguais na medida de suas desigualdades[33].Aliás, Aristóteles em suas noções de justiça, já ensinava sobre o tratamento igual entre os iguais e desigualmente entre os desiguais. No inciso I do artigo 5º da Constituição Federal[34], o constituinte foi além, estabeleceu a isonomia em relação aos homens e às mulheres em direitos e obrigações, em perfeita compatibilidade com o objetivo fundamental da República brasileira constante no art. 3º, inciso IV da Constituição[35], ou seja, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, de sexo, de cor, de idade e de quaisquer outras formas de discriminação.

Como consequência do Princípio da igualdade presente no artigo 226, §5º[36]., nas palavras de Carlos Alberto Bittar, vieram as mudanças ocasionadas em face do princípio da igualdade:

---

[30] PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova constituição e o direito de família*. Editora Renovar, 1989, p.45.

[31] GAMA, Guilheme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da lei no. 11.968/08: família, criança, adolescente e idoso. Atlas, 2008, p. 87.

[32] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança à propriedade, nos termos seguintes:"

[33] GAMA, Guilheme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da lei no. 11.968/08: família, criança, adolescente e idoso. Atlas, 2008, p. 87.

[34] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança à propriedade, nos termos seguintes:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"

[35] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)
IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

[36] "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente elo homem e pela mulher".

> Perdem o sentido todas as normas diferenciadoras entre o marido e a mulher: assim, cedem os fatores determinantes de sua ascendência jurídica na sociedade conjugal, como a chefia; a administração de bens; a representação legal. Mas, de outro lado, assume a mulher novas responsabilidades: de dividir com o marido o ônus; de participar nas decisões familiares; de contribuir financeiramente para a manutenção do lar, quando exercer atividade ou função própria; perdendo certos benefícios: a cômoda situação de simples colaboradora dos encargos pessoais e patrimoniais da família; a reserva de bens e outros decorrentes das referidas regras de compensação[37].

Essa igualdade entre os cônjuges e não só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais é necessário estar casado para merecer o tratamento igualitário dentro das relações afetivas, pois tal isonomia tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, traduzida pela solidariedade econômica dos cônjuges, que passam a trabalhar conjuntamente no atendimento às necessidades do grupo familiar[38]. E a igualdade entre os filhos, é a igualdade jurídica.

A Constituição de 1988 quanto a disciplina do art. 227, §6º [39], extinguiu por completo qualquer tipo de distinção ou de privilégio proveniente da origem da filiação. Não importa o tipo de filiação, todos devem ser respeitados. Assim, por meio da Constituição Federal de 1988 houve o resgate da dignidade da pessoa humana, seja nos direitos iguais entre todos os filhos[40]. E também, reconhecendo o Princípio da afetividade como essencial nas relações familiares, o que gerou a possibilidade jurídica de reconhecimento de filiação sócio afetivo com todos os direitos como se filho biológico fosse.

O preceito contido no artigo 227, §6º, da Constituição Federal precisa ser estendido em dois importantes aspectos, que apesar de relacionados, não se confundem a igualdade de qualificações entre filhos, impedindo qualquer designação discriminatória; No que tange aos direitos dos filhos, da mesma forma, não haverá qualquer possibilidade de tratamento

---

[37] BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do Direito de Família, In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, Coord. Carlos Alberto Bittar. Saraiva, 1989, p. 28.

[38] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Forense, 2011, p. 43.

[39] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
(...)
§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quais quer designações discriminatórias relativas à filiação."

[40] MADALENO, Rolf. *Direito de família*: constituição e constatação. Disponível em: http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=39. Acesso em: 21 de dezembro de 2012.

diferenciado. Uma vez existente o vínculo jurídico de filiação, todos os filhos possuem os mesmos direitos.[41].

Nas lições de Paulo Lôbo,

> Após a Constituição de 1988, que igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos, a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade do que qualquer outro.[42].

O direito contemporâneo reconhece a igualdade entre as pessoas, a organização social e jurídica da família , mesmo que os valores morais ainda conservam traços do antigo modelo patriarcal, ou seja, com uma estrutura de subordinação entre sujeitos hierarquicamente ordenados[43].

6- DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE/MATERNIDADE SOCIOAFETIVO "POST MORTEM" COM FUNDAMENTO NOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA

O Princípio da igualdade constitucional foi recepcionado no Código Civil em seu artigo 1.593 que estabeleceu "*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*". A menção a "outra origem", em uma interpretação ampla, designa a possibilidade de se constituir parentesco de qualquer forma que não pelo vinculo biológico, o que concretamente manifesta-se no liame afetivo da filiação. Paulo Luiz Netto Lôbo salienta que a norma "é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica: a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade".[44]

Segundo o art. 1.593 do Código Civil, o parentesco não se funda apenas no critério da consanguinidade, tendo-se acolhido a tese da paternidade e maternidade socioafetiva, fundada na posse de estado do filho, que somente veio a confirmar o já admitido pela doutrina e pela edificação jurisprudencial. Luiz Edson Fachin, ao examinar as bases da filiação socioafetiva, ensina: *"O fato a ser tomado pelo Direito como filiação não constitui apenas um fato*

---

[41] MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. *Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual* – Direito Pós-Moderno? Revista dos Tribunais, v. 764, p. 30, 1999.
[42] LÔBO, Paulo. *Famílias.* Saraiva, 2008, p. 43.
[43] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Forense, 2011, p. 44.
[44] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. 1. Ed. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 157.

biológico, mas, também, um fato social, que se revela tanto na sua manifestação perante o grupo social, como, especialmente, na esfera psicológica e afetiva dos sujeitos."

O Direito se curva à importância da afetividade nas relações familiares. O amor eleva o espírito humano gerando em seu interior um equilíbrio emocional e psicológico. Sentir-se amado pelos pais possibilita um desenvolvimento físico e psíquico que estabelece a segurança emocional e psicológica. Nas lições de Eduardo de Oliveira Leite: "*A verdadeira filiação - esta a mais moderna tendência do direito internacional - só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética. Prepondera, pois, o laço afetivo*"

É à luz de uma hermenêutica constitucional de valorização da dignidade da pessoa humana - princípio fundante da República, conforme se extrai do art. 1º da Constituição Federal, como afirma Paulo Luiz Netto LÔBO: "*a repersonalização, posta nestes termos [...] é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa do grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade; com outro.*"[45]

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade afetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes à filiação biológica. O vínculo de filiação afetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco afetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se menor, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito. O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos;

Os efeitos do reconhecimento da paternidade/maternidade afetiva, é inerentes à filiação, inclusive os direitos sucessórios. O efeito jurídico do reconhecimento da filiação afetiva consiste na aquisição da qualidade de herdeiro, equiparando-se em perfeita igualdade como se fosse filho biológico. O filho afetivo foi gerado pelo amor; Em consequência, ao filho reconhecido cabe pleitear a herança. De acordo com o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "*partindo do sistema unificado de filiação, acolhido constitucionalmente, não se pode negar a tutela jurídica a todo e qualquer tipo de relação*

---

[45] LOBO, Paulo Luiz Netto; ***Comentários ao Novo Código Civil***, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 24.

*paterno-filia*l". [46] O que se investiga, portanto, é o estado de filiação, que pode ter sido determinado por diferentes razões e fundamentos. Isto é, o estado de filiação pode decorrer de um vínculo genético, ou não. Inexiste, pois, primazia do laço biológico, em prejuízo da afetividade.

Belmiro Pedro Welter sustenta que, "o amplo cabimento da ação de investigação de parentalidade sócio-afetiva dá-se com esteio na impossibilidade de discriminação entre os filhos, quanto à sua origem ou condição, decorrente de norma-princípio constitucional que tem auto-aplicabilidade" .

O acesso à justiça para o reconhecimento da filiação sócio afetiva *post mortem*, encontra guarida no Princípio da dignidade humana.[47] sendo erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988[48]. Essa valorização da dignidade reflete a ideia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só com referencia ao Estado, mas também em suas relações pessoais, como o fato de ser reconhecido como pessoa humana, detentor de direitos e obrigações. A dignidade neste sentido é o respeito que cada um merece do outro, a começar no seio da própria família, onde a educação deve ser voltada para esta conscientização[49].

Em decorrência ao pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII a concepção de dignidade da pessoa humana passou por um processo de laicização, mas mantinha a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Nesse período havia um vínculo entre o conceito de dignidade e a cultura aristocrática ou da ocupação de cargos públicos, pois os termos antes utilizados por tal classe passaram a ser utilizados para outro tipo de definição, já que estes cargos estavam relacionados a mérito e honra. Assim, o substantivo *dignitas*, que significava cargo honorífico no Estado passou a indicar também mérito [50].

---

[46] FARIAS, Cristiano Chaves de. (Direito das Famílias. Editora Lumem Juris. Rio de Janeiro. 2008, p. 516).

[47] SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Del Rey, 2004, p.17.

[48]Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[49]SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Del Rey, 2004, p.20.

[50] COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. Revista dos Tribunais, 2008, p. 21-2.

Immanuel Kant descreve que a autonomia da vontade ou a faculdade de determinar a si mesmo e agir de acordo com a representação de certas leis, é um atributo encontrado apenas em seres racionais, constituindo portanto no fundamento da dignidade da natureza humana[51]. Ainda segundo Kant, afirmando a qualidade do ser humano no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade:

> Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em calculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, se, de qualquer modo ferir a sua santidade[52].

Diante da valorização da afetividade nas relações familiares, a dignidade humana passou a ser respeitada, reconhecendo-se os filhos biológicos e os afetivos, gerando efeitos jurídicos idênticos, por se tratar de pessoas humanas. O afeto foi tomando vulto, sendo o princípio mais importante pela doutrina, ao se falar sobre os princípios do direito de família. Para Kant, o homem não pode ser utilizado como meio para obter determinados fins, tendo em vista que esse possui um valor intrínseco caracterizado pela sua dignidade, o qual não admite ser substituído por quaisquer equivalentes[53].

7- DO POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pelo reconhecimento de paternidade "post mortem", em situação fática onde a autora alegou ter sido criada pelo tio e padrinho, como se fosse filha do mesmo, desde a tenra idade, e que sequer conheceu os pais biológicos. O fundamento de tal decisão foi que: *o que importa é que não exista vedação no ordenamento jurídico para se obter a pretensão deduzida pela parte autora, o que não está, a meu sentir, configurada na espécie.* A parentalidade socioafetiva - a posse de estado de filiação - é passível de ser extraída da parte final do art. 1.593, do CC, sendo certo que não

---

[51] KANT, Fundamentos da Metafísica dos Costumes, in: Os pensadores, p. 134 e 141. De acordo com a versão original em alemão, KANT, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, especialmente, p. 59 e 69. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Livraria do Advogado, 2001, p.32.

[52] KANT, Fundamentos da Metafísica dos Costumes, in: Os pensadores, p. 134 e 141. De acordo com a versão original em alemão, KANT, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, especialmente, p. 59 e 69. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado, 2001, p.33 - 4.

[53] PIOVESAN. Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed., rev., ampl. e atual. Saraiva, 2006. P. 49.

existe vedação legal ao seu reconhecimento post mortem conforme o caso em estudo, ou seja, após a morte do suposto pai e mãe socioafetivos. Outro não poderia ser o entendimento, sobretudo em face do princípio da isonomia e do princípio da igualdade da filiação, este previsto tanto na Constituição Federal (art. 227, §6º) quanto no Código Civil (art. 1.596). Sim porque, se é possível que uma ação de investigação de paternidade, com base no critério genético, se dê após o falecimento do suposto pai, também deve ser permitido ao alegado filho socioafetivo que prove a existência da condição de posse do estado de filiação perante quem teria exercido a função de pai e ou mãe, que não transmitiu os caracteres biológicos, a caracterizar a posse do estado de filiação. [54]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão, entendeu que a relação jurídica de filiação se construiu a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas, que estabelecem vínculos equipados a pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do artigo 1.593 do Código Civil.[55] Em outro julgamento, o mesmo tribunal entendeu que: ***Se ao filho biológico é franqueado o acesso à justiça na hipótese de investigação de paternidade ou de maternidade post mortem, ao filho socioafetivo, por força do princípio da igualdade entre as filiações (art. 227, par.6º, da Constituição da República***), deve ser assegurado idêntico direito de ação.[56]

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas gerais, decidiu com fundamento no art. 1.593 do Código Civil, a ação declaratória de filiação póstuma, como garantia prevista no ordenamento, entendendo que tal pretensão não se funda apenas no critério de

---

[54] Processual Civil. Reconhecimento de paternidade socioafetiva - Tribunal Julgador: TJMG - Númeração Única: 0063321-24.2010.8.13.0518 - EMENTA: : CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

[55] APELAÇÃO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGURADA. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretratável, e não cede diante da inexistência de vínculo biológico, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para desconstituir o vínculo voluntariamente assumido. 2. **A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil.** Precedentes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível, nº 70040743338, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/05/2011)

[56] RECURSO PROVIDO. 1. O pedido é juridicamente possível quando, em tese, encontra respaldo no arcabouço normativo pátrio. **2. A pretensão ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva tem ressonância no art. 1.593 do Código Civil, segundo o qual a filiação origina-se do laço consaguíneo, civil ou socioafetivo. 3. Nada obsta o reconhecimento da filiação após a morte dos pretensos pai e mãe socioafetivos. Se ao filho biológico é franqueado o acesso à justiça na hipótese de investigação de paternidade ou de maternidade post mortem, ao filho socioafetivo, por força do princípio da igualdade entre as filiações (art. 227, par.6º, da Constituição da República), deve ser assegurado idêntico direito de ação.** DERAM PROVIMENTO AO RECURSO (TJRS, Apelação Cível nº 2008.064066-4, Quarta Câmara de Direito Civil, Des. Rel. Eládio Torret Rocha, DJ 11/01/2012).

consanguinidade, mas também no de outra origem: a parentalidade socioafetiva.[57] Em outra decisão, o mesmo Tribunal decidiu sobre a parentalidade socioafetiva – a posse de estado de filiação –entendendo que é passível de ser extraída da parte final do art. 1.593, do CC, sendo certo que não existe vedação legal ao seu reconhecimento *post mortem*, ou seja, após a morte do suposto pai e mãe socioafetivos. Outro não poderia ser o entendimento, sobretudo em face do princípio da isonomia e do princípio da igualdade da filiação, este previsto tanto na Constituição Federal (art. 227, §6º) quanto no Código Civil (art. 1.596).

A fundamentação consiste no seguinte raciocínio: se é possível que uma ação de investigação de paternidade, com base no critério genético, se dê após o falecimento do suposto pai, também deve ser permitido ao alegado filho socioafetivo que prove a existência da condição de posse do estado de filiação perante quem teria exercido a função de pai e ou mãe, que não transmitiu os caracteres biológicos, a caracterizar a posse do estado de filiação,

O acórdão em comento responde ao seguinte questionamento: Por que se dar um tratamento diferenciado ao permitir que um filho, após o falecimento de seu suposto pai biológico e com o qual não teve convívio, conforme inúmeros casos já apreciados pelo Poder Judiciário, possa promover uma investigação de paternidade *post morten* cumulada com petição de herança, e não permitir a perquirição de paternidade socioafetiva em situação similar àquela? Afinal, que tipo de relação de afeto, amor, respeito, carinho e educação possa ter havido entre pai e filho biológicos que nunca conviveram entre si, conforme aquela primeira hipótese acima mencionada, a autorizar a cumulação de petição de herança?

É de se concluir que nem sempre, na investigação com base em DNA, havia um "estado de posse de filho" entre o genitor e seu descendente, e isso não impede que este suceda ao seu progenitor na qualidade de herdeiro somente fulcrado no critério genético. Então, por que quando há alegação da existência de posse de estado de filiação entre pai e filho socioativos, onde, em tese, houve convívio intenso, duradouro e público, não se pode aceitar que o filho venha suceder o pai afetivo já falecido? O direito ao nome, a alimentos e à qualidade de herdeiro, são consectários lógicos da perfilhação, quer genética, quer

---

[57] Ação de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem* - *EMENTA: DIREITO DE FAMILIA –* AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA – GARANTIA PREVISTA NO ORDENAMENTO – ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO***.-*** *Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva, posto que* ***esta pretensão encontra respaldo no art. 1.593 do CC/02 que prevê que o parentesco não se funda apenas no critério da consaguinidade, mas também no de outra origem, dentre os quais, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, se inclui a parentalidade socioafetiva.*** *DERAM PROVIMENTO (TJMG, Apelação Cível nº 1.0701.09.260881-2/001, Rel. Des. Elias Camilo, 3ª Câmera Cível, DJ 03/12/2009. (grifos nossos)*

socioafetiva, ainda que o reconhecimento do vínculo parental, em ambas essas hipóteses, tenha sido coativo, por meio de sentença proferida pelo Poder Judiciário[58]

Vislumbra-se que as decisões acima comentadas estão em plena consonância com as normas, princípios e valores constitucionais, pois suscitam importantes considerações acerca da aplicabilidade do princípio da igualdade de filiação, conferindo aos filhos socioafetivos os mesmos direitos atribuídos aos filhos biológicos, bem como realizam uma interpretação extensiva do art. 1.593 do Código Civil, a fim de enquadrar a filiação socioafetiva como modalidade de parentesco, protegendo-se, assim, o direito fundamental ao reconhecimento do estado de filiação inerente a todo ser humano, o qual é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

A filiação Afetiva é fruto do amor, do afeto, mas não da consanguinidade. A relação de filiação não precisa decorrer de uma gravidez onde há a participação efetiva do pai e da mãe, mas sim tem que haver o amor como se o filho tivesse sido gerado com a carga genética.

---

[58] CIVIL E PROCESSO CIVIL. **RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.** SENTENÇA MODIFICADA.. […] **A parentalidade socioafetiva – a posse de estado de filiação – é passível de ser extraída da parte final do art. 1.593, do CC, sendo certo que não existe vedação legal ao seu reconhecimento post mortem** conforme o caso em estudo, ou seja, após a morte do suposto pai e mãe socioafetivos. Outro não poderia ser o entendimento, **sobretudo em face do princípio da isonomia e do princípio da igualdade da filiação, este previsto tanto na Constituição Federal (art. 227, §6º) quanto no Código Civil (art. 1.596).** Sim porque, se é possível que uma ação de investigação de paternidade, com base no critério genético, se dê após o falecimento do suposto pai, também deve ser permitido ao alegado filho socioafetivo que prove a existência da condição de posse do estado de filiação perante quem teria exercido a função de pai e ou mãe, que não transmitiu os caracteres biológicos, a caracterizar a posse do estado de filiação. […] Lado outro, e novamente com base nos princípios da isonomia e da igualdade da filiação, se é possível cumular o pedido de petição de herança com o de investigação de paternidade lastreada no critério genético (DNA) – como, por exemplo, na investigação aforada em face do suposto avô (investigação avoenga) ou irmão consanguíneo do investigante -, também **deve ser permitida a cumulação de petição de herança com o reconhecimento de paternidade socioafetiva no caso de morte de quem supostamente assumiu a função de pai, sem o ser biologicamente.** Por que se dar um tratamento diferenciado ao permitir que um filho, após o falecimento de seu suposto pai biológico e com o qual não teve convívio, conforme inúmeros casos já apreciados pelo Poder Judiciário, possa promover uma investigação de paternidade post morten cumulada com petição de herança e não permitir a perquirição de paternidade socioafetiva em situação similar àquela? Afinal, que tipo de relação de afeto, amor, respeito, carinho e educação possa ter havido entre pai e filho biológicos que nunca conviveram entre si, conforme aquela primeira hipótese acima mencionada, a autorizar a cumulação de petição de herança? Portanto, é de se concluir que nem sempre, na investigação com base em DNA, havia um "estado de posse de filho" entre o genitor e seu descendente, e isso não impede que este suceda ao seu progenitor na qualidade de herdeiro somente fulcrado no critério genético. Então, por que quando há alegação da existência de posse de estado de filiação entre pai e filho socioativos, onde, em tese, houve convívio intenso, duradouro e público, não se pode aceitar que o filho venha suceder o pai afetivo já falecido? **O direito ao nome, a alimentos e à qualidade de herdeiro, são consectários lógicos da perfilhação, quer genética, quer socioafetiva, ainda que o reconhecimento do vínculo parental, em ambas essas hipóteses, tenha sido coativo, por meio de sentença proferida pelo Poder Judiciário.** DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0518.10.006332-1/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmera Cível, DJ 05/04/2011

É a carga do amor que norteia a filiação afetiva. A família não se justifica sem a existência de afeto, pois é elemento formador e estruturador das entidades familiares.

O Princípio da igualdade gera a impossibilidade de tratamentos diferenciados ou injustifiças, sem qualquer fundamento razoável ou justificável Destarte, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 reconheceu o princípio da isonomia, que representa a igualdade na lei e perante a lei, o que permite tratamento igual às pessoas iguais e tratamento desigual às pessoas desiguais na medida de suas desigualdades. E o Código Civil em seu artigo 1.593 estabeleceu "*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*". A menção a "outra origem", em uma interpretação ampla, designa a possibilidade de se constituir parentesco de qualquer forma que não pelo vinculo biológico, o que concretamente manifesta-se no liame afetivo da filiação;

Os Tribunais têm decidido: Se ao filho biológico é franqueado o acesso à justiça na hipótese de investigação de paternidade ou de maternidade post mortem, ao filho socioafetivo, por força do princípio da igualdade entre as filiações (art. 227, par.6º, da Constituição da República), deve ser assegurado idêntico direito de ação;

O direito pátrio possibilita a um filho, após o falecimento de seu suposto pai biológico e com o qual não teve convívio, possa promover uma investigação de paternidade *post morten* cumulada com petição de herança, diante do princípio da igualdade e da dignidade humana, o mesmo direito possui o filho afetivo de perquirir sobre o direito de paternidade socioafetiva em situação similar, movendo a ação de reconhecimento de paternidade//maternidade *post mortem*, provando o estado de filho, com os mesmos direitos do filho biológico, inclusive sucessório.

REFERÊNCIAS

BERCHT, Magda. *Em direção a Agentes Pedagógicos com Dimensões Afetivas*. Instituto de Informática. UFRGS. Tese de Doutorado. Dezembro de 2001. Disponível http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/1329/000101884.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2013
.

BIBLIA, Português, Bíblia Sagrada. Coordenadores: Gilberto da Silva Gorgulho, Ivo Storniolo e Ana Flora Anderson. São Paulo: Edição Paulinas, 1983.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do Direito de Família, In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, Coord. Carlos Alberto Bittar. Saraiva, 1989, p. 28.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. RT, v.676

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade:posse de estado de filho:paternidade socioafetiva,199,

BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário da língua portuguesa*. 6º ed. atual. Editora Lisa, 1992, DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de família. 4º. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

FACHIN, Luiz Edson. ***Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 19***

FARIAS, Cristiano Chaves de. (Direito das Famílias. Editora Lumem Juris. Rio de Janeiro. 2008,
GAMA, Guilheme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da lei no. 11.968/08: família, criança, adolescente e idoso. Atlas, 2008,

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,
_____. Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOBÔ, Paulo Luiz Netto. Famílias. São Paulo: Editora Saraiva, 2008
_____; ***Comentários ao Novo Código Civil***, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005

._____. A represonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 08, n. 307, mai. 2004, disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752. Acesso em: 09 ago. 2016.

LOPES, Sarila Kloster. *Os efeitos do vínculo da fetividade nas relações familiares e a dignidade da pessoa humana.*Dissertação de mestrado aprovada pela Unicesumar.
MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Forense, 2011,

_____ *Direito de família*: constituição e constatação. Disponível em: http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=39.
MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. *Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual* – Direito Pós-Moderno? Revista dos Tribunais, v. 764,

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. 1. Ed. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001
OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos Constitucionais do direito de família. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

PATINÕ, Ana Paula Corrêa. Direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
PEREIRA JUNIOR. Antônio Jorge. Da Afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: *A família além dos mitos*. Eliene Ferreira Bastos, Maria Berenice Dias (coord.). Del Rey, 2008

PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova constituição e o direito de família*. Editora Renovar, 1989, p.45

SANTOS, Fabiani Santos; RUBIO, Juliana de Alcantara Silveira. Afetividade: Abordagem no Desenvolvimento da Aprendizagem no Ensino Fundamental – Uma construção teórica. *Revista Eletrônica Sabores da Educação*. Volume 3, no. 1, 2012. Disponível em: <*www.facsaoroque.br/novo/publicacoes/pdf/v3-n1.../Fabiani.pdf*>. Acesso em: 28 de janeiro de 2012.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Juruá, 2011

VILLELA, João Batista. Desbiologilização da Paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 21, p. 407-408, mai. 1979.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. Direitos de família e do menos, coor. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3 ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993