

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA PÓST MORTEM

Raphael Moro Cavalcante Lemos

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA PÓST MORTEM

Raphael Moro Cavalcante Lemos

Monografia apresentada como requisito parcial da Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Daniela Martins Madrid.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2013

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA PÓST MORTEM

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientadora Prof. Daniela Martins Madrid

1º Examinador: Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

2º Examinador: Evandro Ferrari

Presidente Prudente/SP, 28 de outubro de 2013.

É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.

Theodore Roosevelt

Dedico este trabalho a minha mãe que sempre acreditou em mim.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por iluminar meus passos e enviar seus anjos para me proteger.

A minha família que se não fosse pela educação e vida que me proporcionaram, eu não chegaria à metade do caminho que estou percorrendo.

Principalmente a minha mãe, que sem sombra de dúvida eu considero minha heroína, um exemplo de pessoa, do qual eu espero retribuir ao menos a metade do que ela fez por mim.

A minha vózinha Luiza Moro Cavalcante, que infelizmente não está mais entre nós, porém sempre me ajudou e me incentivou a estudar, um exemplo que lembrarei e seguirei para o resto da vida.

Aos meus amigos, que sempre me apoiaram e me passaram energias positivas nesta etapa da minha vida, os quais eu não citarei nomes para não olvidar e ser injusto com alguém.

Ao Professor e magistrado Eduardo Gesse, o qual me prestou ajuda sem compromisso algum no desenvolver do trabalho. Sou muito grato.

A minha orientadora Daniela Martins Madrid, que me ajudou para a conclusão do presente trabalho, sempre buscando me auxiliar e tirar minhas dúvidas.

Muito Obrigado a todos.

RESUMO

O trabalho científico discorre a respeito da possibilidade do reconhecimento de paternidade sócioafetiva *póst mortem*, assunto este, polêmico e inovador que suscita divergentes opiniões à respeito do cabimento de referido reconhecimento e seus efeitos. Assim, buscou-se demonstrar tal cabimento diante do novo paradigma familiar, que com o advento da Constituição de 1988, as relações sócioafetivas se tornam prioridades do legislador, tendo em vista diversas normas que, implicitamente, reconhecem a filiação sócioafetiva, enfatizando ainda que a Constituição igualou todas as filiações. Também, objetivando demonstrar esta possibilidade foi discorrido sobre princípios e sobre a posse de estado de filho, requisito caracterizador da paternidade sócioafetiva. Do mesmo modo, foram trazidos à tona entendimentos doutrinários de vanguarda, que sustentam tal possibilidade de reconhecimento, bem como jurisprudências neste sentido. Ademais, para alcançar os objetivos pretendidos, foram usadas técnicas de pesquisa histórica, dedutiva e documental. No método histórico foi feita uma contextualização da família e do direito de família em face às diversas mudanças ocorridas até o estágio atual; no método dedutivo, foi realizada uma abordagem geral fazendo uma introdução do direito de família e princípios aplicáveis ao mesmo, bem como outros assuntos importantes inerentes a filiação, para posteriormente adentrar no assunto específico, ou seja, o reconhecimento *póst mortem* da filiação sócioafetiva; por fim, utilizou-se o método documental, com supedâneo em jurisprudências e livros citados, e também usados como referência e norte. Neste contexto, o trabalho foi concluído defendendo o cabimento do reconhecimento de filiação sócioafetiva *póst mortem*, embora não havendo previsão expressa, levando em conta o conjunto de normas e princípios existente, bem como entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Ainda foi ressaltado sobre a necessidade de ser reconhecida a filiação sociológica *póst mortem*, uma vez que se tratando de um fato social, com fulcro na dignidade da pessoa humana, a família deve ter amparo jurídico, independente de sua origem.

Palavras-chaves: Paternidade Sócioafetiva, Filiação *Póst mortem*, Adoção Póstuma, Filho de Criação, Posse de Estado de Filho, Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Convivência Familiar, Família Eudemonista.

ABSTRACT

The scientific work talks about the possibility of the recognition of paternity *post mortem*, controversial and innovative issue that raises divergent opinions about the suitability of it and its effects. Thus, we sought to demonstrate such possibility owing to the new family paradigm, that with the advent of the 1988 Federal Constitution, the social-affective relations become priorities of the legislature, considering several standards that implicitly recognize the socioaffective affiliation, further emphasizing that the Constitution equaled all affiliations. Also, in order to demonstrate this possibility was discoursed on principles and on possession of state child, requirement that characterizes the affective paternity. Similarly, were brought to the fore vanguard doctrinal understandings that sustain the possibility of such recognition, as well as law cases in this same understanding. Moreover, to achieve the desired goals, was used as techniques historical research, deductive and documentary ones. In the historical method was made a contextualization of the family and family law in the face of several changes to the current stage, the deductive method, was performed a general approach making an issue of family law and principles governing the same, as well as other important matters pertaining to affiliation, later entering the specific subject , ie, recognition of socioaffective affiliation *post mortem*; and finally was used the documentary method, with support by cited books and the jurisprudences, and also it was used as a reference and north. In this context , the work was completed defending the suitability of recognizing of socioaffective affiliation *post mortem*, although there is no express provision in law , considering all the existing rules and principles , as well as doctrinal and jurisprudential understandings . Also was highlighted the need to be recognized the sociological affiliation *post mortem*, since it being a social fact , with the fulcrum in the dignity of the human person , the family should have legal protection , regardless of their origin.

Keywords: Socioaffective Paternity, *Post Mortem* Affiliation, Póstuma Adoption, Foster Child, Possession of State Child, Dignity of the Human Person, Principle of the Family Life, Eudemonistic Family.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 FAMÍLIA.....	14
2.1 Conceito.....	14
2.2 Origem e Evolução.....	17
2.2.1 Família consangüínea.....	20
2.2.2 Família punaluana.....	21
2.2.3 Família sindiásmica.....	23
2.2.4 Família patriarcal.....	25
2.2.5 Família monogâmica.....	26
2.3 A Família Romana e a Influencia do Direito Canônico.....	28
2.4 Considerações Finais.....	33
3 DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO.....	34
3.1 Evolução Histórica do Direito de Família Brasileiro.....	34
3.1.1 Da família eudemonista ou sócioafetiva.....	40
3.2 Conceito e Conteúdo.....	43
3.3 Natureza Jurídica.....	47
3.4 Outros aspectos.....	50
4 PRINCÍPIOS NORTEADORES NO DIREITO DE FAMÍLIA NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO.....	54
4.1 Considerações.....	54
4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	57
4.3 Princípio da Liberdade.....	58
4.4 Princípio da Afetividade.....	59
4.5 Princípio da Solidariedade Familiar.....	62
4.6 Princípio do Pluralismo Familiar.....	63
4.7 Princípio da Convivência Familiar.....	64
4.8 Princípio da Igualdade entre às Filiações.....	66

4.9 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	67
5 DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	69
5.1 Conceito.....	69
5.2 Noções Gerais da Filiação.....	71
5.3 Espécies de Filiação.....	76
5.3.1 Biológica.....	76
5.3.2 Não biológica.....	79
5.3.2.1 Adoção.....	80
5.3.2.2 Inseminação artificial heteróloga.....	82
5.3.2.3 Sócioafetiva.....	84
5.3.2.3.1 “Adoção à brasileira”.....	85
5.3.2.3.2 Filho de criação.....	87
5.3.2.3.3 Reconhecimento voluntário ou judicial.....	89
6 A PRESUNÇÃO <i>PATER IS EST</i>.....	90
6.1 Impugnação.....	92
7 DO RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO.....	95
7.1 Aspectos Gerais.....	95
7.2 Reconhecimento Voluntário.....	103
7.3 Reconhecimento Judicial.....	106
8 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA.....	109
8.1 Posse Do Estado de Filho.....	109
8.1.1 Ações de estado.....	110
8.1.2 Teoria da aparência.....	111
8.1.3 Noções gerais.....	112
8.1.4 Requisitos caracterizadores da posse de estado de filho.....	114
8.1.4.1 Nome.....	115
8.1.4.2 Trato.....	116
8.1.4.3 Fama.....	116
8.2 Reconhecimento de Filiação Sócioafetiva: Fundamentos Legais.....	117

8.3 Reconhecimento de Filiação Sócioafetiva <i>Póst mortem</i>	122
8.3.1 Divergência doutrinária.....	123
8.3.2 Cabimento.....	126
8.4 Dos efeitos do reconhecimento.....	131
9 CONCLUSÃO.....	133
10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	135
11 ANEXOS.....	141
ANEXO A – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Sobre Adoção Póstuma, reconhecendo a paternidade maternidade sócioafetiva em face do filho falecido. Interpretação extensiva do artigo 42, parágrafo 6 do Estatuto da Criança e do Adolescente.	
ANEXO B – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Sobre Adoção Póstuma, demonstrando a possibilidade do reconhecimento de filiação sócioafetiva <i>póst mortem</i> .	

1 INTRODUÇÃO

O direito de família ao longo dos séculos sofreu modificações significativas, mudanças estas que refletiram na forma de estruturação e formação da família. Destarte, em um primeiro momento, a única forma de entidade familiar reconhecida juridicamente era aquela formada pelo matrimônio.

No tocante a filiação, os filhos eram tratados de forma diferenciada, sendo discriminados consoante a origem de sua filiação, estando apenas legitimados e resguardado efetivamente nos direitos os filhos advindos de uma relação matrimonial. O direito em uma primeira análise se preocupava eminentemente com os direitos patrimoniais e deixava a pessoa em segundo plano.

A família no direito brasileiro, a priori, era patriarcal, sendo atribuído mais direito ao homem, deixando a mulher em um plano inferior. A mulher fazia apenas serviços domésticos e era encarregada de cuidar dos filhos no lar, ela não tinha autonomia.

Neste contexto, tendo em vista às evoluções da época, tais como revolução francesa, revolução industrial e o enfraquecimento da influência da igreja, essas relações familiares foram se alterando gradativamente. O Estado se tornou laico desvinculando-se da igreja, instituindo e dando efeito apenas ao casamento civil; a mulher passou a ter mais autonomia e direitos, o Estado passou a se preocupar mais com as relações no âmbito familiar.

No entanto, o paradigma familiar só teve uma alteração significativa com o advento da Constituição de 1988, que trouxe normas e princípios fundamentais voltados à dignidade da pessoa. O direito deixou de se preocupar sobretudo com relações patrimoniais e passou a resguardar efetivamente direitos pessoais.

Assim, na ótica do direito de família, a Constituição de 1988 reconheceu outras entidades familiares, além do matrimônio, bem como possibilitou outras formas de famílias implicitamente; trouxe a igualdade das filiações, vedando qualquer discriminação, elevando o direito de filiação a outro patamar,

supervalorizando as relações de cunho socioafetivo, calcadas no amor, afeto, solidariedade e compaixão entre os seus membros. Ainda, a Constituição de 1988 se preocupou em resguardar a criança e o adolescente de forma integral, impondo deveres e direitos ao menor, que geraram reflexos importantíssimos na filiação.

Por assim dizer, tendo em vista à supremacia das relações sócioafetivas, a filiação passou a ser vista em sua essência na base do afeto, ficando em segundo plano o caráter biológico. A imagem de pai passou a ser defendida do seguinte modo: “pai não é apenas o que gerou o filho, é muito mais pai quem dá amor, carinho e cuida efetivamente da criança”. Nessa toada, a socioafetividade se tornou uma imposição legal do legislador, devendo existir tanto nas relações de filiação biológica como sócioafetiva.

Por outro lado, o direito de família brasileiro ainda deixou resquícios do passado, ou seja, há tratamentos diferenciados ainda, por exemplo, no Código Civil atual prevaleceu formas de presunções para estabelecimento de filiação para os filhos concebidos no matrimônio; e, em relação aos filhos concebidos fora do matrimônio, estes necessitam do reconhecimento judicial, seja ele voluntário ou não.

Todavia, levando em conta o conjunto de normas atual, a família deve ser vista com base na socioafetividade, inclusive, havendo atrito entre a presunção *pater is est* de um pai e a relação sócioafetiva de outro, deve prevalecer o caráter socioafetivo com fundamento no melhor interesse do filho, devendo o filho prevalecer com o verdadeiro pai, ou seja, quem de fato o trata assim.

Neste contexto, atualmente é possível o reconhecimento de filiação sócioafetiva, embora não haja previsão expressa. Consubstanciada uma relação sócioafetiva, sem vínculo consanguíneo, entre uma criança e seus pais afetivos, havendo posse de estado de filho, não há o porquê de não ser reconhecida esta relação, gerando todos os efeitos inerentes a filiação.

Pois bem, almejou-se demonstrar a possibilidade do reconhecimento da filiação sócioafetiva *póst mortem*, para tanto, tratou de várias questões para situar o leitor, conforme exposto acima de forma delimitada e necessária.

Destarte, a pesquisa científica realizada procurou demonstrar a possibilidade do reconhecimento de filiação sócioafetiva *póst mortem*, tendo em

vista se tratar de uma questão ainda controversa e inovadora no direito de família atual.

Primeiramente foi colocada uma noção básica do Direito de Família, assim, a priori foi explanado e discorrido a respeito da evolução da família na seção 2, enfatizando, inclusive, a influência da família romana e do direito canônico nas relações familiares, que muito contribuiu na evolução do direito de família brasileiro;

Após se tratar da evolução da família em seus aspectos gerais, a pesquisa foi direcionada diretamente para o direito de família brasileiro (seção 3) e, nesse contexto, foi tratado da evolução do direito de família, bem como conceito e conteúdo do mesmo, ou seja, foram esposadas noções gerais do direito de família pátrio para buscar aproximar o leitor o melhor possível do tema em testilha;

Posteriormente, foi discorrido sobre alguns princípios do direito de família (seção 4), tanto inerente à filiação como aplicável a mesma, que, sem sombra de dúvidas dão um norte nas relações de filiação e fazem parte da fundamentação do tema proposto, analisado os princípios em seu contexto geral;

Após ser tratada das questões acima citadas, a pesquisa deu enfoque na discussão precípua do trabalho, destarte, foram discorridos sobre a filiação propriamente dita, noções gerais, conceitos e espécies; sobre a presunção *pater is est* e o reconhecimento dos filhos, até alcançar o reconhecimento socioafetivo *póst mortem* e, resumidamente, os efeitos advindos dele (seção 5 e seguintes).

Outrossim, o autor escreveu sobre referido tema, pois achou interessante a questão da possibilidade jurídica do reconhecimento *póst mortem* de um pai socioafetivo para com um filho, ou seja, após o pai ter falecido o individuo almeja ser reconhecido como filho, tendo em vista a relação sócioafetiva que existira naquele ambiente familiar.

Ademais, se buscou demonstrar as divergências doutrinárias e jurisprudências quanto esta questão, bem como procurou elucidar minuciosamente o caso em que se daria este reconhecimento.

A relevância social do presente trabalho está na questão do filho de criação que, sendo uma das espécies de filiação sócioafetiva, ainda não tem seu direito reconhecido de forma uníssona pela jurisprudência. Em síntese, uma parcela da jurisprudência entende que o filho de criação não pode ser tratado igual às

demais filiações, segundo quem se posiciona assim, nesses casos em que o filho de criação busca o reconhecimento, há apenas interesse patrimonial, além do mais, os pais se o quisessem como filho teriam o adotado em vida. Por outro lado, outra parcela entende que o filho de criação deve ser tratado de forma paritária, consoante o artigo 227 parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988 e, assim sendo, reconhece o direito desta espécie de filiação sócioafetiva, depois do falecimento do suposto pai, na modalidade *post mortem*.

Os métodos utilizados para elaboração do trabalho em suma, foram documental, histórico e dedutivo. Deste modo, com documentos, foram usados livros doutrinários, leis e jurisprudências; no método histórico, foi discorrido sobre a evolução da família e sobre a evolução do direito de família até o estágio atual, tendo em vista a filiação; e por fim, no método dedutivo, corroborando com a parte histórica, foi falado de modo geral do direito de família, nos aspectos importantes para o deslinde do trabalho, até a filiação sócioafetiva *post mortem*, ou seja, foi contextualizado os aspectos importantes para se chegar ao entendimento de que o reconhecimento de filiação sócioafetiva *post mortem* é cabível e o filho de criação deve ter os mesmos direitos conforme as outras origens de filiações.

2 FAMÍLIA

Neste tópico inicial será feito um estudo histórico, para melhor compreensão do presente trabalho, que tem como alicerce o Direito de Família, previsto e tutelado pela Constituição Federal, bem como pelo Código Civil. Desta forma, primeiramente, se faz necessário conceituar a família, para posteriormente tratar de sua evolução histórica-jurídica, bem como outros importantes aspectos que serão vistos a seguir.

2.1 Conceito

A família ao longo do tempo sofreu várias modificações estruturais, além de ter suas diferenças dependendo da localidade em que ela surgiu. Isto será visto adiante em momento oportuno. Portanto, há vários conceitos de família criados por diferentes juristas, doutrinadores e estudiosos do ramo.

A atual Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 226 traz as espécies de família, onde engloba o casamento (civil e religioso), união estável entre homem e mulher, comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e outras formas implícitas, que segundo boa parte dos doutrinadores, tais como Paulo Lôbo, Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, Silvo de Salvo Venosa e Rui Ribeiro de Magalhães, dizem que há esta possibilidade por se tratar de um rol exemplificativo.

Neste sentido:

Artigo 226 – A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

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

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

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

Parágrafo 6.º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Parágrafo 7.º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Parágrafo 8.º – 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.

Com este novo paradigma trazido pelo legislador no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, o conceito de família tornou-se amplo em relação à antigamente. Por exemplo, o Brasil teve três grandes períodos, nas palavras de Paulo Lôbo (2011 p. 40-41):

No Brasil, o direito de família refletiu as condições e modelos sociais, morais e religiosos dominantes na sociedade. Sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, demarcam-se três grandes períodos:

I – do direito de família religioso, ou direito canônico, que perdurou por quase quatrocentos anos, que abrange a Colônia e o Império (1500-1889), de predomínio do modelo patriarcal;

II – do direito de família laico, instituído com advento da República (1889) e que perdurou até a Constituição de 1988, de redução progressiva do modelo patriarcal;

III – do direito de família igualitário e solidário, instituído pela Constituição de 1988.”

Portanto, a família antes era vista como uma entidade formada pelo casamento religioso entre o homem e a mulher; posteriormente, através do casamento tão-somente civil e por fim, veio a Constituição Federal de 1988 e ampliou o conceito de família trazendo várias formas de constituição da entidade familiar.

Importante ainda dizer que o termo “família” é gênero, enquanto que “entidades familiares” são espécies. Assim, toda a entidade familiar prevista no texto constitucional, explícita ou implicitamente, fazem parte do conceito de família, em suas diferentes restrições e amplitudes.

Estes conceitos de família tratados acima trazem a ideia de uma família já “civilizada”, em uma sociedade com normas e regras próprias que regulam essas relações. Nos primórdios havia outros padrões de famílias que serão explanados posteriormente no tópico a seguir.

De qualquer modo, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (2003 p. 12-13):

[...] Seja no estado de natureza ou no estado de cultura, em qualquer tempo ou espaço, ela se apresenta sempre como um grupo natural de indivíduos unidos por uma dupla relação biológica: por um lado a geração, que dá os componentes do grupo; por outro, as condições de meio, que postulam o desenvolvimento dos mais novos, enquanto os adultos garantem a reprodução e asseguram a manutenção do grupo.

Assim, a família sempre se apresentará como um grupo de indivíduos, independentemente de suas diferenças, ela terá este padrão semelhante.

Para Clóvis Beviláqua (1976, p. 16), conceituava a família como:

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

Observa-se que na visão de Clóvis Beviláqua, a família perfazia-se entre laços de consanguinidade, conceito que atualmente está ultrapassado, diante o artigo 226 da atual Constituição.

De qualquer modo, se pode concluir que família é um grupo social formado por pais e/ou filhos, ligados por laços matrimoniais, de filiação, adoção, assim sendo, tanto consanguíneos como socioafetivo.

Para Orlando Gomes, (2002, p. 35):

Nenhum desses critérios, isoladamente, proporciona elementos para inatacável definição jurídica de família, mas, do exame de suas falhas, pode-se depreender seu sentido técnico, considerando-se família o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção.

Pode se concluir desta maneira, que família é tanto formada por laços sanguíneos como socioafetivos, levando em conta que consiste em um grupo de indivíduos (Marido e Mulher, Companheiro e Companheira, Pai e Filho, Mãe e Filho, etc) e, este grupo vive em comunhão de afetos, em uma mesma economia, sob a mesma direção.

2.2 Origem e Evolução

Para tratar da evolução da família é preciso, de início voltar aos primórdios, por meio de livros de grandes filósofos e estudiosos, os quais dedicaram suas vidas para explicarem este fenômeno. Dentre eles, será explanada a evolução da família com fulcro na obra, - *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, de um grande teórico revolucionário chamado Friedrich Engels.

Engels realizou esta obra partindo dos estudos de *Morgan, Lewis Henry, 1818-1881. Ancient Society.*

Segundo Rodrigo de Cunha Pereira (2003, p. 12):

Em 1884, Friedrich Engels publicou *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, descrevendo, a partir de Morgan, uma ordem evolutiva em três épocas principais: estado selvagem, barbárie e civilização. No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização, o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte.

Desta maneira, como se pode vislumbrar, têm-se três importantes épocas, as quais, de certa forma, influenciaram na evolução da família, de modo gradativo, como se mostrará a seguir.

Segundo Morgan apud Friedrich Engels (1886, p. 65) diz: “a família é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a

uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo pra outro mais elevado”.

Ao contrário, os sistemas de parentesco são passivos, “[...] só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente (Friedrich Engels, 1986, p. 65)”.

Pode-se vislumbrar partindo destas citações, que a família é uma entidade que está sempre em evolução, seguindo a ideia de parentesco desde os costumes dos antepassados com pequenas modificações. Por exemplo, pai sempre será pai, porém o pai hoje em dia pode ter uma família sem estar na constância de um casamento, pela constituição de 1988, chamado de família monoparental (que será explicado posteriormente).

Antigamente havia formas de parentescos contraditórias com outras, por exemplo: o filho chamava o pai de pai e o irmão de seu pai, de pai também.

Segundo Luiz Gonzaga de Mello (2002, p. 318-319):

Os antropólogos falam de dois tipos de terminologias de parentesco: um descritivo e outro classificatório. Os sistemas descritivos, entre os quais se inclui o nosso, são aqueles em que se usa um termo diferente para designar cada parente, normalmente em linha direta de um descendente, tal como pai ou a mãe. Os arranjos classificatórios nunca restringem a utilização de um termo a um único indivíduo, empregando pelo contrário, infalivelmente, um termo para designar a classe ou um grupo de pessoas, algumas das quais são de parentesco linear e outras de colateral. Assim, por exemplo, o termo para pai pode ser aplicado tanto para pai como aos irmãos do pai. Mesmo admitindo que há normalmente uma certa justaposição entre os dois métodos, não deixa de ser verdade que as sociedades ocidentais mostram uma forte tendência para utilizar terminologia descritiva, enquanto que os grupos primitivos revelam uma nítida preferência pelos sistemas classificatórios. (grifou-se)

Pode-se analisar a partir desta citação que, os povos primitivos tinham o modo de atribuição ao parentesco de forma um pouco diferenciada do atual, por exemplo.

Segundo Friedrich Engels (1986, p. 66):

[...] O estudo da história primitiva revela-nos, ao invés disto, um estado de coisas em que os homens praticam a poligamia¹ e as suas mulheres a poliandria², e em que, por consequência, os filhos de uns e outros tinham que ser considerados comuns.

Retomando o que fora dito alhures, embora o parentesco tenha suas modificações em relação à família, nada mudou de forma radical, sendo o sistema de parentesco passivo.

Luiz Gonzaga de Mello (2002, p. 316) classifica o termo *parentesco* da seguinte forma:

Este termo é, por vezes, utilizado num sentido amplo significando tanto, parentesco como casamento, isto é, referindo-se indiferentemente aos laços de sangue (consangüinidade) e aos laços de afinidade (casamento). Parentesco, em sentido restrito, refere-se apenas aos laços de sangue, de consangüinidade.

Portanto, partindo da ideia acima, o parentesco dependendo da forma de interpretação pode ter significados diversos.

Ainda, para Luiz Gonzaga de Mello (2002, p. 316-317):

Tomando-se o parentesco em sentido amplo, fala-se de três tipos de laços de parentesco: laços de sangue (descendência), laços de afinidade (casamento ou matrimônio) e laços fictícios (de adoção). Como se depreende, chama-se laço de parentesco a relação decorrente da posição ocupada pelo individuo no sistema de parentesco.

Analisando o que foi dito, presume-se que o parentesco nada mais era do que uma forma de controle e classificação diante as relações “familiares” que existiam e existem até hoje. Através do parentesco temos a ideia de quem é o pai e o filho, etc.

Acredita-se que na idade primitiva, no estado *selvagem*, imperava entre os grupos e tribos, uma espécie de promiscuidade, onde tanto os homens, como as

¹ Um homem que possui duas ou mais esposas.

² Uma mulher que possui um ou mais maridos

mulheres, mantinham relações sexuais entre eles, ou seja, relações sexuais grupais. Deste modo, segundo Friedrich Engels (1986, p. 70), o matrimônio por grupo seria a forma mais antiga e primitiva da família.

Para Pedro Walter (2003, p. 33):

Duas teorias são invocadas: a primeira, a matriarcal, asseverando que a família é originária de um estágio inicial de promiscuidade sexual, em que todas as mulheres e homens pertenciam uns aos outros; a segunda, a teoria patriarcal, que nega essa promiscuidade sexual, aduzindo que o pai sempre foi centro organizacional de família.

Portanto, não há um entendimento uníssono no tocante ao início da família e suas relações, na obra de Engels, acredita-se que houve em um primeiro momento o estado de promiscuidade.

Para que houvesse este tipo de estruturação familiar, chega-se a conclusão de que, naquela época o ciúmes não tinha se desenvolvido ainda, posto as condições em que viviam os homens e mulheres (mantendo relações em grupos), desenvolvendo-se relativamente tarde (Engels, 1986, p. 71).

A partir desta época de promiscuidade, de forma gradual, segundo Morgan, apud Friedrich Engels (1986, p. 72) formaram-se a família consanguínea, punaluaana, sindiásmica, patriarcal e monogâmica.

Será visto a seguir a evolução e cada espécie de família que possivelmente existiu no decorrer dos tempos, como referido acima.

2.2.1 Família consanguínea

A família consanguínea, segundo os estudos feitos, seria o estágio preliminar para o desenvolvimento posterior da família em outras formas. Para Luiz Gonzaga de Mello (2002, p. 329) “A família consanguínea fundava-se com intermatrimônio de irmãos e irmãs, carnais e colaterais, no interior do grupo”. O

fundamento que se dá para ter havido esta forma de família, são resquícios deste modelo encontrado em famílias, onde Friedrich Engels (1986, p. 73) amparando nos estudos de Morgan, usa como exemplo o sistema de parentesco havaiano, do qual se extrai grau de parentesco consanguíneo:

[...] Mas o que nos obriga a reconhecer que ela deve ter existido é o sistema de parentesco havaiano, ainda vigente em toda a Polinésia, e que expressa graus de parentesco consanguíneo que só puderam surgir com esta forma de família; e somos levados à mesma conclusão por todo desenvolvimento ulterior da família, que pressupõe esta forma como estágio preliminar necessário.

Assim sendo, a primeira forma de família após o estado primitivo de promiscuidade foi, provavelmente, a família consanguínea, que analisando o que fora dito, resumia-se em seus próprios descendentes tendo relações sexuais, sendo deste modo, do mesmo sangue, consanguíneos, irmão e irmã eram marido e mulher. Em suma, os cônjuges eram também parentes consanguíneos.

Neste sentido, Eduardo de Oliveira Leite (1991, p. 27) diz que numa ordem evolutiva da família, a promiscuidade, desde que aceita como padrão de costumes de certas tribos primitivas, antecederia à própria família consanguínea.

A única exceção neste modelo de família era que os pais e filhos estavam excluídos das relações sexuais. “[...] nessa forma de família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio (ENGELS, 1986, p.72)”.

2.2.2 Família punaluana

A família punaluana foi uma espécie de família que consistia no matrimônio por grupo, tendo como característica o fato de vários irmãos carnais e colaterais serem maridos das mesmas mulheres. Também, do mesmo modo que a

família consanguínea proibiu relações sexuais entre pais e filhos, na família punaluana, além desta restrição, se estendeu essa proibição entre irmãos e primos.

Segundo Friedrich Engels (1986, p. 74),

Sem dúvida, nas tribos onde este progresso limitou a reprodução consanguínea, deve ter havido um progresso mais rápido e mais completo que naquelas onde o matrimônio entre irmãos e irmãs continuaram a ser uma regra e uma obrigação. Até que ponto se fez sentir a ação desse progresso demonstra-o a instituição da *gens*, nascida diretamente dele e que ultrapassou em muito os seus fins iniciais. A *gens* formou a base da ordem social da maioria, senão da totalidade, dos povos bárbaros do mundo, e dela, passamos na Grécia e em Roma, sem transições, à civilização.

Para compreender esta citação, faz-se necessário entender o que é *gens*, extraído, portanto das palavras de Luiz Gonzaga de Mello (2002, p. 319):

Clã, *gens* e sib (*sipe*). O termo clã refere-se a um grupo de pessoas, dotado de nome, de descendência unilinear; isto é, um conjunto de pessoas que acreditam derivar de um ancestral comum, mesmo que ele seja mítico, e que seguem as regras de descendência masculina ou feminina, nunca de ambas simultaneamente.

Deste modo, vislumbra-se que com as modificações demonstradas na estrutura familiar, antes consanguínea e posteriormente punaluana, modifica-se as formas de descendência gerando novos parentescos e revolucionando a forma de instituir a família; *gens* seria, portanto, estes grupos de pessoas, com características e regras próprias, trazendo uma nova forma de parentesco, cindindo a ideia da família primitiva.

Ainda, na família por grupo a descendência só pode ser estabelecida pelo lado materno, sendo reconhecida apenas a linhagem feminina (Engels 1986, p. 77).

Isto porque a mãe que os geram, e apesar de seu dever materno para com todos os que ela chama de filhos, não deixa de distinguir o seu próprio. Assim sendo, deve-se a família grupal/punaluana a instituição da *gens* e do matriarcado.³

2.2.3 Família sindiásmica

A família sindiásmica se resumia em uma família constituída por um único homem que tinha uma mulher principal e outras várias mulheres, e esta devia ser fiel a ele, inclusive sobre pena de ser punida. A infidelidade do homem era um direito deste. Nas palavras de Friedrich Engels (1986, p. 83): “[...] o homem tinha uma mulher principal (ainda que não se possa dizer que fosse uma favorita) entre as suas numerosas esposas, e era para ela o esposo principal entre todos os outros.”.

Nesta estrutura familiar, o vínculo conjugal era considerado de fácil dissolução, ou seja, ambas as partes podiam terminar com a relação facilmente; porém, os filhos continuavam a pertencer exclusivamente à mãe. (Engels, 1986, p. 83).

Luiz Gonzaga de Mello (2002, p. 329) diz: “A família sindiásmica ou de par, fundava-se sobre o matrimônio entre casais singulares, mas sem obrigação de coabitação exclusiva. O casamento continuava enquanto desejassem as duas partes”.

Com as regras estabelecidas pela *gens*, diante a evolução da estrutura familiar, tais como a proibição de relações carnis entre pais e filhos e posteriormente irmãos e irmãs, o modelo de matrimônio por grupo foi reduzido até o ponto que foi substituído pelo modelo de família sindiásmica. “[...] a exclusão progressiva, primeiro dos parentes próximos, depois dos parentes distantes e, por fim, até das pessoas vinculadas apenas por aliança, torna impossível na pratica qualquer matrimônio por grupo (ENGELS, p. 84)”.

³ A família se organizava primeiro em torno da figura materna

Segundo Eduardo de Oliveira Leite (1991, p.37):

A família sindiásmica, unindo pessoas sem nenhum laço de parentesco, criava uma raça mental e fisicamente mais vigorosa; conduzia à fixação inevitável do habitat; desenvolvia as técnicas da economia alimentar e os meios relativos à proteção da vida, mas cavava para sempre um profundo fosso entre a igualdade de homem e mulher, entre a noção comunitária de família e a noção individualista. Um abismo quase intransponível entre marido e mulher marcará o casamento até o final do século XX, quando, então, se contestarão os papéis reservados ao marido, mulher e filhos na sociedade familiar.

Neste contexto, inicia-se, nessa fase, a retirada da supremacia do matriarcado.

Importante destacar que nessa estrutura familiar o predomínio era da mulher ao lar, além de que ela era livre. Nas esclarecedoras palavras de Friedrich Engels (1986, p. 85):

A família sindiásmica, demasiado débil e instável por si mesma para fazer sentir a necessidade ou simplesmente o desejo de um lar particular, não suprime, em absoluto, o lar comunista que nos apresenta a época precedente. Mas lar comunista significa predomínio da mulher na casa; tal como o reconhecimento exclusivo de uma mãe própria, na impossibilidade de se conhecer com certeza o verdadeiro pai; significa alto apreço pelas mulheres, isto é, pelas mães. Uma das idéias mais absurdas que no transmitiu a filosofia do século XVIII é a de que na origem da sociedade a mulher foi escrava do homem. Entre todos os selvagens e em todas as tribos que se encontram nas fases inferior, média e até (em parte) superior da barbárie, a mulher não só é livre como também muito considerada.

Como se extrai da citação acima, se vislumbra a ideia de que a mulher tinha liberdade nas épocas primitivas, tanto se pode ter esta conclusão, partindo do pressuposto de que a mulher podia desfazer-se do casamento quando bem quisesse, além de ser a linhagem feminina a única reconhecida para fins de parentesco e filiação.

2.2.4 A família patriarcal

A família patriarcal surgiu em decorrência do fato de o pai ser reconhecido em meio ao ambiente familiar, como visto anteriormente, com a Família Sindiásmica, havia um único homem que possuía uma mulher principal e outras secundárias. Deste modo, era possível saber quem era o pai podendo se falar em linhagem masculina.

Nas palavras de Friedrich Engels (1986 p. 92-93): “O matrimônio sindiásmico havia introduzido na família um elemento novo. Junto à verdadeira mãe tinha posto o verdadeiro pai, provavelmente mais autêntico que muitos ‘pais’ dos nossos dias”.

Não foi tão somente por esta razão o surgimento do patriarcalismo. Com este novo paradigma familiar, o homem passou a cuidar de determinadas tarefas para contribuição com o lar, “[...] cabia ao homem procurar alimentação e os instrumentos de trabalho necessários para isso [...] (ENGELS, 1986, p. 93)”. Desta forma, por direito ele se tornava o proprietário de respectivos materiais, tais como, por exemplo: gado, e o escravo.

O grande empecilho que vislumbrava, portanto, era na questão hereditária, pois a linhagem reconhecida era a materna, sendo assim, quando o homem-pai falecia, os filhos não podiam herdar os bens que ele deixava, passando estes bens, aos irmãos do pai falecido e/ou filhos destes. Neste diapasão, explana Friedrich Engels (1986, p. 93):

Desta forma, pois, as riquezas, à medida que iam aumentando, davam, por um lado, ao homem uma posição mais importante que a da mulher na família, e, por outro lado, faziam com que nascesse nele a ideia de valer-se desta vantagem para modificar, em proveito dos seus filhos, a ordem de herança estabelecida.

Para que isso ocorresse, fez-se necessário mudar a linhagem feminina para masculina. Assim, foi abolida a linhagem materna, sobrevivendo a *gens* paterna, única reconhecida do qual estabeleceria os parentescos. Nas palavras de Friedrich

Engels (1986, p. 94): “[...] Assim, foram abolidos a filiação feminina e o direito hereditário materno, sendo substituído pela filiação masculina e o direito hereditário paterno”.

O patriarcalismo consistia no poder dado ao homem, o *pater famílias*, como se verá posteriormente, quando for falado do direito romano, também. Então, o homem tinha o poder sobre sua família, estando à mulher na condição de sua serva, além dos escravos e filhos, todos deviam obedecê-lo.

Extraindo a citação de Friedrich Engels (1986, p. 95): “O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução [...]”, vislumbra-se a mudança brusca que houve em relação à família.

Em relação a esta subseção, estes são os pontos essenciais no que diz-respeito ao modelo patriarcal, posteriormente, quando for falado a respeito da família romana, será aprofundado mais. Por ora, para o presente estudo, basta isso.

2.2.5 A Família monogâmica

Como visto anteriormente, após a família sindiásmica, adveio o patriarcalismo que colocou o homem como o detentor do poder familiar e mudou a linhagem materna para a paterna.

A família sindiásmica, como dito alhures, tinha uma característica marcante, qual era a dissolução do matrimônio facilmente por ambas as partes, se assim almejassem. Tanto o homem como a mulher podia desfazer-se do vínculo conjugal, se assim o quisessem.

Já na família monogâmica, surge em decorrência da família sindiásmica, com suas mudanças conforme dito antes, tendo como características o predomínio do homem e cuja finalidade precípua era a procriação.

Nas palavras de Friedrich Engels (1986, p. 100):

Nasce, conforme indicamos, da família sindiásmica, no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie; o seu triunfo definitivo é um dos sintomas da civilização nascente. Baseia-se no predomínio do homem; a sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai.

Assim, extrai-se desta abrupta mudança, o homem sendo superior perante a mulher, e a mulher, tendo sua liberdade restringida. Agora o homem que dita às regras, tanto o é que, o matrimônio só pode ser dissolvido por ele, além disso, ele pode ser infiel, isto era tido como um direito, nas palavras de Friedrich Engels (1986, p. 100):

[...] Ao homem se concede igualmente o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o código napoleônico outorga-o expressamente, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), e esse direito exerce-se cada vez mais amplamente, à medida que se processa a evolução da sociedade [...].

Analisando o presente estudo, observa-se que a família monogâmica, a princípio, era uma família patriarcal; além disso, era a espécie de família que caminhava a fase da civilização, como demonstrado. Será visto posteriormente, que o modelo monogâmico é o adotado no sistema brasileiro atual, sendo inclusive, penalizada pelo código penal a poligamia, que consiste na relação de um cônjuge ter mais de um parceiro.

Nos ensinamentos de Friedrich Engels (1986, p. 104),

A monogamia não aparece na história, portanto, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre sexos, ignorado, até então, na pré-história.

Resumindo os estudos feitos, conclui-se que a família monogâmica a priori, consistia na relação entre um único homem e uma única mulher principal, do qual prevalecia o também modelo patriarcal, assim, o homem era superior em

relação à mulher; ele era o único que podia dissolver o matrimônio e lhe era permitido ter relação com outras mulheres na qualidade de amásia/amante.

2.3 A Família Romana e a Influência do Direito Canônico

A família romana foi uma das influenciadoras do Direito de Família brasileiro, onde predominou no Código Civil de 1916 o modelo de família patriarcal, como será visto depois.

Segundo Jacqueline Filgueras Nogueira (2001, p. 25):

“Na antiga Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade do pater famílias, ascendente comum vivo mais velho, e abrangia quantos a ele estavam submetidos, independentemente dos vínculos de consangüinidade, uma vez que exercia autoridade sobre todos os seus descendentes, esposa e mulheres casadas com seus descendentes. O pater era o chefe político, sacerdote e juiz em sua casa, exercia poder sobre todos os filhos, a mulher e os escravos, podendo dispor livremente deles, inclusive com o direito de vida e de morte. Sua mulher vivia totalmente sob sua autoridade, podia inclusive ser repudiada por simples ato unilateral dele; ela nunca adquiria autonomia, pois passava da condição de filha à de esposa, sem nenhuma alteração de sua capacidade.”

Nota-se que a família na antiga Roma era hierarquizada e patriarcal, com o homem, pai de família, tendo o poder sobre os seus integrantes. A própria concepção da palavra família trazia na sua essência um significado de “autoridade”.

Nas explanações de Ulpiano apud Waldyr Grisard Filho (2010, p. 24):

“a palavra família, segundo opinião mais geral, provém do latima famulia, por derivação de famulus, i, do osco famel, designando o conjunto de pessoas submetidas à autoridade do pater famílias e, por uma explicação mais sinédoque, a todos os escravos e a todo o acervo patrimonial pertencentes a um senhor

Neste modelo de família vivido na Roma antiga, a família era vista como uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional (WALD, 1999, p. 30);

a família era uma unidade religiosa, pois tinha uma religião própria, a religião doméstica dos antepassados falecidos.

Portanto, a família romana tinha seu lado religioso, naquela época, o chamado doméstico, que segundo Numa Denis Fustel Coulanges (1910) apud Waldyr Grisard Filho (2010, p. 55):

havia em cada casa um altar e em torno dele a família se reunia toda manhã para dirigir ao fogo doméstico suas primeiras orações e toda noite para invocá-lo pela última vez. Durante o dia, junto a ele era compartilhado o repasto. Fora de casa, mais muito próximo a ela, havia um túmulo; é a segunda morada da família, onde repousam várias gerações de ancestrais, que permanecem agrupados nesta segunda existência e continuam formando uma família indissolúvel. Em certos dias, determinados pela religião doméstica, a parte viva da família reúne-se à parte morta da família para oferecer aos ancestrais ali depositados, a quem chamam de deuses, o repasto fúnebre e, em troca das oferendas, solicitar-lhes sua proteção.

Percebe-se, portanto, que a família era eminentemente religiosa e que seus cultos eram em suas próprias casas para seus ancestrais e assim surgia o parentesco.

Como visto, a família romana era caracterizada pelo *pater familias*⁴, que era o poder do homem, chefe de família, sobre todos os membros da família; segundo Arnoldo Wald (1999, p. 31), “o *pater* era uma pessoa *sui júri*⁵, independente, chefe dos seus descendentes e estes *alieni júris*⁶, sujeitos à autoridade alheia”. Segundo Jacqueline Filgueras Nogueira (2001, p. 26), “o modelo clássico romano da família era patriarcal e hierarquizada, sobre a autoridade do marido e do pai e sobre a submissão da mulher e dos filhos, que eram considerados incapazes [...]”.

O parentesco na família romana em primeiro momento não era pelo vínculo de sangue, - era reconhecido por meio do culto doméstico aos antepassados - , como ensina Waldyr Grisard Filho (2010, p. 56): “[...] o parentesco é regulado não

⁴ Pai de Família, que era o responsável pelo lar e tinha poderes absolutos sobre os membros de sua família.

⁵ Relativo à capacidade civil plena.

⁶ Relativo à incapacidade civil.

segundo a geração, mas segundo a participação no culto doméstico e o caráter de família surgia da invocação do mesmo lar e oferendas aos mesmos antepassados”.

Havia 2 (duas) espécies de parentesco, nas palavras de Arnoldo Wald (1999, p. 31): a *agnação*⁷ e a *cognação*. A *agnação* vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consanguíneos (filho natural e filho adotivo do mesmo *pater*, por exemplo). A *cognação*⁸ era o parentesco pelo sangue que existia entre pessoas que não deviam necessariamente ser agnados uma da outra. Assim, por exemplo, a mulher casada com *manus* era *cognada*, mas não agnada do seu irmão, o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a *patria potestas*⁹. A mulher quando contraía casamento, ficava sob o poder marital do marido; ela ficava submetida de corpo e bens, pois todos os seus bens ficavam no patrimônio de seu chefe, a título de dote (NOGUEIRA, 2001, p. 27).

No primeiro momento, para a família romana o vínculo sanguíneo era irrelevante para a caracterização de membro da família, como visto anteriormente, ao contrário, eram os cultos domésticos e a religião que davam o caráter familiar. Posteriormente, o vínculo sanguíneo ganha força e a *coagnatio* começa a ser o critério para estabelecer o parentesco, como diz Waldyr Grisard Filho (2010, p. 57):

Todos os componentes do grupo familiar estavam unidos pelo vínculo da *agnatio*, ou parentesco civil, eis que, nos primeiros tempos, irrelevante era o vínculo de sangue, a *coagnatio*. Este só adquiriu relevância a partir de Constantino (306-337 d.C.), devido à influência da Igreja Católica, que debilitou a velha religião doméstica, tendo havido completa reformulação com Justiano (527-565 d.C.), quando desapareceu a *agnatio* e a voz do sangue falou mais alto, restando suficiente para estabelecer o parentesco a *coagnatio*, absolutamente independente das regras até então vigentes. Começa a ter um papel predominante o fato mesmo do nascimento independente de participação ou não nos ritos religiosos.

Havia no direito romano o casamento com *manus* e o casamento sem *manus*, que significava no primeiro caso, quando a mulher se casava, passava a obedecer ao seu marido, o *pater familias*; já no segundo caso, a mulher ficava sobre

⁷ Parentesco gerado pelo culto aos ancestrais.

⁸ Parentesco sanguíneo.

⁹ Poder do Chefe de família: Pai.

a autoridade do pai. Nas palavras de Arnold Wald (2000, p. 10) “A mulher, ao casar, podia continuar sob a autoridade paterna, no casamento sem *manus*, ou entrar na família marital, no casamento com *manus*”.

O casamento com *manus* podia consistir em 3 (três) formas: a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*. Na *confarreatio*, reservava-se aos patrícios, a classe nobre em Roma, do qual se mostrava por meios de rituais e formas religiosas, de maneira solene, tanto que necessitava de 1 (um) sacerdote e testemunhas; Já na *coemptio*, reservava-se aos plebeus, a prole em Roma, e consistia na venda simbólica da mulher ao homem; e por fim, no *usus*, era parecido com um usucapião, onde se a mulher coabitasse com o homem no período ininterrupto de 1 (um) ano, este podia tê-la mediante o *usus* como forma de casamento (JUNIOR, 1999, p. 120-126).

A família romana ao longo do tempo foi sofrendo modificações, principalmente com a predominância da Igreja Católica nas relações pessoais na idade média, que inclusive, desabilitou os cultos domésticos que eram venerados pelos romanos, colocando no lugar dele a figura do casamento como sacramento dado por Deus e devendo ser respeitado pelo seu caráter religioso.

Segundo Jacqueline Filgueiras Nogueira, (2001, p. 29):

Na Idade Média, embora houvesse a presença de muitos institutos do direito romano antigo, as famílias regeram-se exclusivamente pelo direito canônico, de modo que, entre os séculos X e XV o casamento religioso foi o único reconhecido, sendo o vínculo indissolúvel entre o homem e a mulher, do qual resultavam os filhos legítimos. A igreja transformou a família numa verdadeira instituição religiosa, isto é, “ela própria é igreja em miniatura”, com um local de culto, hierarquizada, dominada pela figura paterna, onde homens, mulheres e crianças tinham lugares e funções determinadas; baseava-se na mútua assistência de seus integrantes, na qual a função procriativa era exclusiva da família fundada no casamento.

Neste contexto, o papel da igreja na família romana foi totalmente modificativo, onde o que antes era uma família que tinha os seus próprios cultos domésticos transformou-se numa família com vínculo nas regras da Igreja Católica. Segundo Arnold Wald (1999, p. 31) “A evolução da família romana foi no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do “*pater*”, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos e substituindo-se o parentesco *agnático* pelo *cognático*.”

“Com essas mudanças, influenciadas pela Igreja, a família torna-se mais humana (GRISARD FILHO, 2010, p. 58)”. Foi também na época imperial que a mulher obteve mais igualdade perante o marido e a sociedade. Segundo Arnaldo Walter (1999, p. 32): “Na época imperial, a mulher goza de completa autonomia, participando da vida social e política, não se satisfazendo mais com as suas funções exclusivamente familiares”.

Portanto, a partir dos estudos, se pode dizer que a família romana, na Roma antiga, era caracterizada por um poder patriarcal sendo monogâmica e hierarquizada; as mulheres e os filhos não tinham capacidade, estavam sobre a autoridade do chefe de família, o *pater familias*, este, que inclusive, tinha poder de vida ou morte sobre seu grupo familiar. Posteriormente, na Idade média, o império romano é influenciado pela igreja católica e deste modo, além da religião doméstica sair de cena, a qual atribuía o parentesco independente de consanguinidade, o *pater familias*, progressivamente vai se enfraquecendo, tomando lugar sobre ele uma família construída por meio do casamento religioso; uma família de vínculos sanguíneos; a mulher passa a ter tratamento mais digno de forma a buscar a paridade em relação ao homem, a família torna-se uma instituição religiosa.

O Direito Canônico dizia que a família se construía com a união do homem com a mulher através do matrimônio, este, considerado inclusive sacramento, indissolúvel e realizado por Deus. A Igreja quem era a encarregada de tratar de normas e regulamentos referentes ao casamento; ela inclusive constituiu impedimentos para a realização do casamento.

Para Arnaldo Wald (1999, p. 33):

O Direito Canônico Constituiu o quadro dos impedimentos para a realização do casamento abrangendo causas baseadas numa incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior), num vício do consentimento (dolo para obter o consentimento matrimonial, coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge) ou numa relação anterior (parentesco e afinidade).

Como visto, o Direito Canônico era um grande influenciador direto nas relações pessoais, eminentemente familiares; “durante a Idade Média, as relações de família se regem exclusivamente pelo Direito Canônico, sendo que, do século X ao XV, o casamento religioso era o único conhecido (WALD, 1999, p. 34)”.

Ainda, segundo Waldyr Grisard Filho (2010, p. 58):

A doutrina da Igreja parecia definitiva, milenarmente construída. Porém, no curso da Revolução Francesa e sob influência da Escola do Direito Natural, mais preocupada em estudar as necessidades do homem do que a lei de Cristo, negou-se o caráter religioso do casamento e se pugnou pelo enfraquecimento da autoria paterna, para submetê-lo a um regime liberal igualitário. Há uma tendência individualista e laica, que domina e marca a última fase da Idade Média, numa prova evidente do surgimento de um mundo novo e o desaparecimento de uma época não mais passível de aceitação.

Com o passar do tempo, como se denotar da citação supra, a igreja foi se enfraquecendo, com as revoluções da época, inclusive a Revolução Francesa que tinha como ápice os princípios da igualdade, fraternidade e liberdade.

2.4 Considerações Finais

Foi feito um estudo imprescindível para o presente trabalho em relação à evolução da família, com fulcro na obra de Friedrich Engels, para melhor compreensão, pois esta obra é uma das mais aprofundadas no tema em questão, onde a maioria dos estudiosos se socorre dela.

Também foi falado da família romana e do Direito Canônico, que muito contribuíram para as mudanças havidas no Direito de Família pátrio.

Agora, no próximo título, será discorrido sobre o Direito de Família Brasileiro e sua evolução, bem como outras questões importantes inerentes a ele.

3 DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Neste tópico será falado a respeito do Direito de Família Brasileiro, que sofreu várias modificações ao decorrer dos tempos, onde era a princípio, influenciado pelo Direito romano e canônico, na época colônia e império. A estrutura familiar tinha característica patriarcal e era consubstanciada no casamento religioso do qual era um sacramento sagrado e fundamental para a constituição de uma família.

Posteriormente, na fase em que o Brasil era república, o casamento religioso não mais tinha efeitos civis, tendo o Estado se desvinculado da igreja se tornando laico.

Com o advento da constituição de 1988 o paradigma familiar mudou de forma a dar mais liberdade à mulher, igualdade aos membros, acabar com o modelo patriarcal e discriminações entre filhos havidos no casamento e fora dele, também relativizando a forma de se constituir uma família, não mais somente através do casamento; como se verá a seguir.

3.1 Evolução Histórica do Direito de Família Brasileiro

O Direito de Família brasileiro, como já fora dito, sofreu grandes influências do Direito Romano e do Direito Canônico, tendo como característica marcante o predomínio do modelo patriarcal nas leis vigentes à época, bem como o casamento religioso como o único meio legal de instituição de uma família. Obviamente que foram ocorrendo mudanças graduais, como por exemplo, o enfraquecimento do patriarcalismo; a liberdade da mulher e igualdade entre os filhos; a instituição de um Estado laico, etc.

Esta evolução do Direito de Família brasileiro é o que será tratado agora, sendo imprescindível o presente estudo para conclusão do trabalho.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 40-41), o direito de família brasileiro teve 3 (três) grandes períodos. Primeiro ocorreu no Brasil Colônia até Império (1500-1889) no qual prevaleceu o direito de família canônico com predominância do modelo patriarcal; o segundo se deu entre a primeira República (1889), prevaleceu o direito de família laico; e por fim, o terceiro adveio com a atual Constituição de 1988 que consagrou o direito de família igualitário e solidário.

Pois bem, o Brasil na fase colonial pertencia a Portugal e, portanto, era regido pelas normas de Portugal. Eram as Ordenações Filipinas que vigoravam em Portugal e eram aplicadas, também, no Brasil. Nas palavras de José Gomes Bezerra Câmara apud Arnold Wald (2000, p.17):

Em 1595, foi determinada a Compilação das Ordenações Filipinas, que a Lei de 11-1-1603 mandou observar tanto em Portugal quanto no Brasil. Os historiadores assinalam que uma das causas prováveis da nova compilação, determinada por Felipe II, foi a aprovação do Concílio Tridentino, que dera novo realce ao direito canônico, revogando disposições anteriores do direito civil português. Com o advento das Ordenações, houve sensível diminuição do prestígio eclesiástico.

Assim sendo, por meio da citação feita, percebe-se que o direito português era bastante influenciado pelo direito canônico e conseqüentemente o Brasil também o foi. Tanto que no tocante ao casamento, era apenas reconhecido o casamento religioso, como se extrai das palavras do ilustre Arnold Wald (2000, p. 19):

A consolidação das leis Civis de Teixeira de Freitas se refere ao Concílio Tridentino (art.95), punindo os casamentos clandestinos (art.98) e determinando que a prova dos casamentos se faça pelas certidões extraídas dos livros eclesiásticos (art.99), por outro qualquer instrumento público ou por testemunhas que reconheçam “que os cônjuges estiveram em casa teúda e manteúda, e em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo quanto baste para presumir-se o matrimônio entre eles.

Esta questão de fama de marido e mulher para o matrimônio lembra o *usus*, que era a forma de matrimônio pelo decurso do tempo.

Posteriormente, no Brasil império, com a lei de 20-10-1823 foi mantida a legislação portuguesa, como se extrai dos ensinamentos de Arnold Wald (2000, p. 19):

No Brasil, a lei 20-10-1823 manteve em vigor a legislação portuguesa, consubstanciada nas Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções, enquanto não se organizasse um novo código e não fossem tais disposições especialmente revogadas ou alteradas.

Vislumbra-se, desta maneira, que o Brasil não tinha ainda uma legislação vigente do qual pudesse substituir as Ordenações Filipinas, prevalecendo esta enquanto não houvesse outra lei com as mesmas especificidades das Ordenações.

Segundo Arnold Wald (2000, p. 20),

Somente nos meados do século XIX surgiu entre nós uma legislação especial referente ao casamento dos acatólicos. A lei n.1.444, de 11-9-1861, deu efeitos civis aos casamentos religiosos realizados pelos não católicos, desde que estivessem devidamente registrados.

Como se vê, o direito canônico foi se enfraquecendo, influenciado por ideias liberais, surgindo reivindicações tendendo a separação do Estado e Igreja, conduzindo ao surgimento do casamento civil.

Assim, com a proclamação da república em 1889, o Estado obteve uma abrupta mudança e alterou o que até então era regulado pela igreja católica, que era o casamento.

O casamento religioso não mais era reconhecido para os efeitos civis, passando então a ser regulado em lei estatal. Como diz Waldyr Grisard Filho (2010, p. 60): “no Brasil, o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, reconhece unicamente o casamento civil [...]”.

Observa-se que a partir daí, o Brasil entra em uma época laica, onde o Estado não mais segue as influências da igreja, o direito canônico perde a força sobre o orbe jurídico.

Em 1 de janeiro de 1916 foi promulgada a primeira legislação civil no Brasil, sendo o Código Civil de 1916. Este código refletia e era influenciado pelo modelo do direito romano, tanto que pelo Código Civil de 1916 dizia em seu artigo 233 e incisos:

Artigo 233 - O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

I - a representação legal da família; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, parágrafo 9º, I, c, 274, 289, I e 311); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

O artigo 233 do Código Civil de 1916 mostra legitimamente o modelo adotado na época, o patriarcal; além de que a família se constituía única e exclusivamente pelo matrimônio. Também havia os resquícios da influencia do cristianismo, ou seja, do direito canônico na legislação brasileira da época; o casamento (civil) ainda era visto como único meio para que a família propriamente dita fosse reconhecida.

Outrossim, nesta fase havia várias discriminações no que diz respeito aos membros de uma família, tendo em vista se a família era legítima(advinda de Matrimônio ou casamento) ou ilegítima(das relações não advinda de matrimônio ou de relações extraconjugais) (DINIZ, 2011, p. 30).

Os filhos de uma e de outra, tinham tratamentos diferentes, como por exemplo, dizia o artigo 337 do Código Civil de 1916: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé (art. 221)”.

Além da classificação de filhos legítimos e ilegítimos, por conta do matrimônio ou não, havia, de forma odiosa, outro tratamento discriminatório, previsto no artigo 358 do Código Civil de 1916 que era um capítulo que tratava da legitimação dos filhos ilegítimos, que dizia: Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

Portanto, como era vislumbrado no Código Civil de 1916, havia vários tipos de preconceitos em relação à forma de se constituir uma família,

desclassificando-a se não fosse constituída pelo matrimônio os seus membros, e discriminando-os. Nesta época, nota-se, que o legislador se preocupava eminentemente com a família enquanto instituto e na intenção de resguardar direitos patrimoniais (LOBÔ, 2011, p. 23-24); o código civil de 1916 foi elaborado na época que a sociedade era influenciada pelo modelo patriarcal e patrimonialista, tendo como fruto, essencialmente, tratar das relações jurídicas patrimoniais, não se preocupando e deixando de forma secundária o indivíduo como pessoa. O direito era moldado em um paradigma que refletia a sociedade da época.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 no dia 05/10/1988, que trouxe dispositivos eminentemente preocupados com a pessoa humana, a entidade familiar ganha uma nova face.

Diz o artigo 226 da Constituição e seus parágrafos:

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Parágrafo 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Parágrafo 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.

Com a redação do artigo 226 e parágrafos, a Constituição inovou, reconhecendo não apenas a família como entidade matrimonial, mas, também reconheceu a união estável, a família como entidade monoparental, além de permitir interpretações extensivas, incluindo demais entidades implícitas, como boa parte da doutrina diz.

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 27), didaticamente são três as espécies de família: matrimonial, não matrimonial e adotiva, não sofrendo

discriminações, com fundamento nos artigos 226, parágrafo 4º e 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, pelo artigo 20 da lei 8.069/90 e pelo artigo 1.596 do Código Civil, para fins legais tanto importa o modo como foi constituído, estando nestes moldes será tratado de forma igualitária.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 34):

A constituição de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, entre as constituições mais recentes de outros países. Alguns aspectos merecem ser salientados:

- a)** a proteção do estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições;
- b)** a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;
- c)** os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre interesses patrimonializantes;
- d)** a natureza sócioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológicas e não biológicas;
- e)** consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- f)** reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- g)** a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.

Vislumbra-se pela constituição de 1988 no artigo 226 e parágrafos que no decorrer da evolução, a família que antes era aquela influenciada pelo direito romano e o direito canônico, perde a força para uma família pautada na solidariedade, amor e respeito entre seus membros.

O legislador se preocupou com os direitos da pessoa humana, com sua dignidade, dando amparo à família e estabelecendo igualdade entre seus membros, não importando o modo de sua constituição, - estando ela pautada na solidariedade, amor e respeito bem como em outros princípios da mesma espécie, será considerada uma família independente de origem biológica ou sócioafetiva, como prescreve o artigo 227 parágrafo 6º da constituição de 1988: “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”.

Segundo José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 27):

[...] a nova família se estrutura nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, não se confunde com o modelo tradicional, quase

sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, valorando a verdade sociológica construída todos os dias através do cultivo dos vínculos de afetividade entre seus membros; [...] houve na verdade uma “repersonalização” das relações de família, que não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só constrói na solidariedade com o outro

Além de a constituição trazer estes novo parâmetro em relação à entidade familiar, em 2002 veio à reforma do código civil com a lei 10.406/02 no dia 10 de janeiro, trazendo expressamente dispositivos semelhantes a o que já prescrevia a constituição federal de 1988 e inovando ainda mais. No artigo 1593, por exemplo, diz: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.

Ficou evidente neste artigo que além do parentesco biológico se admite também o socioafetivo sem prejudicar a entidade familiar, tendo ambos, direitos iguais independentemente da modalidade de filiação, biológica ou não. Trouxe o Código Civil de 2002 o mesmo dispositivo previsto no artigo 227 parágrafo 6º da constituição, por meio do artigo 1596. Nota-se que o legislador diferentemente da visão anterior, busca proteger a dignidade da pessoa humana, buscando o tratamento paritário entre seus membros, vedando discriminações.

3.1.1 Da Família eudemonista ou sócioafetiva

Após tratar da evolução histórica-jurídica do Direito de Família, é de grande importância discorrer sobre a Família Eudemonista ou Sócioafetiva, que fora colocada neste título pela sua grande importância e para melhor desdobramento do presente trabalho, que tem como assunto principal a socioafetividade.

Importante salientar que a família eudemonista é o reflexo da evolução do Direito de Família, diante o advento da Constituição Federal de 1988, bem como o Código Civil de 2002.

Pois bem, como visto anteriormente a evolução do direito de família brasileiro foi no sentido de trazer mais liberdade e igualdade entre os membros da família, bem como trazer garantias e prerrogativas constitucionais a entidade familiar, ampliando-a.

Atualmente, a luz dessa nova face do direito de família, o modelo familiar é pautado no afeto, na relação de afetividade entre seus membros. Nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 30) “A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre liberdade e o desejo”.

Ainda, segundo Paulo Lôbo (2011, p. 29-30, 70-71), o afeto é considerado um fato social pelos estudiosos e afetividade veio ao mundo jurídico por meio da norma-princípio jurídico da afetividade, assim foi denominado o termo socioafetividade; a afetividade é um dever imposto aos integrantes da família, diferente do afeto, que pode até não existir, mas a afetividade é presumida (Posteriormente será tratado de forma mais minuciosa no que tange ao princípio da afetividade).

Desta sorte, a família sempre será sócioafetiva.

No sentido estrito, segundo Paulo Lôbo (2011, p. 29) a socioafetividade tem sido empregada no tocante as relações de parentescos não-biológicos.

Importante trazer nas palavras de Caio Mário de Silva Pereira (2009, p. 43):

Consolida-se a família sócioafetiva em nossa Doutrina e Jurisprudência uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como Direito Fundamental, a não-discriminação de filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar.

Assim, por meio da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seus artigos 226, parágrafo 4º a possibilidade da família monoparental, aquela formada por apenas um dos pais; o artigo 227 que trouxe a convivência familiar; o artigo 227, e parágrafos 5º e 6º, que trouxe a questão da adoção e a igualdade em entre os filhos sem discriminação, enfim, vislumbra-se mediante essas disposições uma família com base na afetividade. Assim, se têm entendimento dos doutrinadores que a constituição trouxe a norma jurídica da afetividade implicitamente, neste sentido

Paulo Lôbo (2011, p. 70-71), Maria Helena Diniz (2009, p. 24), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 82), dentre outros.

Por fim, com o estudo tecido, indispensável se faz trazer algumas ponderações no tocante a diferença entre a socioafetividade e a origem genética.

Como foi dito, a família sempre será sócioafetiva, tendo em vista que a afetividade é uma imposição legal trazida pelo legislador. Pois bem, a família na atualidade tem sua estrutura pautada no amor, respeito, solidariedade, etc. Para Paulo Lôbo (2011, p. 29-30) ao mesmo tempo em que se falava na socioafetividade também havia a questão do DNA, que constatava a certeza quase absoluta da origem biológica que era descoberta por meio dele; assim muitos juristas queriam resolver as questões pertinentes a filiações tão somente no laboratório.

Ocorre que a família atual, como elucidado, é vista com um novo paradigma. Assim, por exemplo, pai abrange muito mais do que um vínculo sanguíneo; pai é aquela pessoa com o dever da socioafetividade independente da origem biológica; é aquele que cria a criança com amor, respeito, carinho, preenchendo os requisitos trazidos pela Constituição Federal nos artigos. 226 e seguintes. “Pode-se dizer que a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo (LÔBO, 2011, p. 29)”.

Nas sábias palavras de Luiz Edson Fachin (1996, p. 36) “[...] que a paternidade pode exigir mais do que laços de sangue; embora não seja imprescindível o chamamento de “filho”, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade”. Assim, a verdade biológica não é mais importante que a verdade sócioafetiva.

Paulo Lôbo (2011, p. 30) ainda explana:

A paternidade e a filiação sócioafetiva são fundamentalmente, jurídicas, independentemente da origem biológica. Pode-se afirmar que toda paternidade é necessariamente sócioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade sócioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.

Dito isto, vê-se a importância desta diferenciação, não podendo se confundir paternidade sócioafetiva com paternidade biológica, pois ambas, tanto a biológica como a não biológica são sócioafetivas, por imposição legal.

No tocante ao sentido estrito da socioafetividade, a paternidade biológica não se mostra mais importante que a paternidade sócioafetiva, uma vez que família engloba muito mais que laços sanguíneos.

3.2 Conceito e Conteúdo

O Direito de Família, como visto nas legislações anteriores, teve grandes modificações no sentido de buscar a paridade dos direitos para todas as pessoas, sem discriminações. Começou no patriarcalismo com poder absoluto do homem; depois a mulher e os filhos tiveram mais liberdade; o casamento passou a ser regido por lei estatal e não mais influenciado pelo direito canônico; a Constituição de 1988 igualou o homem e a mulher; a família deixou de ser patriarcal e hierarquizada.

A Constituição brasileira trouxe em seu artigo 226 o seguinte:

Artigo 226 – A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

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

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

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

Parágrafo 6.º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Parágrafo 7.º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Parágrafo 8.º – 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.

Elucidando a importância deste artigo, denota-se a liberdade do matrimônio e da constituição de uma família; a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal; a união estável para aqueles que não possam, por algum motivo legal, realizar o matrimônio; a família formada por apenas um dos pais e seus descendentes, chamada de família monoparental. Com a Constituição de 1988 foi trazido princípios pétreos para o direito de família, estes que moldaram um novo direito de família, que foi consubstanciado no Código Civil de 2002.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 33):

[...] A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonial, mas também outras duas explicitamente (união estável e entidade monoparental), além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir demais entidades implícitas.

A Constituição de 1988 não somente trouxe mudanças relevantes ao direito de família por meio do artigo 226, mas também mediante os artigos 227, 228, 229 e 230.

A título de exemplo, o artigo 227, parágrafo 6º trouxe o denominado princípio da igualdade entre filiação, onde dispõe: “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatória relativas à filiação”.

Há vários outros princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, estes que serão vistos posteriormente em tópico próprio em momento oportuno.

Com o advento do Código Civil de 2002, trouxe em seu livro IV as disposições inerentes ao direito de família, que abrange do artigo 1511 até 1783, que também será visto posteriormente.

Analisando o que fora dito, sobre o prisma da Constituição de 1988, bem como o Código Civil, pode-se concluir que o Direito de Família é tanto tutelado pela Constituição Federal, como regulamentado de forma específica no Código Civil. Portanto, o direito de família abrange tanto normas de cunho constitucional, que

inclusive, são normas-princípios, como normas de caráter infraconstitucional, reguladas no Código Civil.

Clóvis Beviláqua (1954, p. 6): conceitua o Direito de Família no seguinte contexto:

Direito de Família são as normas que regulam o casamento, a união estável e as relações recíprocas de natureza pessoal e patrimonial entre cônjuges, companheiros, pais, filhos e parentes, ou seja, constitui o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos da tutela e curatela.

No mesmo sentido Maria Helena Diniz (2011, p.16)

Constitui o Direito de Família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e outros efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

Importante salientar que, nestes conceitos trazidos por Maria Helena Diniz e Clóvis Beviláqua, aonde se diz celebração do casamento e união estável deve abranger também o casamento homoafetivo e a união homoafetiva. Inclusive, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo foi aceito recentemente em São Paulo, obrigando os cartórios em 60 dias a registrarem independente de uma união estável homoafetiva anteriores (ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Norma obriga cartórios a celebrar casamento gay., 2012. Disponível em:<<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100255127/norma-obriga-cartorios-a-celebrar-casamento-gay>>. Acesso em: 20 mar. 2013.).

Também, no tocante a união homoafetiva, pode ser considerada uma entidade familiar, uma vez que na Constituição não há norma proibitiva da relação entre pessoas do mesmo sexo, trazendo ainda em seu artigo 226 formas explícitas na constituição da família, possibilitando, por exemplo, a entidade monoparental, formada apenas por um dos casais (homem ou mulher). Além disso, o rol permitiu a interpretação extensiva das entidades familiares, portanto, para esta união

homoafetiva, basta preencher os requisitos de afetividade, estabilidade, ostensibilidade e vontade de constituir uma família (LOBO, 2011, p. 90).

Como visto o conteúdo do Direito de Família, conforme conceituam Maria Helena Diniz e Clóvis Beviláqua, trata-se no tocante ao casamento, a união estável (observados as ponderações acima), as relações de parentesco e os institutos de direito protetivo (tutela e curatela), estes regidos, portanto, através do direito matrimonial, direito convivencial, direito parental e do direito assistencial.

Importante ponderar em relação ao direito assistencial nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 38):

Relativamente ao direito tutelar, a doutrina sempre teve dúvidas de sua necessária inserção nas relações familiares. Diz Pontes de Miranda que, rigorosamente, o direito tutelar não deveria achar-se no direito de família, salvo quando se tratasse de efeito imediato da relação parental. Andou certo o Código Civil de 2002 quando transportou a disciplina da ausência para sua Parte Geral, pois é direito pessoal não familiar. Mas a guarda e a tutela, ainda quando exercidas por terceiros, têm por fito oferecer à criança um ambiente familiar substituto ao dos pais. A curatela das pessoas maiores apresenta pertinência com direito de família, embora não integralmente (inclui normas sobre sucessão, responsabilidade civil, processo), pois privilegia a relação de parentesco e conjugal para seu exercício.

Deste modo, diante divergências doutrinárias, tem se prevalecido que a tutela e curatela faz parte do direito de família pela conexão existente entre os institutos e sua finalidade.

Importante citar também nas palavras de Maria Helena Diniz (2011 p. 18-19):

Porém é preciso deixar bem claro que o direito de família, em qualquer uma de suas partes (direito matrimonial, convivencial, parental ou tutelar), não tem conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que concerne ao regime de bens entre os cônjuges ou conviventes, à obrigação alimentar entre parentes, ao usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores, à administração dos bens dos incapazes, e que apenas aparentemente assume a fisionomia de direito real ou obrigacional.

Assim, relembra-se o que tinha sido dito anteriormente, que o legislador procurou se preocupar com a dignidade da pessoa humana, o Direito de Família este estritamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Paulo Lôbo (2011, p. 38) divide o direito de família em:

Direito das entidades familiares, que diz respeito ao matrimônio e aos demais arranjos familiares, sem discriminação; direito parental, relativo às situações e relações jurídicas de paternidade, maternidade, filiação e parentesco; direito patrimonial familiar, relativo aos regimes de bens entre cônjuges e companheiros, ao direito alimentar, à administração dos bens dos filhos e da família; direito tutelar, relativo à guarda, à tutela e à curatela.

Não difere da visão de Maria Helena Diniz, o modo como Paulo Lôbo trata da divisão dos conteúdos do direito de família, a não ser pelas diferentes nomenclaturas que se dão e a ordem colocada.

3.3 Natureza Jurídica

No tocante a natureza jurídica do Direito de Família, unânime a doutrina ao dizer que o Direito de Família tem a natureza jurídica de direito privado. Isto porque, embora haja normas eminentemente de caráter público regulando o direito de família, a família diante seus aspectos sociais e históricos, não pode ser transposta para o direito público. Seria uma invasão do Estado a vida íntima, ferindo inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana previsto e tutelado na Constituição Federal.

O Estado deve dar proteção a família tendo em vista o que já foi dito alhures em relação à família, como cédula básica da sociedade/Estado. Neste sentido, Segundo Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 11):

[...] Deste modo, não há como se admitir o direito de família como direito público em um Estado democrático, porque cabe a ele tutelar e proteger a

família, intervindo de forma indireta apenas quando essencial para sua própria estrutura.

Também com mesmo entendimento Maria Helena Diniz:

Esta intervenção protetora do Estado é um fato universal, pois o poder público de todas as nações pretende garantir a família, protegendo-a, evitando abusos, propiciando melhores condições de vida às novas gerações, ajudando-a exercer beneficentemente seus poderes, criando órgãos sociais que a tutelam, como os conselhos de Família e Tutela, o Ministério Público, o Juizado da Infância e Juventude etc. Porém não se deve inserir o direito de família na seara juspublicística, pois isso “implicaria admitir excessiva e nefasta ingerência do Estado no grupo familiar e, além do mais, como escreve Orlando Gomes, pelos sujeitos das relações que disciplina, pelo conteúdo dessas relações, pelos fins de seu ordenamento e pelas formas de atuação, o direito de família é direito privado e parte integrante do direito civil.

Ainda, Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 45) “[...] há equívoco em se falar de publicização do direito privado em virtude da intensidade da intervenção estatal nas relações privadas”. Paulo Lôbo (2011, p. 45) defende o critério formal para estabelecer se se trata de relação de direito público ou privado; segundo este critério, o direito será público quando o poder empregado na relação for eminentemente revestido do poder estatal de modo que seja desigual, independentemente do Estado ser parte ou não na relação. Por outro lado, tratar-se-á de relação de direito privado, naqueles casos em que a relação for de pessoas privadas e/ou destas com o Estado, sem que este esteja investido de seu império, sendo irrelevante o grau de intervenção estatal ou limitação da autonomia da vontade.

Para Maria Helena Diniz (2009, p. 29-31), no tocante a natureza do Direito de Família, este é um direito extrapatrimonial por se tratar de um direito de pessoas e, assim, personalíssimo, não podendo ser transmitido, renunciado; as suas normas são de caráter cogentes ou de ordem pública, - embora a natureza da relação jurídica seja de cunho privado pela sua importância social e suas instituições jurídicas que são de direitos e deveres.

Mediante as classificações sumarizadas, pode-se concluir que, sendo as normas do direito de família de caráter cogente, devem ser interpretadas de forma restritiva, além disso, o direito de família como visto, preocupa-se em primeiro

momento com as pessoas nele envolvido, tendo como caráter secundário o patrimônio, que advém de forma indireta como supracitado.

Também imprescindível esclarecer que, a maioria das normas do direito de família são de caráter público, mas não implica dizer na não existência de normas de ordem privada. Nas palavras de Flávio Tartuce (2010, p. 55): “O Direito de família é constituído, na essência, por normas de ordem pública, relacionadas com o direito pessoal ou existencial. Mas também normas de ordem privada, de cunho patrimonial”.

Então se deve atentar para classificação de Maria Helena Diniz, no sentido de que, na sua essência o direito de família é regido por normas de ordem cogente, não excluindo, entretanto, a existência de normas de caráter privado, direcionadas para relação econômica, patrimonial.

Por derradeiro, segundo Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 7-8), antigamente se defendeu a ideia de a família ser um ente de personalidade jurídica, pois, ela era detentora de direitos extrapatrimoniais, tais como nome, pátrio poder, etc. Argumento este vencido em nosso direito e tradição, pois falta na família para que seja pessoa jurídica a aptidão e capacidade para ter direitos e obrigações, sendo que a família nunca é titular de direitos, mas sim seus membros individualmente. Portanto, esses direitos estão ligados subjetivamente, aos integrantes da família, eles possuem direitos e/ou obrigação.

A doutrina majoritária, tais como Maria Helena Diniz, Paulo Lôbo, Silvio de Salvo Venosa, Maria Berenice Dias, defende que a família é uma instituição. Neste sentido diz Augusto César Belluscio (1987) apud Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 8):

Como instituição, a família é uma coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais. Uma instituição deve ser compreendida como uma forma regular, formal e definida de realizar uma atividade. Nesse sentido, família é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale a sociedade para regular a procriação e educação dos filhos.

Foi discorrido a respeito da natureza do direito de família segundo estudos doutrinários e, desta maneira, levando em conta as normas cogentes do

Direito de Família, pode-se dizer que se aproxima mais de uma Instituição, conforme defende, por exemplo, Maria Helena Diniz.

Agora será falado de alguns aspectos importantes para o deslinde do trabalho.

3.4 Outros aspectos

Pelo que dispõe o artigo 226 da Constituição Federal, já citado anteriormente, vislumbra-se a adoção do sistema monogâmico, ou seja, para efeitos legais só é reconhecido, por exemplo, o casamento entre duas pessoas. Fato este que, inclusive, foi penalizado pelo Direito Penal que trouxe em seu artigo 235 o crime de bigamia:

Art.235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo 1.º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo 2.º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Desta sorte, vislumbra-se a proibição legal de matrimônio simultâneo, entre mais de um casal. Nesta situação, também, a norma deve ser interpretada extensivamente, incluindo poligamia. Se não pode menos, não poderá situação além.

Importante trazer a classificação da professora Maria Helena Diniz no que diz respeito aos diferentes sentidos de família perante a lei. Maria Helena Diniz traz três acepções fundamentais do vocábulo família: a) a amplíssima; b) a lata e c) a restrita.

Segundo Maria Helena Diniz (2009 p. 9-10):

a)No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1412, parágrafo 2, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico.

b)Na acepção “lata”, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro), como a concebem os arts.1.591 e s. do Código Civil, o decreto-lei n.3.200/41 e a lei n.883/49.

c) Na significação restrita é a família (CF, art.226, parágrafos 1º e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts.1567 e 1716), e entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união esável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal, independente de existir vínculo conjugal, que a originou.

Nota-se mediante a extração das classificações de Maria Helena Diniz que, o sentido da palavra família, pode variar de acordo com cada caso, nas várias acepções trazidas pela lei.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 46-47), o modelo de família que ainda predomina nos dias atuais é a chamada família nuclear, aquela formada entre pais e filhos; todavia, a Constituição Federal em seus artigos 226, 227 e 230 trouxe uma família com uma abrangência muito maior do que aquela. Assim, para determinados fins a lei traz tratamentos diferentes, como por exemplo: usucapião especial, que abrange um significado extenso de família; no que tange o parentesco, há variação dos graus para determinados fins, como a título de exemplo: para fins de alimentos as relações de família se limitam ao 2º grau, para fins de impedimento de matrimônio as relações vão até o 3º grau colateral e para fins de sucessão as relações se limitam até o 4º grau.

Silvo de Salvo Venosa (2010, p. 18-19) discorre em relação ao Estado de Família, que se faz importante trazer a tona também.

O Estado de Família é posição e a qualidade que a pessoa ocupa na entidade familiar, isto refletirá no momento de aplicação e efeitos das normas que regulam as relações familiares. Assim, por exemplo, em um Estado de Família cada pessoa terá sua característica de acordo com a realidade fática, por exemplo: qualidade de pai, filho, solteiro, casado, capaz, incapaz, etc. Esses vínculos são de duas ordens: conjugal e de parentesco. Conjugal, pois une a pessoa com que se casou e de parentesco, pois une aos descendentes (parentesco linha reta), dos que

descendem de um ancestral comum (parentesco colateral), dos parentes do outro cônjuge (parentesco por afinidade) e parentesco adotivo.

Além disso, o Estado de Família é personalíssimo, intransmissível, irrenunciável, imprescritível, universal, indivisível, recíproco e oponível contra todos (VENOSA, p. 18-19).

Portanto, o Estado de Família é importantíssimo para que a lei possa surtir seus efeitos, no que diz respeito àquela pessoa, de acordo com sua qualificação no Estado de Família, além do mais como visto, trata-se de um status personalíssimo não podendo ser transmitido para outrem, por exemplo, o pai que detém o poder familiar não pode transmiti-lo a outrem; irrenunciável, não se pode renunciar, por exemplo, o direito de alimentos, que estando na condição do Estado de Família, há este direito legalmente previsto; universal, abrange todas as relações jurídicas familiares; dentre as outras características supracitadas.

4 PRINCÍPIOS NORTEADORES NO DIREITO DE FAMÍLIA NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO

O direito de família é regido por vários princípios, tanto de caráter constitucional como infraconstitucional.

Segundo Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 10), estes princípios não são taxativos por que podem ser deduzidos ou desdobrados de outros princípios gerais.

Maria Helena Diniz (2011, p. 33-40) traz alguns dos principais princípios norteadores do direito de família, que serão citados e, posteriormente, falado sobre alguns que são mais importantes para o desdobramento deste trabalho científico.

São eles:

- I – Princípio da “ratio” do matrimônio e da união estável
- II – Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros
- III – Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos
- IV – Princípio do pluralismo familiar
- V – Princípio da consagração do poder familiar
- VI – Princípio da liberdade
- VII – Princípio do respeito e da dignidade da pessoa humana
- VIII – Princípio do superior interesse da criança e do adolescente
- IX – Princípio da Afetividade

Também, Paulo Lôbo (2011, p. 57-75) traz princípios do Direito de Família (que também serão tratados dos mais importantes para o presente trabalho), como por exemplo:

- I – Dignidade da Pessoa Humana
- II – Princípio da solidariedade Familiar
- III – Princípio da Igualdade e direito a Diferença
- IV – Princípio da liberdade às relações de família
- V – Princípio Jurídico da Afetividade
- VI – Princípio da Convivência Familiar
- VII - `Princípio do melhor interesse da Criança

Ainda, deve atentar a questão de que, além de haver princípios constitucionais e Infraconstitucionais, há os princípios gerais e específicos, como denomina o doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 66-77), que serão vistos posteriormente.

Como visto, com o advento da Constituição Federal de 1988 e posteriormente o Código Civil de 2002, o paradigma familiar mudou; a Constituição trouxe direitos fundamentais voltados a proteção da família, como por exemplo, em seu artigo 227, parágrafo 6º que trata da igualdade entre os filhos; em seu artigo 5º, I diz respeito à igualdade entre o homem e a mulher nos direitos e obrigações, também o artigo 226, parágrafo 5º que trata de forma igual os cônjuges, homem e mulher, no exercício de seus direitos e deveres; no Código Civil apenas fortaleceu a ideia que veio estancada na Constituição de 1988 em relação aos direitos fundamentais que se aplicam a família e a pessoa como ser humano.

Destarte, diante as importantes mudanças trazidas de forma concreta com o advento da Constituição Federal de 1988, temos como norte princípios que regem o direito de família brasileiro.

4.1 Considerações

Antes de adentrar nos princípios propriamente ditos, se faz necessárias algumas ponderações no tocante aos princípios e sua diferença quanto às regras. Assim, a regra, diferente do princípio, é aplicada pela técnica da subsunção, ou seja, ajusta-se a conduta a norma; “a regra indica suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência) mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva a sua incidência [...] (LÔBO, 2011, p. 57)”. Já os princípios, apontam para um Estado Ideal sem descrever condutas, por exemplo: um estado ideal de dignidade, que é trazido pelo princípio da dignidade da pessoa humana; os estados ideais são valores trazidos na norma, do qual ela busca atingir esta finalidade (ÁVILA, 2003, p. 54-56).

Os princípios são indeterminados e abertos, nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 58):

O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do interprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segundo formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto.

Então, percebe-se que a norma princípio deve ser estudada caso a caso, para sua melhor aplicação. Assim, busca-se comparar os efeitos de uma conduta com o estado ideal que ela visa promover.

Importante esclarecer que, a norma é gênero do qual há as espécies, normas princípios e normas regras (LÔBO, 2011, p. 57).

Ademais, importante citar o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que diz: “Quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os **princípios gerais do direito** (grifou-se)”.

Portanto, extrai-se que a função dos princípios é nortear a aplicação do direito de acordo com o estado ideal que aquele princípio visa promover.

Por derradeiro, imprescindível se faz discorrer sobre a solução que se da, quando houver conflitos entre as normas (regras e princípios).

No caso das normas-regras, quando há conflito de normas, chama-se antinomia. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior (2011, p. 179), conceitua da seguinte forma:

Podemos definir, portanto, antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permiti-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

Ainda, no tocante a antinomia, esta pode ser aparente (solúveis) ou real (insolúveis); Nas aparentes as soluções se desdobram mediante 3 (três) critérios: hierárquico, cronológico e especial. Já no caso das reais, apenas com a

mudança/criação da lei se pode solucionar a contradição da norma, pois não há no ordenamento normas para tanto (FERRAZ, 2011, p. 178-179).

Ao contrário, no caso de conflitos de normas-princípios, o tratamento para solução é outro.

No caso das colisões entre princípios, não se daria no âmbito da validade, mas do peso (ALEXY, 1997, p. 88-9). Em outras palavras, pode haver princípios conflitantes, sem que um exclua o outro, ambos sendo válidos no ordenamento jurídico. Um exemplo seria o princípio da liberdade versus o que preconiza o princípio da intimidade, previsto na Constituição Federal, ambos antagônicos entre si e, ambos válidos.

Daí a técnica aplicada para a solução de conflitos entre normas-princípios é a chamada ponderação, que segundo Robert Alexy apud Francisco José Borges Motta (2012, p. 148), para aplicar a ponderação leva-se em conta saber se a medida concreta ao caso atenderá ao fim a que se destina, bem como saber se há outra solução menos gravosa, que produza um resultado, também, eficaz. Trata-se nada mais do que do princípio da proporcionalidade, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho apud Maria Berenice Dias (2011, p. 59):

[...] é mister invocar o princípio da proporcionalidade, que prepondera sobre o princípio da legalidade. Não cabe a simples anulação de um princípio para a total observância do outro. É preciso preservar, tanto quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar.

Ainda, segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 85), quando da ocorrência de conflitos entre princípios de igual importância hierárquica, deve-se atender, quando da pesagem, que o objetivo a ser alcançado já está determinado, a princípio, em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.

Feita essas considerações, no tocante as regras e princípios, voltar-se-á agora para os princípios propriamente ditos, aplicados ao Direito de Família e os próprios deste.

4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana está previsto no artigo 1º, inciso III da atual Constituição Federal de 1988, sendo um dos princípios mais importantes do Ordenamento Jurídico, que busca proteger e dar a todo cidadão o mínimo de respeito e dignidade, características essenciais a um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Paulo Lobô (2011, p. 60) sustenta: “A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.

Assim, como dito, a família como uma instituição que é não poderia deixar de existir respeito entre seus membros, devendo ser respeitada suas dignidades, perante a sociedade e o próprio Estado.

Afora o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o artigo 227 da mesma traz explicitamente a dignidade da pessoa humana como meio de proteção a família.

Senão observa-se:

Artigo 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** (grifou-se), 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. .

Diante o artigo 227, vislumbra-se a importância da dignidade da pessoa humana, inclusive sendo incumbência da sociedade, da família e do próprio Estado respeitá-la.

Caio Mario da Silva Pereira (2009, p. 52) vai mais longe e diz que, o princípio da dignidade da pessoa humana é mais do que um princípio, trata-se de um macroprincípio, ou seja, abrange outros subprincípios e princípios, que são

desdobrados por este primeiro, como por exemplo: a igualdade, solidariedade e autonomia privada.

Também, segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 68), o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. Sendo um macroprincípio do qual se irradiam todos os outros: cidadania, igualdade, solidariedade, dentre outros princípios éticos.

De qualquer forma, tem-se pelo princípio da dignidade humana que no âmbito familiar deva existir respeito entre seus membros como família, bem como na comunidade em que está vive, sendo dever do Estado garantir o mínimo para que essa dignidade seja efetivamente resguardada e que todos tenham uma vida digna.

4.3 Princípio da Liberdade

O Princípio da Liberdade está previsto tanto no Código Civil de 2002 como na Constituição Federal, e trata-se de um princípio específico além de ser um dos mais importantes do direito de família.

Assim sendo:

Art.226, parágrafo 7 – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

No Código Civil em seu artigo 1.513 dispõe: “Art. 1.513 - É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Também no artigo 1.564, parágrafo 2º diz:

Art.1.564, parágrafo 2º – O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros

para o exercício deste direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Para Paulo Lôbo (2011, p. 69):

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Como se nota, o princípio da liberdade traz um paradigma totalmente diferente do que havia antes da Constituição de 1988, os cônjuges têm liberdade de escolha na constituição da família; a família não se funda apenas no matrimônio, e aquele modelo patriarcal de antes não mais vigora atualmente; a família está democratizada e tem como base a dignidade da pessoa humana e o afeto.

4.4 Princípio da Afetividade

O princípio jurídico da afetividade tem como base o afeto nas relações familiares, sendo o afeto o fundamento mais importante quando da constituição de uma família.

O princípio da afetividade está previsto na Constituição de 1988 de forma implícita em seu artigo 227e parágrafos 5º e 6º(LOBÔ, 2011, p. 71)

Neste diapasão:

Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente, 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.

Parágrafo 5º – A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

Parágrafo 6º – 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.

A família com o advento da Constituição Federal de 1988 traz a proteção da entidade familiar, se preocupando mais com a dignidade da pessoa humana; trazendo a igualdade entre os filhos, tanto naturais como socioafetivo; segundo Luiz Edson Fachin, 1998, apud Jacqueline Filgueras Nogueira (2001, p. 53):

O Direito de Família evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais.

A família atual é uma família calcada no afeto e no amor e é importante colocar a diferenciação que Paulo Lôbo (2011, p. 71) faz:

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.

Portanto não se confundi afeto e afetividade, do qual um é dever imposto pelo legislador e não uma opção. Isso em relação aos pais e filhos (presunção da afetividade). “Já no caso dos cônjuges e companheiros o princípio da afetividade incide quando tiver afetividade real, pois esta é pressuposto de convivência (LOBO, 2011, p. 71)”.

Segundo Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 16-17):

A Constituição Federal de 1988 absorveu as transformações da família, acolhendo a nova ordem de valores e privilegiou a dignidade da pessoa humana, reconhecendo a entidade familiar plural com outras formas de constituição além do casamento, vedando a discriminação dos filhos

concebidos dentro ou fora do casamento e consagrou o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

Ainda nos ensinamentos do que diz Paulo Lôbo (2011 p. 70-71):

“O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa Humana (art1º, III) e da solidariedade (art3º,I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e igualdade entre cônjuges, companheiros, filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.”

Além disso, por meio do princípio da afetividade a verdade sócioafetiva torna-se tão importante quanto à biológica, reiterando o que fora dito alhures.

Nas palavras de José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 27):

[...] a nova família se estrutura nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, não se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, valorando a verdade sociológica construída todos os dias através do cultivo dos vínculos de afetividade entre seus membros; [...] houve na verdade uma “repersonalização” das relações de família, que não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só constrói na solidariedade com o outro.

Assim, atualmente, na família moderna, vislumbra-se uma repersonalização das relações familiares, onde a família sócioafetiva, fundada em laços afetivos tem a mesma importância, senão maior, que a família biológica.

Além desta preferência constitucional pela família sócioafetiva, dando a igualdade entre relações biológicas e sócioafetivas, também, por meio do Código Civil assim tutela.

Neste sentido, um dos artigos mais importantes que tutela a família sócioafetiva: Artigo 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.

Assim, a família contemporânea é arrimada no afeto, este, como princípio fundamental nas relações familiares entre pais e filhos; a família atual deve ser estruturada com base no amor, reciprocidade e respeito entre seus membros; o

princípio jurídico da afetividade é uma imposição do legislador diante as normas existentes, tendo em vista a real família, aquela onde seus membros se amam e vivem unidos com o escopo de serem felizes, com interesses relacionados a dignidade humana, não meramente patrimoniais.

4.5 Princípio da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade familiar consiste no dever que cada integrante da família tem, uns para com os demais. Está concretizado em vários dispositivos legais, sendo de caráter constitucional, efetivamente consagrado nos artigos 3º, I e 229 da Constituição Federal, que dispõem: Artigo 3: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construiu uma sociedade justa e **solidária** (grifou-se)”. Artigo 229: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Assim dizendo, nas conclusões de Maria Berenice Dias (2011, p. 66): “Este princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade”.

Observando o que fora dito, pode-se dizer que o princípio da solidariedade tem estrita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como com o Estado Social Democrático de Direito que se instalou com o advento da Constituição de 1988.

Neste diapasão, todos os membros de uma família têm direitos e deveres, resguardados e estabelecidos, a título de exemplo, o dever de dar alimentos e/ou receber alimentos. Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 63), “o princípio da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do mundo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade[...]”.

Enfatizando, com o advento da Constituição de 1988, que trouxe como princípio supremo o princípio da Dignidade da Pessoa humana, os interesses patrimoniais foram colocados em segundo plano pelos interesses humanos. Tendo como um dos princípios consagradores, o princípio da solidariedade, que não consiste apenas no dever entre os membros da família, mas do próprio Estado, para a proteção do grupo familiar.

Como se extrai do artigo 227 da Constituição Federal:

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.

Pois bem, a família contemporânea como visto alhures, tem como característica basilar o afeto, sendo uma família arrimada no amor e solidariedade entre seus integrantes, tendo a proteção estatal bem como o próprio dever de cuidado para com os demais, isto porque, todos têm o direito de uma vida digna em um Estado Democrático de Direito e a família é a célula base da sociedade.

4.6 Princípio do Pluralismo Familiar

O princípio do pluralismo das Entidades Familiares, como já fora visto em outra parte, consiste na possibilidade de constituição de vários tipos de família, não se restringindo aquela então somente matrimonial, como antigamente.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 84):

Decorre expressamente, da previsão contida nos parágrafo parágrafo 1º,3º e 4º, do art.226 da Constituição Federal, ou seja, da inclusão de outras espécies de família que não apenas aquela decorrente do casamento, e todas com especial dignidade para fins de proteção estatal[...]tal princípio

específico decorre do princípio geral do pluralismo democrático (art.1º, inciso V, da CF), ensejando que cada pessoa humana possa livremente escolher a qual modelo ou espécie de entidade familiar pretende se atrelar.

Daí, importante lembrar que, para maioria dos doutrinadores (Paulo Lôbo, Maria Helena Diniz, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Silvio Venosa, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Berenice Dias), este artigo 226, trata-se de um rol exemplificativo e, assim sendo, como já esposado algures, há outras espécies implícitas de famílias, a exemplo, a união homoafetiva.

Ainda pode-se dizer que o princípio do pluralismo familiar se coagula com o princípio da liberdade (visto alhures). Ao passo que o princípio da pluralidade familiar consiste nas outras formas de constituição familiar que adveio com o advento da Constituição de 1988 em seu artigo 226 e parágrafos, onde se pode optar pelo tipo de família, o princípio da liberdade familiar da aos cônjuges/conviventes a opção de escolher quantos filhos irão ter.

Dito isto, pode-se concluir que o princípio da liberdade juntamente com o princípio do pluralismo familiar, consubstancia-se na dignidade da pessoa humana, solidariedade e afetividade; assim, todos têm o direito de constituir uma família, de acordo com seus interesses, desde que pautada no amor, solidariedade e respeito entre seus membros.

4.7 Princípio da Convivência Familiar

A convivência familiar é um princípio que veio expresso mediante o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, assegurando a criança e ao adolescente o direito de conviver em seu grupo familiar, resguardado entre laços afetivos duradouros, laços de parentesco ou não.

Não só a Constituição trouxe este princípio, como também o Estatuto da Criança e do Adolescente, como se denota dos respectivos artigos:

Artigo 4: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Artigo 19: Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O direito à convivência familiar não é apenas voltado para a família nuclear, neste sentido Paulo Lôbo (2011, p. 75) diz:

O direito a convivência familiar não se esgota na chamada família nuclear, composta apenas por pais e filhos. O poder judiciário, em caso de conflito, deve levar em conta a abrangência da família considerada em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes. Na maioria das comunidades brasileiras, entende-se como natural a convivência com os avós e, em muitos locais, com os tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário.

Percebe-se que o princípio da convivência familiar tem uma intrínseca ligação com o princípio da afetividade, levando em conta que no ambiente familiar onde a criança/adolescente vive, pressupõe que haja um grupo familiar pautado no amor, cuidado, respeito e compreensão entre seus integrantes.

Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 357):

A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos filhos havidos por adoção.

Neste contexto, o princípio da convivência familiar surge como forma de proteção da família, voltado em sua essência a resguardar direitos da criança e do adolescente, tendo como fundamento principal o princípio da dignidade da pessoa.

4.8 Princípio da Igualdade entre às filiações

O princípio da igualdade jurídica entre os filhos, como visto anteriormente, diz respeito à igualdade de direitos entre todos os filhos e a vedação, em regra, de qualquer discriminação.

Está previsto no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, bem como no atual Código Civil, em seu artigo 1596 a 1629.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2009, p. 22-23)

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art.227, parágrafo 6, e CC, arts 1596 a 1629), acatado pelo nosso direito positivo, que: (a) nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b) permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuridade e (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação[...].

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 111), o princípio da isonomia entre os filhos têm dois desdobramentos:

a) A igualdade de qualificações entre os filhos, com a juridicização da relação com todos os filhos sociológicos; **b)** a igualdade de direitos entre filhos, admitindo-se somente discriminações razoáveis, como a existente entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais quanto à presunção de paternidade.

Desta maneira, independente de como se obteve a filiação, os filhos devem ter tratamento paritário, tanto em relação a direitos como no tocante a qualificações, sendo vedadas discriminações entre eles, salvo raríssimas exceções, como o exemplo acima.

4.9 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente se encontra previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e, segundo tal dispositivo, a família, a sociedade e o Estado, tem o dever de assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, direitos fundamentais, respaldado no princípio da dignidade da pessoa humana, como por exemplo: à vida, à saúde e à educação, todos esses direitos voltados no melhor interesse do menor.

Referido princípio também se observa, implicitamente, no Código Civil, em seus artigos 1.583 e 1.584, que segundo Flávio Tartuce (2010, p. 45), estes dispositivos foram alterados pela lei 11.698/08, sendo ampliada a proteção, no que diz respeito à fixação da guarda (unilateral e compartilhada), levando em conta o melhor interesse da criança ou adolescente.

Além desses dispositivos supracitados, no Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta essas questões, em seus artigos 4º e 6º, demonstra a ênfase atribuída pelo legislador ao princípio em discussão:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a)** primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b)** precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c)** preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d)** destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Ainda, importante frisar que, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi reconhecido pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, e prevê em seu artigo 3.1 o seguinte:

Artigo 3.1 – Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o **interesse superior da criança**. (grifou-se)

Pois bem, se pode observar por esses artigos citados, que o legislador se preocupou em proteger a criança e o adolescente de forma integral (princípio da proteção integral), impondo como dever para a família, a sociedade e o Estado, a proteção às crianças e adolescentes e, assim, a efetivação destes direitos fundamentais ao menor.

Ainda se pode ver uma aplicação concreta, em matéria de filiação, deste princípio por intermédio do enunciado 339, aprovado da IV Jornada de Direito Civil, que diz: “A paternidade sócioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 75-76):

O princípio do melhor interesse ilumina a investigação das paternidades e filiações sócioafetivas. A criança é o protagonista principal, na atualidade. No passado recente, em havendo conflito, a aplicação do direito era mobilizada para os interesses dos pais, sendo a criança mero objeto da decisão. O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade sócioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação.

Como visto, o princípio em epígrafe tem grande importância, - havendo uma mudança de paradigma nas relações em que envolva a criança e/ou adolescente, deverá o juiz, no caso concreto, sempre analisar o melhor interesse do menor, tendo em vista sua formação moral, social e psicológica.

5 DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Após fazer uma abordagem histórica da família e da evolução do Direito de Família, bem como alguns princípios norteadores do mesmo, será falado agora sobre a filiação no direito brasileiro que, por sinal, é o âmago do presente trabalho.

Deste modo, primeiramente será trazido o conceito de filiação; depois será falado sobre algumas noções gerais da filiação; e por fim, será discorrido a respeito das espécies de filiação reconhecidas no direito pátrio, seja por meio da lei de forma expressa, ou por meio da doutrina e jurisprudência.

Assim, será dividida a filiação em biológica e não biológica, a última que se subdividirá em adoção, inseminação artificial heteróloga e sócioafetiva (se dá pela posse de estado de filho). A filiação sócioafetiva também se subdividirá em outras três espécies: adoção à brasileira, filho de criação e reconhecimento judicial.

5.1 Conceito

Como já visto, com o advento da Constituição de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6º, trouxe o princípio da igualdade entre os filhos e, desta maneira, igualou qualquer tipo de filiação aceito no ordenamento jurídico pátrio, seja explícita ou implicitamente, todos os filhos deverão ter tratamento paritário de direitos.

Paulô Lôbo (2011, p. 216) conceitua filiação da seguinte forma:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida de outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.

Neste diapasão, se denota que a filiação é uma relação de parentesco que se pode dar de mais de uma forma, a saber: pelo nascimento, pela adoção, socioafetividade (que ocorre por meio da posse de estado de filiação que será visto depois), inseminação artificial heteróloga e homóloga, como outros autores dizem, a exemplo: Maria Berenice Dias. Independente da forma que se houver tido a filiação, deverá se atentar ao princípio da isonomia.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias (2011, p. 564):

A liberdade de cada pessoa de efetivar a filiação pode ser realizada através de mecanismos biológicos (através de relacionamentos sexuais, estáveis ou não), da adoção (por decisão judicial), da fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento afetivo puro e simples da condição paterno-filial. Seja qual for o método escolhido, não haverá qualquer efeito diferenciado para o tratamento jurídico (pessoal ou patrimonial) do filho.

Ainda, segundo Cristiano Chaves de Farias (2011, p. 564) conceitua filiação do seguinte modo: "[...] é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade".

Conforme se observa, a filiação sendo relação de parentesco, consanguíneo ou não, é/deve ser pautada sempre no afeto e na solidariedade, de modo a efetivar o princípio implícito da afetividade na Constituição.

Na mesma linha, também, Segundo Maria Helena Diniz (2009, p. 452-453):

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1618 e s.), ser uma relação sócioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

Portanto, conclui-se que a filiação é o parentesco que se da diante a relação de pai e filho (lato senso), podendo ser este laço sanguíneo/natural, civil ou socioafetivo, levando em conta sempre, neste elo, os princípios norteadores do Direito de Família, tais como o da afetividade, solidariedade familiar e igualdade jurídica entre os filhos.

5.2 Noções Gerais da Filiação

Conforme dito reiteradamente, o Direito de Família no decorrer dos tempos sofreu inúmeras modificações, refletindo de forma abrupta no tocante à filiação.

Os filhos que antes eram discriminados pelo Código Civil de 1916, passaram a ter os mesmos direitos, independente da origem da filiação, seja natural, civil ou sócioafetiva.

Também, em relação à entidade familiar, com o advento da Constituição de 1988, por meio de seu artigo 226 e parágrafos, mudaram de forma considerável as formas e espécies de família reconhecidas. Neste sentido, a família matrimonial, constituída pelo casamento, deixou de ser tratada como a única espécie de família efetivamente reconhecida, legitimamente, no ordenamento pátrio.

Inclusive, na época precedente a Constituição de 1988, o matrimônio era pressuposto essencial para que se estabelecesse a paternidade, ou seja, prevalecia a presunção *pater is est* (será delineado posteriormente), sendo considerado pai aquele que era casado com a mãe. Era a certeza de que a origem do filho era advinda do matrimônio.

Nas palavras de Rosana Amara Girard Fachin (2001, p. 68):

Os novos rumos assumidos pelo Direito de Família encontram desafios para superar o sistema jurídico privado clássico e adequar-se ao modelo constitucional esculpido pela Constituição de 1988, cuja estrutura é plural e fundada em princípios da promoção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros. Desse modo, o antigo codificado Direito de Família migrou para a Constituição, configurando-se nesse espaço, como direitos fundamentais da família. A partir dessa nova mudança, esses direitos moldam um novo ordenamento jurídico aplicável à família.

Outrossim, na época anterior a Constituição de 1988, nas relações de filiação, regidas pelo Código Civil de 1916, havia a supremacia da paternidade biológica, no que diz respeito a investigação de paternidade.

Ainda importante ressaltar que, com os avanços científicos no ramo da bioética, ciência que estuda questões ligadas a valores morais e a vida, fora desenvolvido o exame de DNA, que acabou de vez com a dúvida na origem genética, reconhecendo a paternidade pelo referido exame.

Nesse mesmo período, vinha se despertando e fortalecendo o interesse pelo afeto nas relações paterno-filiais que, inclusive, com a Constituição de 1988, restou incontroverso sua importância, se não maior, no tocante a família sócio-afetiva confrontada com a biológica.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 29-30),

O despertar do interesse pela socioafetividade no direito de família, no Brasil, especialmente na filiação, deu-se, paradoxalmente, no mesmo tempo em que os juristas se sentiram atraídos pela perspectiva de certeza quase absoluta da origem biológica, assegurada pelos exames de DNA. Alguns ficaram tentados a resolver todas as dúvidas sobre filiação no laboratório. Porém, a complexidade da vida familiar é insuscetível de ser apreendida em um exame laboratorial. Pai, com todas as dimensões culturais, afetivas e jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico; é mais que este.

Como observado, a evolução na relação paterno-filial, foi no sentido de dar maior importância ao caso concreto, levando em conta de que pai não é apenas aquele que cuja gerou o filho, mas, acima de tudo, é aquele que o trata como pai, com amor, respeito e carinho.

Neste contexto, o Código Civil de 1916 foi substituído pelo novo Código Civil de 2002, trazendo dispositivos no mesmo sentido da Constituição de 1988, em relação às relações familiares e a família em si.

Ademais, como elucidado, antigamente, em um primeiro momento, - a maternidade era certa e a paternidade incerta e não presumida, pela característica de infidelidade do homem; depois, com o fortalecimento da família monogâmica a imagem foi se alterando, se estabelecendo também a paternidade presumida àquele que era o companheiro/cônjuge da mulher e suposto pai.

Relacionando o contexto histórico com as normas trazidas pelo legislador quanto às relações familiares, se observa que foi acatado, com o fito de se estabelecer o detentor da filiação, formas de presunção da mesma.

Nas palavras de Paulô Lôbo (2011, p. 219):

Em matéria de filiação, o direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada. Essas presunções têm por finalidade fixar o momento da concepção, de modo a definir a filiação e certificar a paternidade, com os direitos e deveres decorrentes. Assim, chegaram até nós:

a) a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem de filiação se o marido da mãe não negar;

b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada. A maternidade manifesta-se por sinais físicos inequívocos, que são a gravidez e o parto, malgrado a manipulação genética se tenha encarregado de por dúvidas quanto à origem biológica;

c) a presunção de quem teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção.

d) a presunção de *exceptio plurium concubentium*, que se opõe à presunção anterior, quando da mãe tiver relações com mais de um homem no período provável da concepção [...].

Inobstante estas presunções acima citada, o legislador ainda prevê, de forma expressa, outras presunções quando na constância do casamento, com previsão no artigo 1597 do Código Civil. Os incisos I e II dizem respeito à presunção da paternidade pelo requisito temporal¹⁰, sendo que no inciso I, se presume a paternidade a contar da convivência conjugal até 180 dias depois, já no inciso II, se presume a paternidade a contar de 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

No tocante aos incisos III, IV e V, adveio uma inovação com o Código Civil de 2002, tendo em vista a evolução da ciência e os mecanismos de reprodução da bioética, inclusive com base na filiação sócioafetiva, como se verá a seguir, a exemplo do inciso V.

Segue o artigo 1.597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

¹⁰ *dispunha assim o artigo 338 do Código de 1916.

- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Apesar das referidas presunções do artigo 1597, importante frisar que, com exceção do inciso V, são presunções de natureza relativa, podendo ser desconstituídas com prova em contrário.

Neste Sentido, Luiz Edson Fachin apud Rose Melo Venceslau (2003, p. 225) diz: “a presunção de paternidade deixa de ter a conotação quase absoluta, o que facilita seu afastamento a favor da consanguinidade e tem natureza relativa, *juris tantum*, admitindo prova em contrário com a negatória de paternidade”.

No tocante a presunção contida no inciso V, o legislador trouxe uma presunção de paternidade sócioafetiva de natureza absoluta, que não admite prova em contrário.

Desta sorte, diz Maria Berenice Dias (2011, p. 369):

A manifestação do cônjuge corresponde a uma adoção antenatal, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai. Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, não há possibilidade de a filiação ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade sócioafetiva.

No tocante as presunções, pouco se tem importância atualmente, com a descoberta do exame de DNA e sua precisão para confirmar a filiação biológica. O que realmente se deve levar em conta, partindo do novo paradigma trazido pela Constituição de 1988, e depois com o Código Civil de 2002, é a socioafetividade nas relações familiares, independente da filiação ser biológica ou não, é um dever que o legislador impôs, levando em conta o melhor interesse da criança e/ou adolescente.

Deve se ressaltar ainda que, uma paternidade estabelecida exclui a outra; e no tocante a origem biológica quando pré-existente a paternidade sócioafetiva, a doutrina diz se tratar de um direito de personalidade e não atribuição de paternidade ou maternidade. Assim sendo, os efeitos da filiação recairá no pai que exerce o papel de fato, que obtém a guarda, o pai sócioafetivo.

Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lobo, em anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 528) diz:

[...] o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito de personalidade, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade, ou para contestá-la, **se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-lo.** (grifou-se)

Desta maneira, quando se tratar de filiação sócioafetiva, o filho afetivo terá o direito de saber sua origem genética, porém não gerará efeitos quanto à filiação, tratando-se de um direito de personalidade.

No entanto, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 177-178):

[...] apenas quando os pais sócioafetivos ou adotivos não estão em condições de prover os alimentos básicos para o filho, e os biológicos podem, cabe o reconhecimento da paternidade ou maternidade. Somente diante desse quadro, o genitor ou genitora, demandados, ficam inibidos de suscitar como matéria de defesa a perfilhação do demandante por outrem.

Nesta esteira, a priori quando já houver filiação sócioafetiva estabelecida, o reconhecimento do vínculo genético só dirá respeito ao direito de personalidade do filho afetivo; em caráter excepcional haverá possibilidade de reconhecimento de paternidade e maternidade pelo vínculo consanguíneo para fins alimentares. Isto na visão de Fábio Ulhoa Coelho, uma vez que na jurisprudência não há entendimento pacificado neste sentido.

5.3 Espécies de Filiação

Conforme dito alhures, a filiação pode se dar de forma natural, civil/Jurídica ou pela socioafetividade.

Será falado a respeito de cada uma delas (como dito na seção 5) de forma sucinta, se dando maior atenção no que diz respeito à filiação sócioafetiva, pela sua importância para a conclusão do trabalho científico.

5.3.1 Biológica

O Código Civil, tanto o de 1916 como o de 2002, prestigiaram a filiação biológica, relacionando-a com o casamento. Tanto é que, o Código Civil, em seu artigo 1597, traz em seus incisos, com exceção do inciso V, formas de presunções naturais de filiação.

A filiação biológica é aquela dada por meio de relação sexual entre o pai e a mãe, que desta forma se gera o filho, se criando o parentesco consanguíneo. Também, com os avanços científicos, se pode dizer de filiação biológica sem que haja a união sexual.

Pelo artigo 1597, incisos III e IV, diz respeito à inseminação artificial homóloga, que se divide em duas espécies, uma com manipulação de gametas e a outra com embriões excedentários.

Paulo Lôbo (2011, p. 221-223) diz que a inseminação artificial homóloga com manipulação de gametas, se trata de manipular os gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen), sendo que esta manipulação permite a fecundação, substituindo a forma de concepção natural. E, no caso da inseminação artificial homóloga com uso de embriões excedentários, estes são resultantes de

manipulação genética, porém não são colocados no ventre da mãe, permanecendo armazenados em instituição especializada.

De forma sucinta, denota-se, que a filiação biológica não necessariamente se dá com relação sexual, havendo outras formas, reconhecidas pelo Código Civil, previstas no artigo 1597.

Também, como visto, desde antigamente, se tem a premissa de que a maternidade é sempre certa e a paternidade se presume, tendo em vista a mulher, quando da geração da criança, sofre mudanças fisiológicas, sendo evidente a origem da filiação.

Portanto, no decorrer do tempo, até hoje, se emprega essas premissas para a atribuição da filiação, adotando/mantendo, o atual Código Civil, formas de presunções da paternidade, tendo por ideia, a filiação natural ou biológica, com exceção do inciso V do artigo 1597, que se verá depois.

Por outro lado, com a evolução no ramo da bioética em relação aos mecanismos de reprodução, a premissa da maternidade ser sempre certa, já não é absoluta (DINIZ, 2009, p. 457-462).

Segundo o artigo 1593 do Código Civil, dispõe que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Assim sendo, no que concerne a filiação biológica, estabeleceu que esta se constitui o parentesco natural, deixando no caso do parentesco civil a adoção.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 319):

No primeiro plano, coloca-se a consanguinidade, que se pode definir como “a relação que vincula uma às outras, pessoas que descendem de um mesmo tronco ancestral”. Esta predominância do parentesco consanguíneo – *coagnatio*, *cognação* -, no Direito Civil moderno, não corresponde ao que vigorava no Direito Romano, onde recebia destaque a *agnatio* – que significava parentesco exclusivamente na linha masculina, conjugado à apresentação do filho ante o altar doméstico, como continuador do culto dos deuses lares. Para o direito de nossos dias, o parentesco consanguíneo é o padrão[...]

Conforme citação supra, em Roma, em um primeiro momento, o parentesco se dava pelo culto, pela religião. E, nosso sistema jurídico, consagrou o

parentesco consanguíneo, diferente do daquele, dando preferência à filiação biológica.

Não obstante, com as evoluções decorrentes da ciência, bem como mudanças sociais e culturais, o Direito de Família veio sendo moldado e, atualmente, com a Constituição de 1988, independente do tipo de filiação estabelecido, todas terão tratamento paritário.

Neste contexto, ainda, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 325):

Equívocou-se o legislador de 2002, no que concerne à filiação, ao reportar-se sempre ao casamento, sem mencionar situações oriundas das relações de fato reconhecidas como União Estável, hoje entidade familiar protegida pelo Estado. Devem ser revistos, de imediato, os princípios que regem as presunções considerando também estas relações de fato geradoras de direitos e deveres.

Deste modo, a exemplo da citação supra, devem ser levados em conta os princípios constitucionais que norteiam as relações no âmbito familiar, tendo em vista o novo paradigma existente e, em caso de incoerência da lei, deve se estender algumas interpretações em conformidade com o conjunto de normas e princípios existentes.

Importante frisar que, com a criação do exame de DNA, se pôs fim a dúvida quanto à paternidade biológica e, deste modo, no tocante as presunções de paternidade, essas não têm mais tanta importância para o estabelecimento do vínculo paterno, que pode ser elidido por meio de referido exame.

Ainda, no que diz respeito ao exame de DNA, como prova para o reconhecimento de filiação, não é obrigatório ao suposto pai o fazê-lo, porém, caso o mesmo se recuse, será entendido com presunção relativa de que este suposto pai seja o verdadeiro genitor da criança.

Neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça se respaldou por intermédio do entendimento consubstanciado na súmula de número 301 que diz:

“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *júris tantum*¹¹ de paternidade”

Conforme dito, a recusa induz presunção *júris tantum*, ou seja, presunção relativa. Portanto, cabe prova em contrário.

De qualquer forma, em relação à filiação biológica, tem que se levar em conta o caráter socioafetivo, que deve estar presente em todas as relações paterno-filiais, não bastando por si só, o vínculo consanguíneo.

5.3.2 Não Biológica

A filiação sócioafetiva é aquela relação não-biológica, respaldada no afeto, amor e carinho entre seus membros.

A filiação não-biológica, ou sócioafetiva, diferente da biológica que cria o liame paterno-filial por meio do vínculo consanguíneo ou ao menos o presume, se da pela relação afetiva. Assim sendo, toda relação não-biológica, deverá ser sócioafetiva.

Há no Código Civil espécies de filiação com fulcro na afeição, sendo assim, esta subseção será dividida para melhor explanação.

¹¹ Presunção Relativa

5.3.2.1 Adoção

Por meio da adoção que se estabelece o parentesco civil, conforme simples análise do artigo 1593 do Código Civil. A adoção é uma das espécies de filiação não-biológica, portanto, afetiva, que se da por meio da lei.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 273):

A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção Contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

Concorde Silvo de Salvo Venosa, a adoção se trata de uma filiação exclusivamente jurídica e não-biológica, mas afetiva.

Para Maria Berenice Dias (2011, p.483), “a adoção consagra a paternidade sócioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico”.

Pode-se concluir que a adoção, sendo uma forma de filiação pautada no afeto, é um tipo de filiação sócioafetiva, reconhecida por lei.

Ainda, segundo a doutrina, a adoção também se pode falar que cria um vínculo fictício de paternidade, entre o adotante e o adotado.

Nas palavras de Ana Paula Corrêa Patiño (2006, p.116):

A adoção é uma das formas de colocar alguém em família substituta. O ato deve ser visto do ponto de vista do adotado, sendo, portanto, uma forma de criar vínculo fictício de paternidade. É um ato jurídico solene pelo qual se estabelece vínculo fictício de parentesco (civil) **entre pessoas até então estranhas.**(grifou-se)

Pela análise da citação acima, se pode dizer que por meio da adoção, se consubstanciará a instituição de um vínculo paterno-filial não biológico; civil.

Desta sorte, o que manterá este liame será a relação afetiva, sendo dever imposto aos pais pelo legislador.

Importante, ainda, dizer que a adoção, em um primeiro momento, pode não haver a socioafetividade, que se moldará ao longo da relação entre o adotante e o adotado. Diferente da filiação sócioafetiva reconhecida pela posse do estado de filho, que se verá *empós*.

No tocante aos modos, sucintamente, há a possibilidade de adoção de menores, bem como de maiores, nos moldes legais. Neste sentido, segue abaixo enunciados dos artigos 1618 e 1619 do Código Civil.

Artigo 1618 – A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela lei n.8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Artigo 1619 – A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, importante trazer à tona a possibilidade de adoção póstuma, ou adoção *póst mortem*, prevista no artigo 42, parágrafo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz:

Artigo 42 – Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

Parágrafo 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.

Vislumbra-se, por este parágrafo, que há a possibilidade da adoção póstuma quando o adotante já tiver instaurado o procedimento de adoção, que precede seu falecimento. Importante ressaltar que, a adoção póstuma trouxe entendimentos jurisprudências e doutrinários no sentido de que não precisaria desta manifestação por meio da instauração do procedimento, podendo ser suprida pela posse do estado de filho. Inclusive, este será um ponto importantíssimo para reforçar

a tese do presente trabalho. Portanto, por ora a questão fica delimitada no que foi dito.

5.3.2.2 Inseminação artificial heteróloga

A inseminação heteróloga, ou como outros autores dizem, - reprodução assistida heteróloga, adveio no ordenamento jurídico com a promulgação do novo Código Civil de 2002, por meio do artigo 1597, inciso V do *codex*.

A reprodução assistida heteróloga ocorre por meio da doação de sêmen de um homem do qual não seja marido, contando com sua concordância (do marido). Mister dizer que, o doador do material genético tem garantido o sigilo de sua identidade, bem como os receptores.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 224):

[...] se dá quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente dador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado à utilização de sêmen estranho ao seu [...].

Importante trazer o enunciado de nº 111 da Primeira Jornada de Direito Civil, do qual trata do Direito de Família e Sucessões, que dispõe:

Enunciado 111 – Art. 1.626: a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, **na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.**(GRIFOU-SE)

Contextualizando o que foi dito, observa-se que a reprodução heteróloga se trata de uma filiação exclusivamente sócioafetiva, por parte do

pai/marido, que consente, no sentido de sua esposa gerar um filho com material genético de outrem e, ainda, em relação ao doador, este não terá vínculo algum com a futura criança.

Segundo Ana Paula Corrêa Patiño (2006, p. 110):

A autorização marital demonstra que o marido tem ciência de que não haverá laços sanguíneos entre ele e seu filho, estando ambos ligados por parentesco civil, decorrente da paternidade sócioafetiva. Pode-se dizer que a inseminação heteróloga atribui a criança a condição de filho.

Portanto, a inseminação heteróloga trata-se de uma das espécies de filiação sócioafetiva, prevista no ordenamento jurídico.

Importante frisar que, ao passo que as presunções constantes do artigo 1597, inciso I a IV são presunções relativas, a inseminação heteróloga atribui a paternidade advinda dela, presunção absoluta. Inclusive o STJ se posicionou neste sentido por meio do enunciado aprovado da III Jornada de Direito Civil, de nº 258. Segue abaixo:

Enunciado 258 -Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Deste modo, o vínculo filiatório obtido mediante reprodução assistida heteróloga, se trata exclusivamente de paternidade (estrito senso) sócioafetiva, que analisando o ponto de vista histórico atual, denota-se a prioridade do legislador em valorizar as relações afetivas, levando em conta a dignidade da pessoa humana e o novo papel paterno-filial nas relações de filiação.

5.3.2.3 Sócioafetiva

No tocante a filiação sócioafetiva, se pode dizer que neste caso se trata da filiação exclusivamente sócioafetiva onde não houve adoção ou qualquer outro caso expresso em lei. Por conseguinte, a filiação sócioafetiva é prevista de forma implícita, tendo em vista o conjunto de normas trazidas pelo legislador, com o advento da Constituição de 1988, dando grande importância às relações afetivas no âmbito familiar.

Pode-se encontrar fundamento na filiação sócioafetiva, como exemplo, por meio dos artigos 227, parágrafo 6º da Constituição de 1988; artigos 1593, 1597, V e 1603; artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 372), no tocante a filiação sócioafetiva, diz:

A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de “outra origem”, isto é, de origem afetiva (CC. 1593). A filiação sócioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.

Analisando a citação acima, se vislumbra que a filiação sócioafetiva é constituída com base no afeto e, esta relação afetiva é demonstrada com a posse do estado de filho.

Ainda, corroborando com o dito alhures, por meio do enunciado de número 256 aprovado, da III Jornada de Direito Civil, diz o seguinte: “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade sócioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Assim sendo, conclui-se que a filiação sócioafetiva se consubstancia por meio da posse de estado filho, tratando-se de parentesco civil.

No tocante a posse do estado de filho, será posteriormente discorrida de forma pormenorizada quando for falado da investigação de paternidade sócioafetiva.

Pois bem, foi observado que a filiação sócioafetiva não esta expressamente no ordenamento jurídico; que esta modalidade de filiação é demonstrada pela posse do estado de filho e encontra respaldo de forma implícita por meio de várias normas do ordenamento jurídico vigente, como também visto quando foi falado do princípio jurídico da afetividade na subseção 4.4.

Agora será falado das espécies de filiação sócioafetiva existentes, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, são elas: “adoção à brasileira”, “filho de criação” e “reconhecimento judicial voluntário ou judicial”.

5.3.2.3.1 “Adoção à brasileira”

A adoção à brasileira, como denominado pela doutrina e jurisprudência, se perfaz nos casos em que o companheiro de uma mulher perfilha o filho dela, registrando como se filho biológico dele o fosse.

Segundo Paulo Lôbo(2011, p. 250) à adoção a brasileira:

Dá-se com declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, casada ou não, sem observância das exigências legais para adoção. O declarante ou os declarantes são movidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado.

Importante salientar que, tal pratica encontra tipificação no Código Penal brasileiro, no artigo 242 que diz:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

No entanto, no parágrafo único prevê uma espécie de perdão, que poderá o magistrado conceder no caso do crime for praticado por motivo de reconhecida nobreza.

Neste sentido:

Paragrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza.

Pena – Detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Tendo em vista que, na maioria dos casos que há adoção à brasileira, já se consagrou a posse do estado de filho, levando em conta, ainda, os princípios da convivência familiar e da igualdade entre as filiações, a jurisprudência vem considerando a irrevogabilidade do registro de nascimento sob o argumento de que se encontra caracterizada a paternidade sócioafetiva e a adoção é ato irrevogável. Também, nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 496), “ainda que este agir constitua crime contra o estado de filiação (CP 242), não tem havido condenações, pela motivação afetiva que envolve essa forma de agir”.

Por corolário, se traz a baila ementa da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. A adoção à brasileira, a exemplo da adoção legal, é irrevogável. É a regra. Ausente qualquer nulidade no ato e demonstrado nos autos a filiação sócioafetiva existente entre as partes, admitida pelo próprio demandado, não cabendo desconstituir o registro de nascimento válido. Improcedência da negatória de paternidade mantida. Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041393901, Sétima Câmara Cível(TJ-RS - AC: 70041393901 RS , Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data de Julgamento: 24/08/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/08/2011).

Mister elucidar que, só será permitida a nulidade do registro quando não houver uma relação de socioafetividade consolidada entre o pai (lato sensu) e o filho.

Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.088.157, que segue abaixo ementa:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto a quo teria contrariado lei federal, o que in casu não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo 535 do Código de processo Civil (Súmula n. 284/STF). 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adoptante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado. 3. Recurso especial improvido (STJ , Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 23/06/2009, T3 - TERCEIRA TURMA).

Concluindo, a adoção à brasileira é uma forma de filiação sócioafetiva que se perfaz por meio da posse do estado de filho e, embora não seja uma prática legal, vem sendo aceita pela doutrina (Paulo Lôbo, Caio Mário, Maria Helena Diniz, Belmiro Pedro Walter, dentre outros) e jurisprudência, levando em conta os princípios norteadores das relações familiares, dentre eles, o da convivência familiar, afetividade e do melhor interesse do menor.

5.3.2.3.2 Filho de criação

O filho de criação, como a doutrina classifica (Paulo Lôbo, Maria Berenice, Caio Mário, Maria Helena Diniz, Belmiro Pedro Walter, dentre outros), é uma espécie de filiação sócioafetiva onde não há vínculo biológico nem vínculo jurídico, se tratando de uma filiação pautada no amor, carinho, respeito etc.

Trata-se de uma adoção de fato, diferente da adoção à brasileira, do qual se falsifica o registro de nascimento. Aqui há uma relação puramente socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Segundo Maria Berenice Dias (2011, p.501):

A partir do momento em que passou a vigorar o princípio da proteção integral, a filiação não merece designações discriminatórias. A palavra filho não admite qualquer adjetivação. A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológica, registral e jurídica. Sustenta Belmiro Walter que quem foi chamado de “filho de criação”, ou seja, aquela criança – normalmente carente – que passa a conviver no seio de uma família, ainda que sabendo da inexistência de vínculo biológico, merece desfrutar de todos os direitos atinentes a filiação.

Como visto, filho de criação ocorre naquelas situações onde o pai ou mãe, grosso modo, pega a criança para criar, tratando-a como se realmente fosse seu filho, dispondo de amor, carinho, ternura, afeto; assim, consolida-se a filiação sócioafetiva, pela posse de estado de filho.

De grande importância frisar que, nesta espécie de filiação sócioafetiva não há um entendimento pacificado da jurisprudência, no que diz respeito aos direitos do filho, atinentes a filiação.

Neste sentido, Pedro Welter Belmiro (2003, p. 149) dispõe:

Mas com relação a essa filiação, não há convergência na doutrina e jurisprudência, o que haure de dois julgamentos do Tribunal de Justiça Sul-rio-grandense: a) “No sistema jurídico brasileiro não existe a adoção de fato, e o filho de criação não pode ser tido como adotado ou equiparado aos filhos biológicos para fins legais, tais como direito à herança”; b) “A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção, consagrada na lei 8.069/1990 (especialmente arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócioafetiva, relevada pela posse de estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação”.

Portanto, conforme explanado acima, no tocante ao filho de criação, há divergências doutrinárias quanto aos efeitos da filiação aplicadas em sua integralidade, a exemplo, efeitos sucessórios.

Mister ainda esclarecer que, o presente trabalho, que tem como escopo discorrer em relação ao reconhecimento de filiação sócioafetiva *póst mortem*, tem intrínseca relação com esta espécie de filiação, sendo por meio dela a justificação e defesa do trabalho.

Assim sendo, por ora, em relação ao filho de criação, se limitará ao quanto exposto acima, que posteriormente, quando for falado da investigação de paternidade sócioafetiva, se adentrará mais afundo na questão.

5.3.2.3.3 Reconhecimento judicial voluntário ou judicial

Neste caso, a filiação sócioafetiva se desenrola com o reconhecimento voluntário ou judicial, assim sendo, “Quem comparece no Cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea, solicitando o registro de alguém como seu filho, não necessita de qualquer comprovação genética (PEREIRA, 2004, p. 81)”.

É por meio da posse de estado de filho, que melhor será explanada depois, que se consubstancia a relação de filiação, independente da existência de vínculo biológico.

Assim sendo, com base em uma relação exclusivamente afetiva, pode haver o reconhecimento do filho em cartório, gerando todos os efeitos inerentes a filiação.

6 A PRESUNÇÃO *PATER IS EST*

Como dito algures, as presunções de paternidade/maternidade existem desde os povos antigos, sendo que consiste numa forma de estabelecimento da filiação por presunção, tendo em vista as dificuldades de saber quem realmente é o pai da criança.

Em relação à maternidade, esta sempre fora considerada certa, uma vez que a mulher apresentava mudanças fisiológicas quando de sua gravidez, restando incontroverso a origem de seu filho.

Por outro lado, a paternidade estrito senso, em um primeiro momento era incerta, pois, por exemplo, houve uma época que prevalecia o matrimônio por grupo e a infidelidade do homem, como visto nas subseções 2.2.2 e 2.2.3 deste trabalho.

Com o passar do tempo, com a evolução da família no sentido de estreitar as relações entre os casais, surge a família monogâmica, aquela formada por um homem e uma mulher, suscitando-se a presunção *Pater is est*. Não tão somente por conta da monogamia que surgira a presunção *Pater is est*, porém por consequência dela, levando em conta várias teorias.

Segundo Belmiro Pedro Walter (2003, p. 104-105):

Várias teorias fundamentam a presunção da paternidade a) da acessoriedade (em sendo o marido dono da esposa, o é também do filho, já que o acessório segue o principal); b) da presunção de fidelidade da esposa (presunção de inocência do delito de adultério da mulher); c) da coabitação exclusiva (a presunção da paternidade não repousa na presunção de fidelidade, mas, sim, na coabitação entre os cônjuges, presumindo-se as relações sexuais exclusivas); d) da vigilância do marido (o marido é obrigado à vigilância da esposa, pelo que o filho que ela der à luz deve ser-lhe atribuído); e) da admissão antecipada do filho pelo marido (o matrimônio presume aceitação prévia dos filhos); f) conceitualista ou formalista (a presunção da filiação é devido ao título de estado edificado pela ata de nascimento do filho).

Como visto, há diversas teorias que justificam a utilização das presunções para estabelecimento da filiação, e pode se observar que elas foram

formadas levando em conta os costumes, a exemplo, a teoria da coabitação exclusiva e a teoria da presunção de fidelidade da esposa, que trazia a ideia de que a mulher não traia o homem; e a família monogâmica, do qual há relação exclusiva do casal.

No ordenamento jurídico brasileiro se trouxe a presunção *pater is est* como forma de proteger a família matrimonial. Neste sentido, segundo Fábio Toledo Torresan (2011, p. 50-51):

Estabelecendo-se a monogamia, o ordenamento jurídico passou a formar as presunções que hoje são conhecidas para solucionar as diversas questões que surgem constantemente na sociedade [...] O pai de uma criança passa a ser considerado a pessoa com quem a mãe do pupilo é casada, originando a conhecida presunção *pater is iest quem nuptia demonstrant*¹². **A paternidade passa a ser estabelecida pelo casamento, o filho gerado por uma mulher casada tem como pai o marido desta.**(grifou-se)

Ainda, Belmiro Pedro Walter (2003, p. 102) diz:

O Código Civil de 1916, ao recepcionar a presunção de paternidade, não esteve comprometido com a verdade biológica ou sociológica da filiação, mas, sim, com dois objetivos sociais: o primeiro, de preservar a família formada pelo casamento; o segundo, assegurar o filho nascido na constância do casamento o estado de filho legítimo.

Neste contexto, a presunção *pater is est*, tinha previsão no Código Civil de 1916, por intermédio do artigo 338 que rezava:

Art. 338 – Presumem-se concebidos na constância do casamento:
I- os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II- os nascidos dentro nos 300(trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Com o advento do atual Código Civil de 2002, em seu artigo 1597 inciso I e II, veio estampado o antigo enunciado do artigo 338 do Código Civil de

¹² Pai é aquele que as núpcias demonstram.

1916, no entanto trouxe três inovações por meio dos incisos III, IV e V, como visto nas seções 5.3.1 e 5.3.2.2 deste trabalho.

Não obstante o Código Civil de 2002 trazer a presunção *pater is est* como forma de estabelecimento de vínculo filiatório, nas relações matrimoniais, atualmente, com as evoluções que ocorrem no ramo da bioética, deve se descartar a antiga premissa da presunção *pater is est*, moldando-a pela ótica da “nova família”.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 220):

A mudança do direito de família, da legitimidade para o plano da afetividade, redireciona a função tradicional da presunção *pater is est*. Destarte, sua função deixa de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independente de sua origem ou de sua concepção. A presunção da concepção relaciona-se ao nascimento, devendo este prevalecer.

Pois bem, a presunção *pater is est* ainda é prevista no ordenamento jurídico, porém encontra-se mitigada, uma vez que, por exemplo, com o exame de DNA, se pode afastar tal presunção e, tendo em vista a hegemonia da família sócioafetiva, deve-se buscar a presunção com base no afeto, amor e carinho, não pelo matrimônio.

Discorrido sobre a presunção *pater is est* de forma limitada no essencial, será falado agora da impugnação de referida presunção, levando-se em conta de que no que couber tais características, se aplicará a filiação socioafetiva, no que diz respeito ao modo de impugnar.

6.1 Impugnação

A legitimidade para contestar a paternidade *pater is est*, como regra, cabe ao marido, tratando-se de ação imprescritível.

Neste sentido, o artigo 1601 do Código Civil diz: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

No parágrafo único do artigo 1601 diz:

Artigo 1601, parágrafo **único** - Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”. Assim sendo, após contestada a ação, de forma excepcional, podem os herdeiros prosseguirem na ação.

Importante salientar que, no Código de 1916 não havia o caráter de imprescritibilidade da impugnação da paternidade *pater is est*. Nas palavras de Maria Helena Diniz (2009, p. 458):

Pelo regime anterior, esse direito de contestação de paternidade não era imprescritível, pois pelo Código Civil de 1916 (art.339), se o filho nascesse antes do prazo legal, o marido não poderia contestar a filiação se: a) antes de se casar, tinha ciência da gravidez da mulher, caso em que há presunção de que, implicitamente, admitia que o filho fosse seu ou que desejava assumir essa paternidade por altruísmo, mesmo que não fosse responsável por ela, para poupar sua consorte, salvando-lhe a honra. b) assistiu, pessoalmente, ou por procurador, à lavratura do termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade. De forma que se deixasse que o recém-nascido fosse levado a registro com indicação de seu nome, não poderia alegar, mais tarde, sua ilegitimidade[...].

Conforme visto, o marido é o legitimado para contestar a paternidade, assim sendo, tal presunção é relativa, cabendo prova em contrário.

Ademais, há a possibilidade do filho também contestar a paternidade, no que diz respeito a erro ou falsidade de registro (PATIÑO, 2006, p. 111), nos termos do artigo 1604 do Código Civil que diz: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

Em relação ao pai, para contestar a filiação, será por meio da ação de negatória de paternidade, nas palavras de Ana Paula Corrêa Patiño (2006, p. 111):

[...] Somente está legitimado a lutar contra tal presunção, propondo ação negatória de paternidade, o próprio marido atingido pela presunção, mas

seus herdeiros têm o direito de prosseguir na ação, se este falecer após a contestação.

Concluindo, a paternidade *pater is est* gera uma presunção relativa, cabendo prova em contrário, por meio da ação negatória de paternidade, de caráter imprescritível, sendo o marido legitimado para propô-la e, eventualmente seus herdeiros, nos moldes do artigo 1601 do Código Civil.

Pois bem, na próxima seção será falado do reconhecimento de filiação, que ao contrário dos filhos concebidos em uma relação matrimonial, que tem a presunção de paternidade a favor deles, os filhos advindos de uma relação extramatrimonial devem adentrar com o reconhecimento de filiação ou ter esse reconhecimento efetivado por parte dos pais, não preexistindo qualquer presunção de paternidade.

7 DO RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO

O reconhecimento de filiação pode se dar de duas maneiras, ou seja, de forma extrajudicial ou judicial; ele pode ser voluntário ou forçado. Neste contexto, será falado agora sobre os tipos de reconhecimentos e suas peculiaridades, para posteriormente adentrar no mérito do trabalho, qual seja o reconhecimento da paternidade sócioafetiva *póst mortem*.

7.1 Aspectos Gerais

Conforme observado na subseção 3.1 deste trabalho, antes da Constituição de 1988, os filhos tinham tratamentos diferenciados, sendo, inclusive, discriminados. Destarte, os filhos havidos dentro de uma relação matrimonial eram chamados de filhos legítimos e os havidos de uma relação extramatrimonial eram considerados filhos ilegítimos. Tanto é que, no caso dos filhos adulterinos e incestuosos, duas das modalidades de filhos ilegítimos, não lhe eram possível o reconhecimento de filiação a teor do artigo 358 do Código Civil de 1916, que dizia: “Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”.

Ademais, como delineado na seção 6, o legislador sempre deu preferência nas relações matrimoniais, inclusive, criou formas de presunções legais para estabelecimento da filiação. Por outro lado, os filhos havidos fora do casamento, para adquirir o vínculo filiatório era preciso haver o reconhecimento destes, com exceção dos filhos adulterinos e incestuosos, em um primeiro momento.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 349-350)

Uma distinção, no entanto, se estabelecia muito viva, entre a filiação “legítima” e a filiação “natural”. A primeira dava origem a uma relação jurídica que é correlata à situação de fato, instituindo-se o vínculo jurídico

que liga o filho ao pai e a mãe. Este vínculo defluía do casamento e só se destruía mediante uma atuação jurisdicional contrária. Na filiação extramatrimonial não ocorria a mesma coincidência entre o fato do nascimento e a relação jurídica. Especialmente no que concerne à paternidade, o Direito moderno, buscando subsídios no Direito Romano, sempre a presumiu com base no casamento: *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Mas, não dispondo a lei, como a ciência, de dado exato para identificar o gentior, contentava-se com uma fórmula um tanto cética: *pater semper incertus*. [...] mesmo hoje, com a prova do DNA identificando a verdade biológica, para que se estabeleça este liame entre o filho biológico e os seus autores, torna-se mister a interocorrência de outro fato, revelando ou declarando a paternidade ou a maternidade: o reconhecimento.

Neste diapasão, embora com o advento da Constituição de 1988, que trouxe em seu artigo 226 e parágrafos outras formas reconhecidas de entidades familiares e em seu artigo 227, parágrafo 6º a igualdade entre às filiações, o legislador optou por manter as presunções legais da filiação quanto às relações matrimoniais e a necessidade do reconhecimento da filiação para as relações extramatrimoniais.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 378):

A filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica. Em face da presunção *pater is est*, o pai sempre é o marido da mãe. Até os filhos fruto de inseminação artificial, por concepção heteróloga, gozam da condição de filho por mera deliberação legislativa. Já a paternidade do filho extramatrimonial se opera via reconhecimento voluntário ou por sentença judicial, prolatada na ação de investigação que afirma a paternidade biológica.

Como supracitado, observa-se que o reconhecimento de paternidade se opera nos casos em que não há vínculo matrimonial e, pode ser dado de forma voluntária ou de forma judicial por meio da investigação de paternidade.

Segundo definição de Maria Helena Diniz (2009, p. 479):

O reconhecimento vem a ser ato que declara a filiação havida fora do matrimônio, estabelecendo, juridicamente, o parentesco entre pai e mãe e seu filho. Não cria, portanto, a paternidade, pois apenas visa declarar um fato, do qual o direito tira consequências. É, por isso, declaratório e não constitutivo. Esse ato declaratório, ao estabelecer a relação de parentesco entre os progenitores e a prole, origina efeitos jurídicos. Desde o instante do reconhecimento válido, proclama-se a filiação, dela decorrendo consequências jurídicas, já que antes do reconhecimento, na órbita do direito, não há qualquer parentesco.

Importante ressaltar que, tanto contra o pai como contra a mãe se pode intentar a ação de investigação ou se operar o reconhecimento (PEREIRA, 2009, p. 350); e, como visto acima, o reconhecimento possui natureza declaratória, declarando uma relação existente no mundo dos fatos para que surtam efeitos no orbe jurídico.

Frisa-se também que, só é possível o reconhecimento quando este já não se operou perante aquele filho, salvo anulação do primeiro por erro ou falsidade. Há a impossibilidade jurídica de dualidade de filiações (DINIZ, 2009, p. 479).

Pois bem, com o advento da Constituição de 1988, que trouxe o princípio da igualdade das filiações, foram extirpadas do ordenamento jurídico quaisquer classificações discriminatórias em relação à filiação. Inclusive não há diferença alguma entre filhos biológicos e não biológicos, concebidos de relação matrimonial ou não, bem como não se fala mais em filho adulterinos ou incestuosos.

Segundo Silvo de Salvo Venosa (2010, p. 251):

[...] o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento ou ilegítimos, expressão de sentido lato e meramente didática que, como vimos, abrange os filhos naturais, adulterinos e incestuosos, não se podendo deixar de lado a filiação sócioafetiva.

No entanto, no tocante as presunções, o legislador as manteve expressamente nas relações matrimoniais; já para os filhos havidos fora do casamento, necessita do reconhecimento deles nos moldes da lei para que surtam efeitos jurídicos.

Mister ainda dizer que, segundo o Código Civil, no capítulo III, onde trata do reconhecimento dos filhos, o reconhecimento é um ato irrevogável, salvo erro ou falsidade. Neste sentido, o enunciado do artigo 1604 do Código Civil dispõe: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”; também, segundo o artigo 1610 do mesmo *codex* diz: “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito por testamento”.

No caso de erro ou falsidade, deve se levar em conta o quanto disposto na subseção 5.3.2.3.1 deste trabalho, que trata de uma exceção ao artigo 1604, não podendo se revogar a paternidade naquele caso de reconhecimento, uma vez que se consubstanciou a paternidade sócioafetiva.

Também, o reconhecimento pode-se dar tanto em relação a menores como maiores; porém no segundo caso é preciso o consentimento do suposto filho.

Segue enunciado do artigo 1614: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem a maioridade, ou a emancipação”.

Ao passo que a impugnação do reconhecimento tenha previsão de um prazo decadencial, como visto acima, no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a imprescritibilidade do reconhecimento do estado de filiação, atribuindo ainda como direito indisponível e personalíssimo do suposto filho.

Neste sentido:

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

Importante trazer o entendimento de Flávio Tartuce (2010, p. 353) em relação ao prazo decadencial do artigo 1614 acima citado, que diz:

Ainda em relação ao artigo 1614 do CC, particularmente quanto ao prazo para impugnar o reconhecimento pelo menor, que é decadencial de quatro anos a contar de sua maioridade, a previsão é criticável. Isso porque o direito de impugnar a paternidade não estaria sujeito a prazo decadencial, nem prescricional, por envolver questão referente ao estado de pessoas.

Nestes moldes, se pode dizer que o prazo do artigo 1614 do Código Civil não deve ser aplicado, uma vez que se trata de estado das pessoas, sendo direito personalíssimo e indisponível.

Corroborando com o dito acima, a jurisprudência já se manifestou neste sentido, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial, abaixo transcrita:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.203.874 - PB (2010/0133365-0) RELATOR : MINISTRO MASSAMI UYEDA RECORRENTE : R R C C E OUTROS ADVOGADO : RODRIGO TOSCANO DE BRITO E OUTRO (S) RECORRIDO : C O C ADVOGADO : MARTINHO CUNHA MELO FILHO E OUTRO (S) RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO - FILHO REGISTRADO POR QUEM NÃO É O VERDADEIRO PAI - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - IMPRESCRITIBILIDADE - DIREITO PERSONALÍSSIMO - PRECEDENTES - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO Cuida-se de recurso especial interposto por R R C C E OUTROS com fundamento no artigo 1055, III, a e c, da Constituição Federal em que se alega violação dos artigos 3622 do CC de 1916, 16144 do Código Civil de 2002 O aresto recorrido restou assim ementado: "CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. Apelação Cível e Agravo Retido. Ação de Anulação de Assento de Nascimento c/c pedido de investigação de paternidade. Alegação de decadência. Não configuração. Vínculo afetivo. Direito à identidade biológica que não pode ser mitigada pelo vínculo efetivo. Princípio constitucional do direito à dignidade humana. Exame de DNA. Realização. Comprovação do vínculo biológico. Procedência do pedido. Manutenção. Honorários advocatícios. Arbitramento excessivo. Redução. Provimento parcial do recurso de apelação para minorar a verba honorária sucumbencial. Fixação de acordo com o art. 20, parágrafo 4º, do CPC. Agravo retido desprovido. (...)" . Buscam os recorrentes a reforma do v. acórdão, argumentando, em síntese, que a autora, ora recorrida "nasceu, completou 21 anos e ocorreu o decurso do prazo decadencial para impugnar a filiação em relação aos seus pais registrais que foram seus pais de fato, reais, ou como se passou a chamar tecnicamente, pais socioafetivos". Pugna, de forma alternativa, pela redução dos honorários advocatícios. A Douta Procuradoria Geral da República se manifestou pelo desprovimento do recurso especial. É o relatório. A irresignação não merece prosperar. Com efeito. In casu, os limites desta análise centra-se em saber se o decurso de tempo tem ou não o condão de convalidar o registro civil dentro de um contexto em que, na origem, já restou caracterizada a falsidade da declaração de paternidade. De partida, deve-se observar que a adoção é um estado de ficção jurídica que tem o condão de gerar o parentesco civil e, portanto, vínculos de paternidade e filiação reciprocamente considerados. Não se desconhece, todavia, que o instituto da adoção repousa suas raízes em imperativos religiosos, isto porque, conforme Fustel de Coulanges, o homem não queria morrer sem, contudo, deixar filhos para, além de promover o enterro, perpetuar o culto da cerimônia fúnebre. A adoção, portanto, consistia em "zelar pela perpetuidade da religião doméstica, salvando o lar e a continuação das oferendas fúnebres, pelo repouso dos manes antepassados" (Coulanges, Fustel. A Cidade Antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53). No mesmo sentido, Arnoldo Wald leciona que: "Numa época em que a família era a unidade social, econômica, política e religiosa, constituindo um verdadeiro Estado dentro do Estado, com suas próprias autoridades dentro dos limites do lar ('domus'), a adoção permitiu a integração, na família, do estrangeiro que aderira à religião doméstica" (Wald. Arnoldo. O Novo Direito de Família. 15. ed. São

Paulo: Saraiva, 2004, p. 200). Veja-se, a propósito, que a concepção da adoção como sendo a atribuição da condição de filho ao adotado, de modo a desligá-lo de qualquer vínculo com os pais biológicos, salvo quanto aos impedimentos para o matrimônio - exegese dos artigos 1.632 do Código Civil e 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente - não é propriamente uma tendência moderna, porquanto o já mencionado Fustel de Coulanges já havia deixado assente que, quando se adotava um filho, era preciso introduzi-lo no culto da religião doméstica, o que implicava renúncia ao culto da família antiga (Coulanges, Fustel. ob. cit., p. 54). Hodiernamente, a adoção é, ao lado da guarda e da tutela, a modalidade mais completa de colocação em família substituta, porquanto, de fato, insere o adotado em um novo núcleo familiar, ao passo que a guarda e a tutela apenas transferem ao responsável uma parcela do poder familiar. Pois bem, traçadas estas linhas iniciais, veja-se que, não obstante este Superior Tribunal de Justiça tenha se manifestado no sentido de que "em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado" (REsp 1088157/PB, desta Relatoria, DJe 04/08/2009), tal entendimento não se aplica, pois, ao filho-adotado, a que, segundo entendimento desta Corte, assiste o direito de, a qualquer tempo, vindicar judicialmente a nulidade do registro em vista à obtenção do estabelecimento da verdade real, ou seja, da paternidade biológica. A propósito, confira-se: "DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES. - A 'adoção à brasileira', inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrares, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar 'adotivo' e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido" (REsp 833712/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 04/06/2007). Anote-se, outrossim, que o cancelamento do registro de paternidade é mera consequência lógica do pedido relativo à declaração da paternidade

biológica, razão pela qual torna-se inviável submeter, como pretendem os recorrentes, a pretensão ao prazo previsto no artigo 1614 do CC de 2002, antigo 362 do CC de 1916. Nesse sentido, assim já se decidiu: "AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILHO REGISTRADO POR QUEM NÃO É O VERDADEIRO PAI. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. IMPRESCRITIBILIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. É assente nesta Corte que a ação de investigação de paternidade é imprescritível, estando subsumido no pedido principal o cancelamento do registro relativo a paternidade anterior, por isso que não há como se aplicar o prazo quadrienal previsto no artigo 1.614 do Código Civil vigente. 2. Recurso especial provido para afastar a decadência e determinar o prosseguimento da ação de investigação de paternidade" (REsp 939818/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 25/10/2010). "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NEGATÓRIA DE FILIAÇÃO. PETIÇÃO DE HERANÇA. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. ART. 178, parágrafo 9º, VI, DO CC/1916. 1. A jurisprudência de ambas as turmas de Direito Privado desta Corte Superior é na vertente de que "a regra que impõe o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento da paternidade constante do registro civil só é aplicável ao filho natural que pretende afastar a paternidade por mero ato de vontade, com o objetivo único de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem contudo buscar constituir nova relação. A decadência, portanto, não atinge o direito do filho que busca o reconhecimento da verdade biológica em investigação de paternidade e a conseqüente anulação do registro com base na falsidade deste" (REsp 987.987/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 05.09.2008). 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no Ag 853665/GO, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Desembargador Convocado do TJ/RS, DJe 29/06/2010); "AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - ARTIGO 1.614 DO CÓDIGO CIVIL - INAPLICABILIDADE - PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA EM OPOSIÇÃO À PATERNIDADE BIOLÓGICA - TEMA NÃO TRATADO NA DECISÃO AGRAVADA - INADEQUAÇÃO, À HIPÓTESE, DOS JULGADOS INDICADOS - ALEGAÇÃO COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - APLICAÇÃO DA SÚMULA 284 DO STF - RECURSO IMPROVIDO. I. Pretende a agravada o reconhecimento de paternidade biológica, por isso não é caso de aplicação do conteúdo normativo do artigo 1.614 do Código Civil. II. Matéria não tratada na decisão ora impugnada não pode ser razão de interposição de agravo regimental. III. Deficiência na fundamentação do recurso impede a perfeita compreensão da controvérsia, atraindo o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. IV. O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos. V. Agravo Regimental improvido" (AgRg no REsp 1118942/AP, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 11/02/2010). "FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NEGATÓRIA DE FILIAÇÃO. PETIÇÃO DE HERANÇA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. ECA. - O filho nascido na constância do casamento, tem legitimidade para propor ação para identificar seu verdadeiro ancestral. A restrição contida no Art. 340 do Código Beviláqua foi mitigada pelo advento dos modernos exames de D.N.A. - A ação negatória de paternidade atribuída privativamente ao marido, não exclui a ação de investigação de paternidade proposta pelo filho contra o suposto pai ou seus sucessores. - A ação de investigação de paternidade independe do prévio ajuizamento da ação anulatória de filiação, cujo pedido é apenas conseqüência lógica da procedência da demanda investigatória. - A regra que impõe ao perfilhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento, só é aplicável ao filho natural que visa afastar a paternidade por mero ato de vontade, a fim de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem buscar constituir nova relação. - É

imprescritível a ação de filho, mesmo maior, ajuizar negatória de paternidade. Não se aplica o prazo do Art. 178, parágrafo 9º, VI, do Código Beviláqua"(REsp 765479/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 24/04/2006). Na espécie, o entendimento adotado pelo Eg. Tribunal local não se contrapõe à diretriz jurisprudencial predominante nesta Corte Superior de Justiça e, portanto, não merece ser reformado[...] (STJ - REsp: 1203874 , Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Publicação: DJ 08/04/2011).

Como se vislumbra, portanto, de referido acórdão, o prazo previsto no artigo 1614 não deve ser aplicado, uma vez que estaria ofendendo o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que obstaría o perfilhado de buscar o reconhecimento de sua origem genética para fins de filiação. Ademais, tendo em vista tratar-se referida pretensão de ação de estado, tem o caráter de direito indisponível e imprescritível. Por outro lado, a jurisprudência vem aceitando o quanto disposto no artigo 1614, nas situações em que o perfilhado busca tão somente o desfazimento do vínculo, sem interesse em reconhecer o vínculo biológico.

Ainda de grande importância trazer à baila o quanto disposto no artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz:

Artigo 26 – Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, **qualquer que seja a origem da filiação.** (grifou-se)

O artigo 26 trata dos casos de reconhecimento voluntário (que será visto adiante), sendo que seu enunciado é semelhante ao do artigo 1607 do Código Civil, que trata do reconhecimento dos filhos, com adição das modalidades de reconhecimento no mesmo enunciado, ao contrário do Código Civil que são previstas no artigo 1609 daquele; também, quanto à parte final: “qualquer que seja a origem da filiação”. Observa-se nesta parte final a possibilidade do reconhecimento socioafetivo, conforme artigo 1593 do Código Civil já elucidado. Assim sendo, de grande importância o artigo 26 que deve se estender ao qualquer espécie de reconhecimento, ou seja, também o reconhecimento de maiores o cabimento da perfilhação sócioafetiva.

O artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente é uma das várias normas que demonstram o plano da afetividade nas relações de filiação e sua possibilidade, mesmo que de forma implícita.

Como demonstrado, o reconhecimento de filiação pode desdobrar-se de duas maneiras, ou seja, de forma voluntária ou judicial, tratando-se de ato irrevogável, além de ser uma ação personalíssima de caráter imprescritível e indisponível.

Será falado agora das duas modalidades de reconhecimentos, quais são o reconhecimento voluntário e o reconhecimento judicial, bem como suas características.

7.2 Reconhecimento Voluntário

O reconhecimento voluntário da filiação pode ser realizado tanto pelo pai, como pela mãe, ou por ambos conjuntamente. Assim dispõe o artigo 1.607 do Código Civil, previsto no capítulo III, que trata do reconhecimento dos filhos.

Segue enunciado do artigo que diz: “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.

Segundo Maria Helena Diniz (2009, p. 480), no que diz respeito ao reconhecimento:

Esse ato declaratório de reconhecimento pode promanar da livre manifestação de vontade dos pais ou de um deles, afirmando, conforme a lei, que certa pessoa é seu filho, hipótese em que é declaratório, ou de sentença prolatada em ação de investigação de paternidade ou de maternidade, demandada pelo filho, que declara que o autor é filho do investigado, caso que é forçado ou judicial. Voluntário ou judicial, o reconhecimento produz efeitos jurídicos idênticos.

Pode-se observar, portanto, que quando for o caso do reconhecimento voluntário (artigo 1607 do Código Civil e 26 do Estatuto da Criança e do

Adolescente) este partirá da iniciativa dos pais; já no caso do reconhecimento judicial será o filho quem demandará a ação para ter declarado seu estado de filiação.

O Código Civil traz em seu artigo 1609 às hipóteses de reconhecimento voluntário, tratando-se de quatro possibilidades. Segue abaixo:

Artigo 1609 – O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro do nascimento;

II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém.

Imprescindível elucidar que, o reconhecimento pode ser dado antes do nascimento do filho ou após seu falecimento, nos termos do parágrafo único do artigo 1609 do Código Civil.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2010, p. 353):

O reconhecimento pode preceder ao nascimento (reconhecimento de nascituro) ou ser posterior ao falecimento (reconhecimento *póst mortem*), se o filho a ser reconhecido deixar descendentes (art. 1609, parágrafo único, do CC). Esse dispositivo, ao prever a possibilidade de reconhecimento do filho não gerado, consagra direitos ao nascituro, que para os concepcionistas deve ser considerado pessoa, pois o nascituro tem direitos da personalidade (personalidade jurídica formal).

Por fim, quando do reconhecimento, o Código Civil por meio do artigo 1611 dispõe do seguinte modo: “O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”.

Vislumbra-se nessa hipótese que o reconhecimento se deu por um dos pais, sendo que este era casado com outro cônjuge e, também, segundo o artigo supracitado, o filho não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Não obstante o enunciado do artigo 1611, tendo em vista que a Constituição de 1988 trouxe em seu artigo 227 o princípio do melhor interesse da Criança e do Adolescente, como visto na subseção 4.9, dentre esses interesses há assegurado o direito à convivência familiar. Destarte, suponha-se hipoteticamente

que o menor reconhecido não tivesse lar para morar, exceto o lar do pai que o reconheceu. Neste caso, independeria do consentimento do cônjuge, levando em conta o princípio do menor interesse da criança e do adolescente, o filho iria ficar com o pai mesmo sem a concordância de seu cônjuge (LOBO, 2011, p. 263).

Ainda, no tocante a guarda, o artigo 1612 dispõe o seguinte: “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”.

Analisando enunciado do artigo 1613, observa-se novamente o princípio do melhor interesse do menor como forma de solução de eventual discordância em relação à guarda. Também, segundo o artigo 1613 se denota que a guarda pertencerá ao genitor que reconheceu o menor.

Entretanto, mister trazer o entendimento de Paulo Lôbo (2011, p. 263) que diz que pode haver precedente ao reconhecimento, declaração da mãe que fizera quando do registro de nascimento, sendo neste caso a guarda atribuída a ela de forma natural. Daí, o pai posteriormente mesmo reconhecendo o filho não terá sua guarda, salvo se houver concordância ou o juiz assim decidir. De qualquer modo, se levará sempre em conta o melhor interesse do menor.

Concluindo, o reconhecimento voluntário pode se dar por ambos os pais ou apenas um deles, nas relações extramatrimoniais; podendo ainda anteceder o nascimento ou ser intentado após o falecimento do filho nos termos do artigo 1609 do Código Civil. Trata-se de um ato irrevogável, exceto se houver erro ou falsidade e não se tratar de paternidade sócioafetiva pré-existente; pode recair sobre filho menor ou maior. No caso de filho maior, precisa de seu consentimento; no caso do menor deve levar em conta o melhor interesse dele.

7.3 Reconhecimento Judicial

Ao contrário do reconhecimento voluntário, que é uma forma de perfilhação, onde os pais ou apenas um deles reconhece o estado de filiação entre eles e o filho nos termos do artigo 1609 do Código Civil, no reconhecimento judicial o filho quem buscará demonstrar sua relação de filiação perante os supostos pais.

O reconhecimento judicial ocorre naquelas hipóteses onde não houve o reconhecimento voluntário, sendo que os supostos pais não resignam a paternidade. Destarte, é preciso ao suposto filho adentrar com a ação de investigação de paternidade para que seja demonstrado e reconhecido seu estado de filho (seja por meio do DNA ou pela posse de estado de filho; relação biológica ou sócioafetiva) para com os supostos pais (isto nas relações extramatrimoniais).

Pelo artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como visto anteriormente na subseção 7.1, denota-se que a ação de investigação de paternidade para se obter o reconhecimento judicial do estado de filho é de natureza personalíssima cabendo ao filho propô-la. Também, como se trata de estado de pessoas é um direito indisponível e imprescritível. Ainda, segundo o mesmo artigo, a ação pode ser ajuizada contra os pais ou os herdeiros.

Mister frisar que, no caso de inexistência de herdeiros, a ação será proposta contra o Estado (Município ou União), não se cogitando em legitimidade passiva do espólio, tratando-se, neste caso, de impossibilidade jurídica, uma vez que o espólio não tem personalidade jurídica. Nas palavras de Flávio Tartuce (2010, p. 360), “Não havendo herdeiros e falecendo o suposto pai ou mãe, a ação será proposta contra o Estado (Município ou União), que receberá os bens vagos”.

Ao passo que a ação pode ser intentada contra os pais ou herdeiros e excepcionalmente contra o Estado, em relação à legitimidade ativa para contestar, por intermédio do artigo 1615 do Código Civil, esta pode ser contestada tanto pelos pais, como por qualquer outra pessoa que tenha justo interesse na ação.

Segue artigo 1615 transcrito: “Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade”.

Importante trazer à baila entendimento da Maria Helena Diniz (2009, p. 491) quanto à legitimidade passiva, que diz:

[...] Pode ser contestada por qualquer pessoa que tenha justo interesse econômico ou moral (CC, art. 1615), como, p.ex., o cônjuge do réu (RF, 161:193), seus filhos matrimoniais ou os reconhecidos anteriormente, os parentes sucessíveis ou qualquer entidade obrigada pelo pagamento de pensão aos herdeiros do suposto pai.

Desta sorte, em relação ao polo passivo, qualquer um que demonstre justo interesse na demanda poderá contesta-la, diferente do polo ativo que, via de regra, é exclusivo do suposto filho.

Quando da procedência da ação reconhecendo a paternidade, a sentença que assim decidiu será averbada no registro de nascimento do filho.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 266-267):

A sentença judicial supre a falta do reconhecimento voluntário e será averbada no registro de nascimento do filho, do mesmo modo que o ato de reconhecimento voluntário. A averbação gera a presunção da paternidade (ou da maternidade), com todo o complexo de direitos e deveres atribuídos à relação entre pai ou mãe e filho.

Nesta esteira, quando se der o reconhecimento, por sentença procedente, transitada em julgado, serão produzidos os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário; porém, o filho perfilhado poderá não residir com aquele que contestou, ou seja, o pai.

Neste sentido o artigo 1616 do Código Civil dispõe:

Artigo 1616 – A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Por derradeiro, no tocante a legitimidade para propor ação de investigação de paternidade, como fora visto por meio do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é do filho que almeja demonstrar a relação de filiação.

Todavia, há, também, uma espécie de legitimidade extraordinária, sendo possível o Ministério Público adentrar com a ação de investigação de paternidade.

Neste sentido, segue abaixo enunciado do artigo 2º e parágrafo 4º da lei 8.560/92 que trata da investigação de paternidade:

Artigo 2 – Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz a certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.
parágrafo 4 – Se o suposto pai não atender no prazo de 30 (trinta) dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Deste modo, observa-se que o Ministério Público também é legitimado extraordinariamente para propor a demanda de investigação de paternidade, naqueles casos em que há o reconhecimento materno e busca-se saber quem é o pai. A doutrina chama este procedimento de oficioso.

Importante salientar que, há a legitimidade concorrente neste caso, entre o Ministério Público e o suposto filho, assim sendo, ambos pode propor a ação. Se houver sido proposta ação de investigação pelos dois legitimados, prevalecerá aquela que foi proposta primeira. Ainda, tratando-se de legitimidade concorrente, caso o Ministério Público proponha e depois, eventualmente, por falta de provas, archive-a, o procedimento poderá ser reaberto depois, bem como a propositura da ação pelo filho. Não faz coisa julgada (PEREIRA, 2009, p. 379).

Pois bem, foi falado no tocante ao reconhecimento judicial e suas principais características. Agora será falado da investigação de paternidade sócioafetiva, que aliás, trata-se de reconhecimento judicial de filiação. Portanto, será tratado de forma minuciosa o assunto cerne do trabalho para eventual conclusão.

8 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA

Após abordar inúmeras questões da família e do Direito de Família, desde aspectos históricos e atuais, trazendo à tona princípios, normas e outras importantes noções, neste tópico, se adentrará no mérito do trabalho, qual seja a possibilidade do reconhecimento socioafetivo *póst mortem*. Para tanto, será falado primeiramente da investigação sócioafetiva e seu cabimento, para posteriormente se chegar ao reconhecimento socioafetivo póstumo.

Como visto de forma bem sucinta, nas subseções 4.4 e 5.3.2.3, a filiação sócioafetiva tem como fundamento a Posse do Estado de Filho, elemento que a caracteriza. Por esta razão, se falará da posse do estado de filho, para depois se discorrer dos respectivos consectários da filiação sócioafetiva.

8.1 Posse Do Estado de Filho

A posse do estado de filho é o instrumento pelo qual se consubstancia a família sócioafetiva; é mediante a posse do estado de filho que será demonstrada a relação sócioafetiva entre pai e filho. Além disso, a posse de estado é o meio pelo qual se atribui um estado a algo, neste caso, o estado de filho. Trata-se de uma Ação de Estado, desta forma será falado de algumas características deste tipo de ação; também, segundo a doutrina, a posse de estado de filho tem grande relação com a teoria da aparência, podendo ser explicada por meio dela.

Para existência da posse de estado de filho e conseqüentemente a configuração da relação sócioafetiva, nos moldes do artigo 1593 do Código Civil, é necessário preenchimento de três importantes requisitos, em regra, quais sejam: nome, trato e a fama.

Neste contexto, será falado destas questões a seguir, para compreensão deste fenômeno, considerado parentesco civil de filiação por outra origem, como bem explanado na subseção 5.3.2.3.

8.1.1 Ações de estado

As ações de estado dizem respeito ao estado das pessoas no âmbito familiar; ou seja, tendo em vista as normas civis que tratam das situações entre pai, filho, cônjuge, e outros parentescos, há nessas relações um estado de família (como visto na seção 3.4) da pessoa: pai e filho, por exemplo.

Segundo Silvo de Salvo Venosa (2011, p. 19):

As denominações ações de Estado são aquelas nas quais a pretensão é de obtenção de um pronunciamento judicial sobre o estado de família de uma pessoa. Podem ser positivas, para se obter um estado de família diverso do atual, ou negativas, para excluir determinado estado.

Conforme seção 3.4, em relação ao estado de família, do mesmo modo nas ações de estado, têm a característica de imprescritibilidade, irrenunciabilidade e intransmissibilidade, sendo, também, ações personalíssimas. Como exemplo, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata do direito do filho de ter reconhecida a sua filiação, sendo direito exclusivo dele obter este estado de filiação, que será demonstrado por meio da posse do estado de filho.

Concluindo, as ações de estado são o meio pelo qual se terá juridicamente declarado aquele estado, ou, negado; e a posse do estado é o instrumento probatório que demonstrará aquela relação. No caso da posse do estado de filho: se demonstrará a relação de filho e conseqüentemente a relação de pai.

8.1.2 Teoria da aparência

A teoria da aparência é um princípio, por vezes, usado no ordenamento jurídico para proteger o terceiro de boa-fé que, por conta da aparência de determinada situação (negócio jurídico), por exemplo, pratica algum ato que não seria válido, porém, pela aparência de ser um ato legítimo, produz efeitos para este terceiro de boa fé.

A teoria da aparência é aplicada em diversas situações no direito, a exemplo, nas explicações de Luiz Edson Fachin (1996, p. 62), diz: “a aparência, ao adquirir relevância jurídica, espelha uma verdade exterior: o credor putativo se apresenta como tal ao devedor (é o pagamento feito de boa-fé); o herdeiro aparente aliena onerosamente bem imóvel do acervo (e a alienação é considerada regra válida)”.

Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 371):

A aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. Assim, a tutela da aparência acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe.

Pois bem, relacionando a teoria da aparência nas relações paterno-filiais, quando há a posse de estado de filho, sendo aparente perante toda a sociedade que aquela criança é o filho, por assim ser tratada, denota-se a verdade exterior. No entanto, a teoria da aparência também tem o aspecto interior, assim sendo, nos exemplos citados acima, o credor putativo poderia estar de má-fé, ou não.

Na posse do estado de filho, também se expressa uma verdade exterior, ou seja, a criança ser tratada como se filho fosse perante a sociedade; do mesmo modo, há uma verdade interior, - a vontade da criança de ser realmente o filho.

Neste diapasão, não obstante a semelhança da aparência com a posse de estado (de filho), ambas se distinguem: “na aparência, o que se nota é a falta de

qualidade de verdade: parece, mas não é. Na posse de estado, o que se sobressai é a presença de uma relação paterno-filial: o que parece é (FACHIN, 1996, p. 63)”.

Desta sorte, a teoria da aparência é uma das formas de explicar a posse do estado de filho, em um aspecto exterior, porém, não se confundem. Nas relações paterno-filiais, onde se envolva o afeto e caracterizada a posse de estado de filho, tendo em vista a Constituição Federal de 1988 e o novo paradigma familiar, trata-se de família sócioafetiva, devendo surtir todos os efeitos inerentes à filiação conforme artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal.

8.1.3 Noções gerais

A posse de estado de filho como explanado, é o meio pelo qual se demonstrará a relação paterno-filial existente, com alicerce na socioafetividade. A posse de estado de filho é a situação fática existente que comprovada, produzirá efeitos jurídicos relevantes no que diz respeito à filiação.

Segundo Jacqueline Figueiras Nogueira apud John Gilissen (2001, p. 111):

A posse de estado surgiu no Direito Português das Ordenações, a qual distinguia filhos legítimos e ilegítimos e em que: o pai podia, ainda reconhecer a qualidade de filho a alguém que naturalmente o fosse (perfilhação) podendo até ser forçado a isso, mediante ação posta pelo filho baseada em posse de estado ou em quaisquer outras conjecturas [...] Em todo o caso, não pondo para sua instauração quaisquer requisitos prévios, como virá a acontecer no Código Civil, o direito Antigo Regime era, ainda aqui, bastante liberal em relação à filiação extramatrimonial.

Observa-se, portanto, que a posse de estado de filho já existia no Direito Português e era usada para o reconhecimento dos filhos, porém não da mesma forma que atualmente, que devem ser observados requisitos essenciais para a sua caracterização, além de que não há mais discriminações quanto à filiação.

No Código Civil de 1916 previa a posse de estado no artigo 349, todavia não era aceita para fins de reconhecimento compulsório. Ou seja, a posse de estado era usada apenas como meio de prova testemunhal, no caso de reconhecimento voluntário.

Neste sentido, elucida Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 374):

O Código de 1916 não inscreveu a posse de estado de filho como autorizativo do reconhecimento compulsório. Não o fez porque sua apuração é efetuada por via de prova testemunhal. Hoje, no entanto, é um caso admitido pela Doutrina e pelo Direito Comparado, e que tem os mais elevados préstimos quando criteriosamente apreciado.

Destarte, com o Código Civil de 2002, em seu artigo 1605, trouxe a previsão da posse de estado de filho, mesmo que não expressamente, majoritariamente defendido pela doutrina, a exemplo, Caio Mario da Silva Pereira, Paulo Lôbo, Flavio Tartuce, Belmiro Pedro Welter, dentre outros.

Neste sentido, segue enunciado do referido artigo:

Artigo 1605 – 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.

Não obstante o artigo 1605 do Código Civil, importante salientar que a posse do estado de filho é uma criação doutrinaria, amparado também pelo Direito Comparado, como dito anteriormente.

Ainda, em relação à posse de estado, importante esclarecer que, assim como na filiação biológica, o conjunto probatório deve ser minuciosamente estudado para eventual estabelecimento de filiação; ou seja, as provas devem ser robustas de modo a não deixarem dúvidas quanto à existência fática daquele estado de filho afetivo.

Neste contexto, elucida Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 375):

É preciso, todavia, cuidar o julgador de aferir efetivamente se se trata de autêntica posse de estado, ou se a conduta do investigado para com o investigante permaneceu em nível de solidariedade humana, piedade cristã ou sentimento de amizade, que inspiraram dispensar ao investigante, carinhos, cuidados e proteção por motivos outros, que não a paternidade.

Por derradeiro, deve se atentar pelo fato de que a Constituição Federal de 1988 não reconheceu o estado de filho afetivo expressamente. Deste modo, extrai-se o estado de filho de forma implícita, consoante entendimento consolidado pela jurisprudência e doutrina, qual seja pela posse de estado de filho.

O entendimento implícito da existência da filiação sócioafetiva e sua importância no direito atual, como delineado nas subseções 3.1.1 e 4.4, podem ser alcançados por meio dos artigos 227, parágrafo 6º da Constituição Federal; artigos 1593, 1596, 1597, V, 1604 e 1605, II do Código Civil; artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros.

8.1.4 Requisitos caracterizadores da posse de estado de filho

Após discorrer sobre alguns aspectos gerais da posse de estado, será falado agora dos requisitos propriamente dito, que caracterizam a posse de estado e devem ser preenchidos, como regra, para que seja demonstrada a relação de socioafetividade capaz de estabelecer a filiação sócioafetiva nas relações paterno-filiais.

Segundo Orlando Gomes (1994, p. 311), a posse de estado de filho se caracteriza e exterioriza-se nas seguintes situações: a) quando o filho sempre tiver levado o nome dos presumidos genitores; b) ter recebido sempre o tratamento de filho; c) ter sido constantemente assim reconhecido pelos supostos pais e pela sociedade.

Ou seja, os requisitos que caracterizam a posse de estado de filho são: nome, trato e a fama, que serão vistos a seguir.

8.1.4.1 Nome

Este requisito diz respeito à forma como o filho se apresenta, usando o nome da suposta família. Para Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 374): “se o investigante traz e usa o nome do investigado; dele recebe tratamento como filho, no meio doméstico e familiar; e se goza no meio social do conceito de filho seu, é tudo indicio muito forte da existência da relação biológica da paternidade”.

Ainda deve-se atentar que quanto a este requisito, não é decisivo para que demonstre a filiação sócioafetiva, neste sentido segue abaixo trecho do julgado do Tribunal de Santa Catarina em sede de Recurso de Apelação:

[...]

“Para a sua caracterização, a doutrina exige a concomitante presença de três elementos: utilização do nome de família, tratamento de filho e fama (reputação). A exigência de que se prove que o pai emprestava tratamento de filho e que este tratamento era notório (reputação social) se apresenta envolta de toda lógica. **Todavia, não se pode exigir que a posse do estado de filho demonstre a efetiva utilização do nome de família, como fator necessário para o acolhimento da teoria do caso concreto. É que o elemento nome não é decisivo, possuindo menor ou nenhuma importância para a determinação da posse do estado de filho, uma vez que as pessoas, de regra, são conhecidas pelo prenome e, na hipótese, não dispõem de condições de ostentar o sobrenome de seu pai afetivo. Assim, a não comprovação do uso do patronímico não compromete o acatamento da posse do estado de filho** (TJ-SC - AC: 20120588721 SC 2012.058872-1 (Acórdão), Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 10/09/2012, Terceira Câmara de Direito Civil Julgado)”. (grifou-se)

Concluindo, o nome é um dos requisitos que a doutrina considera para a caracterização da posse de estado de filho, no entanto pode prescindir para a prova da filiação com fulcro na posse de estado de filho.

8.1.4.2 Trato

O trato, diz respeito à forma como o filho é tratado no ambiente familiar; se o filho é tratado com amor, carinho, respeito, em consonância com o que dispõe o artigo 227 da Constituição Federal, bem como o princípio da afetividade visto no item 4.4; também, tendo o lar sido disponibilizado pelos supostos pais, efetivando o princípio da convivência familiar, além dos supostos pais assumirem todos os tipos de responsabilidades, arcando com despesas para o sustento do filho, dentre outros desejos, - há que se falar na existência do requisito trato, demonstrando que a criança ou indivíduo foi sempre tratado como se filho fosse pelos supostos pais afetivo.

8.1.4.3 Fama

Já no caso do requisito fama, ele é demonstrado pela repercussão social perante a sociedade da situação fática de filho, entre a criança e os supostos pais. Destarte, a sociedade, o meio em que o filho vive, todos têm conhecimento e acreditam ser ele realmente o filho daquela família.

Pode-se dizer, aqui, que muito se assemelha com a teoria da aparência, sendo aparente e notório o status de filho desta criança perante a opinião pública do meio em que ele vive.

Concluindo, para a caracterização da posse de estado de filho, é de suma importância o preenchimento destes requisitos, não obstante, não quer dizer que se não houver um deles não será reconhecida a filiação.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 237) no que diz respeito aos requisitos da posse de estado de filho, “essas características não necessitam estar presentes,

conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido, em caso de dúvida”.

Assim sendo, deverá o magistrado quando do conjunto probatório dos autos, analisar, diante seu livre convencimento motivado, se se trata de uma relação de filiação, ou não.

Ademais, conforme o artigo 1605, acima já delineado, pode ser usado como prova qualquer meio admissível no direito, tais como depoimentos, documentos e perícia.

8.2 Reconhecimento de Filiação Sócioafetiva: fundamentos legais

O paradigma atual da família esta voltado para relações com base no afeto, como elucidado nas subseções 3.1.1, 4.4, 5.2, assim sendo, atualmente não há que se falar em supremacia da filiação biológica, devendo ser tratada de forma paritária as filiações existentes, biológica ou exclusivamente sócioafetiva.

Este entendimento se consolidou quando do advento da Constituição de 1988, que trouxe postulados e normas protecionistas, voltadas para a pessoa. Ou seja, o direito deixou de se preocupar eminentemente com as relações de cunho patrimonial, colocando a dignidade da pessoa humana acima de tudo.

No aspecto familiar, portanto, a Constituição reconheceu outras espécies de entidades familiares, que não só o matrimônio, possibilitando ainda formas implícitas; trouxe a igualdade das filiações e a proteção integral da criança e do adolescente, regulada então pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como bem parafraseia Paulo Lôbo (2008, p. 239):

O estado de filiação supõe a convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança pelo artigo 227 da Constituição Federal. É portanto, situação que se comprova com a estabilidade das relações afetivas entre pais e filhos. O direito ao reconhecimento da origem genética integra o

direito da personalidade de qualquer individuo, que não se confunde com o direito de família.

Dito isto, vislumbra-se que família não é aquela criada por laços consanguíneos apenas, família é aquela cuja base seja o afeto e o amor entre seus membros, é muito mais que a origem genética.

Neste contexto, com ponto de partida na Constituição de 1998, a filiação preponderantemente não se perfaz apenas nas relações com laços sanguíneos, devendo haver acima de tudo, a relação sócioafetiva qualquer que seja a origem da filiação.

Os fundamentos para tanto, podem ser encontrados em diversas normas, tanto na Constituição Federal, como na legislação infraconstitucional ordinária e especial. Por exemplo, na Constituição Federal no artigo 227, parágrafo 6º que trata da igualdade das filiações, não há que se falar em discriminação, seja a mesma biológica ou não biológica. Também, por meio do artigo 1593 do Código Civil, traz o parentesco de outra origem, ou seja, o parentesco socioafetivo, defendido majoritariamente pela doutrina, tais como Paulo Lôbo, Maria Helena Diniz, Belmiro Pedro Walter, Caio Mário Pereira, Maria Berenice Dias, Silvo de Salvo Venosa, Rodrigo da Cunha Pereira, dentre outros. Ainda, consoante o artigo 1604 do Código Civil, segundo o qual diz que: “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro do nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”, percebe-se que a única forma de desconstituição do estado de filiação, é provando falsidade do registro, irrelevante a origem genética, não admitido o exame de DNA para tal feito.

Enfim, embora não haja expressamente nenhuma norma que fale da família sócioafetiva, esta tem cabimento, pois implicitamente prevista no ordenamento pátrio, como bem observado na subseção 4.4.

Neste diapasão, segue abaixo entendimentos jurisprudências reconhecendo o cabimento da filiação sócioafetiva.

O Superior Tribunal de Justiça por meio do Resp 709.608 se pronunciou do seguinte modo a respeito da paternidade sócioafetiva:

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NAO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS . ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança.

2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza.

3. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil" (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.9.2007).

4. O termo de nascimento fundado numa paternidade sócioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral portanto, jurídica, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil

5. Recurso especial provido (STJ, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/11/2009, T4 - QUARTA TURMA).

Como visto no acórdão supra, tratou-se do caso de filiação sócioafetiva, na modalidade "adoção à brasileira", conforme visto na subseção 5.3.2.3.1, que embora tenha sido o registro do filho falso, tendo em vista a existência da posse do estado de filho e conseqüentemente a sócioafetividade, ou família sócioafetiva, o reconhecimento torna-se válido produzindo todos os efeitos inerentes à filiação. Somente o filho poderá contestá-lo, se assim o quiser.

Também, segue resumo de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo abaixo, do qual reconheceu a paternidade sócioafetiva em detrimento da biológica:

[...]

"Registro Civil. Assento de Nascimento. Ação de nulidade cumulada com declaração de inexistência de parentesco e de invalidade de cláusula

testamentária que atribui à ré bens do acervo do espólio. Alegação de inexistência de consanguinidade entre 'pai' e 'filha' voluntariamente reconhecida em ato notarial. Não reconhecimento. Ausência de prova taxativa da paternidade pela recusa da ré a submeter-se à perícia técnica pelo sistema de 'DNA'. **Ampla comprovação, porém, da relação de afeto e desvelos entre 'pai' e 'filha' suficientes para caracterizar a chamada paternidade sócioafetiva. Evolução no Direito do conceito da paternidade, que em busca da formação de uma sociedade mais humana e solidária, erigiu à condição de pai, atribuindo-lhe direitos e obrigações, não só aquele que contribuiu geneticamente para o nascimento, mas também aquele que por seus atos revelem o desejo de sê-lo.** Inequívoca intenção do falecido, ademais, de amparar financeiramente a recorrida após sua morte. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido" (grifou-se) (TJSP, Apelação Cível 370.957-4/6, Comarca de São Paulo, 10.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Galdino Toledo Junior, j. 05.09.2006 v.u., Voto 1.352).

Ainda, observa-se por meio da ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade nítida da paternidade sócioafetiva, segue abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. 1. A paternidade ou maternidade sócioafetiva 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 sócioafetiva, acaba por orientar, de forma ampliativa, os repositivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação sócioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação sócioafetiva, 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. 4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão. 5. Recurso não provido (STJ - REsp: 1189663 RS 2010/0067046-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2011).

Neste julgado retro, observa-se que o recurso não fora provido, pois ausente restou a existência de posse de estado de filho a ensejar a paternidade sócioafetiva, porém indubitável é a possibilidade e reconhecimento deste tipo de filiação, conforme bem demonstrado.

Por fim, segue abaixo ementa do julgado do Tribunal de Justiça do Distrito e Territórios, que bem explana a relação sócioafetiva e a ótica da família sócioafetiva:

[...]

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA.

1. a paternidade sócioafetiva, em especial, prescinde da paternidade biológica; revela-se quando os filhos derivam do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição. a filiação é vista, portanto, na sua concepção eudemonista. nessa esteira: "a paternidade sociológica assenta-se no afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, na cooperação, na amizade e na cumplicidade. nesse ínterim, o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher (plano horizontal) como na relação paterno-filial (plano vertical, como por exemplo, a existente entre padrasto e enteado), todos unidos pelo sentimento, na felicidade no prazo de estarem juntos. (...) dessa forma, a família sociológica é aquela em que existe a prevalência dos laços afetivos, em que se verifica a solidariedade entre os membros que a compõem. nessa família, os responsáveis assumem integralmente a educação e a produção da criança, que, independentemente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles, criam, amam e defendem, fazendo transparecer a todos que são os seus pais. a paternidade, nesse caso, é verificada pela manifestação espontânea dos pais sociológicos, que, por opção, efetivamente mantêm uma relação paterno-filial ao desempenhar um papel protetor educador e emocional, devendo por isso ser considerados como os verdadeiros pais em caso de conflito de paternidade" (luiz roberto de assumpção, in aspectos da paternidade civil no novo código civil, saraiva, 2004, p. 53). a dimensão do vínculo de afeto entre pais e filhos não tem o condão de afastar, por si só, a verdade genética. "esse vínculo de sangue é considerado, ainda hoje, o padrão e continua sendo um dos elementos definidores da qualificação jurídica da pessoa, do seu estado, do status de cidadão, no qual se apóia a investigação da paternidade" (in op. cit., p. 208).

2. não se sustenta hoje a intangibilidade do ato registral frente à verdade genética quando se permite, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, indagação a respeito dos efeitos da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade da era pós-dna. o direito não pode viver às margens dos avanços científicos. e, por consequência, autoriza-se o temperamento da res judicata com fulcro na premissa de que a busca da ascendência genética interessa tanto ao filho quanto ao indigitado pai. nessa rota, ao que parece, o direito de família no brasil caminha para a quebra excepcional da imutabilidade deste instituto. não há, pois, como afastar a importância da pesquisa da tipagem do dna. além do mais, importante discussão a respeito da importância do patrimônio genético de cada indivíduo foi levada ao excelso supremo tribunal federal no julgamento do hbc 71.373-4/rs. embora tenha aquela egrégia corte de justiça decidido que o direito à liberdade, à intimidade, à vida privada e à integridade física do suposto pai é que deve prevalecer em face da investigação genética, restou assentada a importância do exame de dna para efeito de verificação do vínculo de paternidade. o ministro ilmar galvão, naquele julgamento, assim se pronunciou: "não se busca com a investigatória a satisfação de interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da origem biológica do pretense filho, posto em dúvida pelo próprio réu ou por outrem (TJ-DF - EIC: 93883320068070005 DF 0009388-33.2006.807.0005, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 09/02/2009, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/04/2009, DJ-e Pág. 44)".

Pois bem, como demonstrado, a filiação sócioafetiva, embora não tenha previsão expressa no Ordenamento Jurídico atual, é incontroversamente

reconhecida, não havendo que se falar em não cabimento da mesma, sendo possível seu reconhecimento, tanto voluntário como judicial, nos moldes da lei, conjuntamente em análise ampla dos dispositivos legais em consonância com interpretação jurisprudencial e doutrinária de vanguarda, conforme expostas.

8.3 Reconhecimento de filiação Sócioafetiva *Póst mortem*

Foi visto na subseção 7 e seguintes deste trabalho, as espécies de reconhecimento de filiação e posteriormente o fundamento legal e cabimento do reconhecimento socioafetivo. Agora será falado propriamente do reconhecimento socioafetivo póstumo, que, aliás, trata-se da questão cerne do trabalho.

Viu-se que a ação de reconhecimento de filiação diz respeito às relações não matrimoniais e que há duas espécies de reconhecimento: voluntário e judicial. Destarte, o reconhecimento de filiação sócioafetiva *póst mortem* se dá naqueles casos em que não houve o reconhecimento voluntário e não há qualquer filiação (legal) pré-existente. Portanto, este reconhecimento se operará naqueles casos do filho de criação, consoante dito na subseção 5.3.2.3.2, tratando-se única e exclusivamente de posse de estado de filho para estabelecimento da filiação sócioafetiva.

Neste contexto, será falado agora da possibilidade deste tipo de perfilhação, bem como expondo as divergências doutrinárias quanto aos efeitos da perfilhação do filho de criação.

8.3.1 Divergência doutrinária

A jurisprudência não é pacífica quanto aos eventuais direitos do filho perfilhado, na modalidade “filho de criação”. Ou seja, segundo alguns julgados o filho de criação não poderia ser tratado de maneira igual a outras filiações, a exemplo: a adoção a brasileira; uma vez que no ordenamento jurídico não há adoção de fato, deste modo o filho de criação não poderia ser equiparado aos biológicos nem aos filhos adotados, não havendo que se falar, por exemplo, em direito a herança.

Também, difícil é o reconhecimento desta modalidade de filiação, tendo em vista que, segundo a jurisprudência que assim se posiciona, o suposto pai poderia ter se manifestado em adotar este filho em vida e não o fez. Assim sendo, não manifestada a vontade inequívoca de adotar, mas sim, mero interesse patrimonial do suposto filho, não caberia à filiação sócioafetiva *póst mortem*.

Neste sentido, traz a baila ementa da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que manteve a sentença “a quo”, a qual extinguiu o processo tendo em vista a ausência de manifestação de vontade inequívoca de adotar por ausência de procedimento, nos termos do artigo 42, parágrafo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da adoção póstuma, conforme falado na subseção 5.3.2.1:

APELAÇÃO CÍVEL Adoção Póstuma Necessidade de manifestação inequívoca do adotante da vontade de adotar Ausência de início de procedimento ou de documento neste sentido Ordenamento Jurídico que não contempla a adoção implícita Inteligência do art. 42, parágrafo 6º, da Lei de Adoção (L. 12.010/2009) - Impossibilidade jurídica do pedido Carência reconhecida Decisão de extinção do processo mantida (CPC, art. 267, inc. VI) Recurso improvido (TJ – AC 0017619-84.2011.8.26.0477, Relator Egidio Giacoia, Comarca de Praia Grande – SP, 3ª Câmara de Direito Privado, Data Julgamento 25/09/2012, Dje 28/09/2012).

Ainda, segue abaixo, outra ementa de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso análogo, que não reconheceu do recurso.

Adoção Póstuma Indeferimento da inicial Impossibilidade jurídica do pedido Inaplicabilidade do artigo 42, parágrafo 6º. do ECA Pretensão que visa. por via transversa, validar registro fraudulento, em prejuízo do princípio da

veracidade Ausência de intenção manifestada em vida de adotar regularmente a autora Recurso não provido(TJ – AC 9111604-71.2004.8.26.0000, Relator Douglas Iecco Ravacci, Comarca de São Paulo – SP, 9ª Câmara de Direito Privado B, Data do Julgamento 29/10/2008, Dje 30/03/2009).

Também, segue algumas ementas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu no mesmo sentido, que o filho de criação não deve ser tratado de forma igual, bem como não houve manifestação em vida dos supostos pais em adotar, além de que: ser tratado como filho não basta, devendo-se levar em conta as provas dos autos.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SÓCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. CRIANÇA QUE, COM POUCO MAIS DE DOIS ANOS DE IDADE FOI DADA PARA CRIAÇÃO EM OUTRA FAMÍLIA, DESVINCULANDO-SE DA FAMÍLIA BIOLÓGICA. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA. INADMISSIBILIDADE. O VÍNCULO AFETIVO SÓ PODE CONFERIR EFEITO JURÍDICO QUANDO ESPONTÂNEO, VOLUNTARIAMENTE ASSUMIDO. HIPÓTESE TÍPICA DE “FILHO DE CRIAÇÃO”, NÃO ADOTADO QUANDO AINDA EM VIDA O DE CUJUS. CARÊNCIA DA AÇÃO INTERPOSTA. RECURSO DESPROVIDO, AINDA QUE POR OUTRAS RAZÕES.(Apelação Cível Nº 70019810704, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 27/06/2007).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SÓCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. “FILHO DE CRIAÇÃO”. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO. A relação sócioafetiva serve para preservar uma filiação juridicamente já constituída, modo voluntário, pelo registro (que define, no plano jurídico, a existência do laço - art. 1.603 do Código Civil), jamais sendo suficiente para constituí-la de modo forçado, à revelia da vontade do genitor. Dar tamanha extensão a parentalidade sócioafetiva, resultará, por certo, não em proteção aos interesses de crianças e adolescentes, mas, ao contrário, em desserviço a eles, pois, se consolidada tal tese, ninguém mais correrá o risco de tomar uma criança em guarda, com receio de mais adiante se ver réu de uma investigatória de paternidade ou maternidade. É bom ter os olhos bem abertos, para não se deixar tomar pela bem intencionada, mas ingênua ilusão de que em tais situações se estará preservando o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o que invariavelmente se encontra por trás de pretensões da espécie aqui deduzida nada mais é do que o reles interesse patrimonial. É de indagar se o apelado deduziria este pleito se a falecida guardiã fosse pessoa desprovida de posses! PROVERAM, POR MAIORIA(Apelação Cível Nº 70014775159, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/06/2006).

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. INEXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. 1. A ação de

investigação de paternidade busca a definição da relação jurídica de filiação a partir do liame biológico. 2. Não se cogita de paternidade sócioafetiva quando o autor era apenas "irmão de criação" do falecido, e não seu filho. 3. Se o de cujus pretendesse reconhecer o investigante como filho certamente teria promovido sua adoção ou lavrado algum instrumento público neste sentido, o que não fez. 4. Não comprovada a paternidade, inexistente direito de herança. Recurso desprovido (Apelação Cível Nº 70013884457, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/04/2006).

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA PÓSTUMA. CASO CONCRETO. Tratar alguém como filho não significa dar à pessoa tal status, dependendo essa conclusão do conteúdo probatório. Da análise da prova, não se depreende a vontade inequívoca dos falecidos em terem a apelada como filha, porquanto se essa fosse a intenção, certamente teriam procurado em vida regularizar a situação, manifestando de forma clara as suas vontades, o que implicaria, sem dúvida, a lavratura de escritura pública de adoção, não cabendo ao órgão julgador interpretar o que não foi escrito, nem manifestar vontade não pronunciada. Ademais, não há como afastar desta ação o escopo meramente patrimonial, uma vez que se a recorrida tivesse intenção de gozar da qualidade de filha assegurada pela relação afetiva, teria buscado seu interesse enquanto seus supostos pais-afetivos eram vivos. Assim, a ação intentada visa garantia patrimonial, a qual deve ser mera decorrência do sentido da filiação sócioafetiva, e não o seu único fim. Sentença reformada. INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. A sentença prolatada antes da juntada da prova requerida e deferida pelo magistrado singular configura cerceamento de defesa, razão pela qual deve ser desconstituída. DERAM PROVIMENTO AO APELO 70047120332, JULGANDO IMPROCEDENTE A DEMANDA PRINCIPAL, E, ACOLHERAM A PRELIMINAR SUSCITADA NO APELO 70048553762, DESCONSTITUINDO A SENTENÇA DO INCIDENTE (Apelação Cível Nº 70047120332, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 23/08/2012).

Pois bem, como demonstrado por intermédio das jurisprudências acima, a questão do filho de criação, uma das espécies de filiação sócioafetiva, não está pacificada perante a jurisprudência, porém, tendo em vista este trabalho defender a possibilidade de reconhecimento de filiação póstuma, diante entendimento de vanguarda, será agora defendido a possibilidade deste reconhecimento, devendo surtir todos os efeitos inerentes à filiação.

8.3.2 Cabimento

Conforme ilustrado, a questão do reconhecimento póstumo, voltado para o filho de criação não é pacífica na jurisprudência, havendo entendimentos prós e entendimentos contra, consoante demonstrado.

Não obstante o discernimento de uma parte jurisprudencial que vêm entendendo não ser cabível ou não poder ser tratado de forma igual o filho de criação, como às outras espécies de filiação, uma vez que não há uma vontade expressa manifestada dentre outros fatores vistos, não deve este entendimento prevalecer diante o novo paradigma familiar.

Consoante fora visto, com o advento da Constituição de 1988, trouxe um novo paradigma ao direito brasileiro, colocando no ápice o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto, inclusive, em seu artigo 1º, inciso III. Destarte, às relações familiares, que muito tem haver com o estado de dignidade do ser, passaram a ser preservadas no aspecto intrínseco, voltados à pessoa humana, e não no aspecto patrimonial.

Foram implantadas normas protecionistas à família, levando em conta sua dignidade, assim, adveio previsão de outras formas de família além do matrimônio, além de possibilitar formas implícitas; trouxe a liberdade de escolha da família, consoante visto na subseção 4.3; o dever de solidariedade entre os membros da família (subseção 4.5); inclusive, trouxe a igualdade entre às filiações conforme visto subseção 4.8.

Neste contexto, é cediço que a constituição de uma família, seja a espécie qual for, é a vontade de qualquer ser humano; tanto que o legislador procurou resguarda-la em seus diferentes aspectos. Assim, não poderia ser diferente ao filho de criação, por falta de mero formalismo, devendo ser levado em conta a real situação vivida por ele, que fora tratado como filho desde quando nasceu, sendo apenas consequência eventual direito sucessório, não podendo servir de escusa para o estabelecimento desta filiação sócioafetiva.

Mister trazer à baila entendimento de Maria Berenice Dias (2011,p. 501) quanto à questão do filho de criação que diz:

A partir do momento em que passou a vigorar o princípio da proteção integral, a filiação não merece designações discriminatórias. A palavra filho não admite qualquer adjetivação. A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológicas, registral e jurídica. [...] A pejorativa complementação “de criação” está mais que na hora de ser abolida. Ainda resiste a jurisprudência em admitir a quem foi criado como filho – daí filho de “criação” – que proponha ação declaratória de paternidade afetiva, o que nada mais é do que uma forma de buscar a adoção. Ao menos já foi reconhecido o direito de pai “de criação” de receber indenização pela morte de quem criava como filho.

Como visto, por meio da citação de Maria Berenice Dias, em outras palavras, a imagem do filho de criação deve ser tratada de forma igual a qualquer outra filiação, uma vez que o ordenamento jurídico atual vedou qualquer discriminação no tocante às várias espécies de filiação, e deve-se levar em conta a verdade fática dando-se amparo jurídico a ela.

Neste diapasão, serão postos abaixo alguns entendimentos jurisprudências de vanguarda, que reconhecem o direito do filho de criação e conseqüentemente o estabelecimento da filiação póstuma por meio de reconhecimento judicial.

Neste sentido, imprescindível trazer à tona ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça, que conheceu do recurso a fim de reconhecer a adoção póstuma, mesmo sem prévia instauração do procedimento de adoção pelo então falecido:

ADOÇÃO PÓSTUMA. Prova inequívoca. - O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção. - Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida. - Interpretação extensiva do art. 42, parágrafo 6º, do ECA. - Recurso conhecido e provido (STJ , Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 19/11/2002, T4 - QUARTA TURMA).

Analisando a ementa do julgado acima, importante se faz, uma vez que aplicou interpretação extensiva do artigo 42, parágrafo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê a possibilidade de adoção póstuma consoante visto na subseção 5.3.2.1, porém, referida norma, analisada literalmente, enuncia que o suposto pai teria que ter dado início no procedimento antes de sua morte, o qual fora suprida neste caso pela posse de estado de filho.

Ainda, em relação ao mesmo julgado, importante trazer o voto do relator e ministro Ruy Rosado de Aguiar que fundamentou seu voto do seguinte modo:

[...]

Trata-se de saber se é possível, no processo de adoção de um menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida, hoje com 10 anos de idade, deferir o reconhecimento da filiação tanto em nome da viúva como também do marido morto antes da propositura da ação. O art. 42, 6º, do ECA permite a chamada "adoção póstuma", desde que o respectivo pedido já tenha sido encaminhado pelo adotante ao juiz. Dando-se interpretação extensiva a tal enunciado, cabe muito bem entender que a exigência do processo instaurado pode ser substituída por documento que evidencie o propósito de adotar a criança, que só não se concretizou por fato alheio. Isso porque o referido dispositivo menciona "a inequívoca manifestação de propósito", que pode existir independentemente do procedimento. No caso dos autos, há a certidão de batismo da criança, com a indicação de que Francisca e José Brito eram seus pais. Além disso, prestou depoimento o advogado procurado por José Brito para regularizar a adoção. Por fim, deve ser levado em linha de conta que o menino, desde os primeiros dias de vida, hoje com 10 anos, foi criado como filho do casal. Penso que essa prova permite concluir sobre a manifestação inequívoca do pai pré-morto sobre a sua intenção de adotar Lavoisier. Na interpretação do art. 42, 6º, do ECA, que certamente tem a finalidade social de atribuir eficácia jurídica a uma situação que perdurou durante tanto tempo, é essa a melhor compreensão daquele dispositivo.

O tema relacionado com a ilegitimidade ativa não tem relevância para o caso dos autos, uma vez que a ação é proposta pela mãe a benefício do filho, menor impúbere. Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para restabelecer a r. sentença.

Também, coleciona-se abaixo, por meio de ementa, importante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que afastou a impossibilidade jurídica do pedido, quanto ao pleito de reconhecimento de filiação póstuma, com aplicação analógica, também, do artigo 42, parágrafo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA 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 sócioafetiva, 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 sócioafetiva (TJ-MG 107010926088120011 MG 1.0701.09.260881-2/001(1), Relator: ELIAS CAMILO, Data de Julgamento: 03/12/2009, Data de Publicação: 12/01/2010).

Cumpre ainda trazer a baila entendimento jurisprudencial que reconheceu a paternidade e maternidade sócioafetiva em face do filho afetivo falecido:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - PRELIMINAR - DESERÇÃO NÃO CONFIGURADA - REGULAR PREPARO DAS CUSTAS RECURSAIS - MÉRITO - RELACIONAMENTO SÓCIO-AFETIVO DESDE TENRA IDADE DO FILHO ATÉ O FALECIMENTO DOS PAIS - POSSE DO ESTADO DE FILHO CARACTERIZADA - DESNECESSIDADE DE DECLARAÇÃO EXPRESSA OU FORMAL DOS PAIS AFETIVOS - VÍNCULO SÓCIO- AFETIVO DEVIDAMENTE COMPROVADO NOS AUTOS - PREVALÊNCIA DA RELAÇÃO DE AFETO SOBRE A VERDADE BIOLÓGICA - RECURSO DESPROVIDO- RECURSO ADESIVO - INSURGÊNCIA RECURSAL ACERCA DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTABELECIDOS NA SENTENÇA - NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO PARA REMUNERAR ADEQUADAMENTE O TRABALHO DO ADVOGADO - FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LÉGAIS (ARTIGO 20 DO CPC)- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO-(TJ-PR , Relator: Clayton Camargo, Data de Julgamento: 09/02/2011, 12ª Câmara Cível).

Ora, neste caso bem explanou a questão da posse de estado de filho como forma de requisito para estabelecer a relação sócioafetiva e, por conseguinte o estabelecimento da mesma, no entanto, como uma diferente peculiaridade, qual fora o reconhecimento de filiação afetiva *póst mortem* em face dos pais afetivos.

Não merece tratamento diferente o filho de criação que busca o reconhecimento de sua filiação sócioafetiva *póst mortem*, uma vez demonstrada a posse de estado de filho, não há que se falar em não cabimento.

Reforçado os julgados jurisprudenciais que decidem a favor do reconhecimento de filiação *póst mortem*, desde que preenchidos alguns requisitos essenciais, tais como a posse de estado de filho, deve-se atentar para o que a

própria legislação atual trouxe como entendimento, além da doutrina de vanguarda e jurisprudência demonstradas no presente trabalho, qual busca trazer justiça por meio do direito, que por vezes, está ultrapassado e não evolui conforme a sociedade.

Neste contexto, como fora observado, por meio da Constituição de 1988, trouxe em seu artigo 227, parágrafo 6º a igualdade entre as filiações, destarte, sendo as relações de filiação sócioafetiva unanimemente reconhecida no ordenamento jurídico, de forma implícita, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, não se pode falar em tratamento não paritário das mesmas. Portanto, o filho de criação deve ser tratado da mesma forma que os outros filhos, como vêm sendo reconhecido pela jurisprudência que adota este entendimento, a exemplo das decisões acima transcritas.

Ademais, segue abaixo julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconheceu a possibilidade de adoção póstuma, suprida pela posse de estado de filho, em extensão ao entendimento do artigo 42, parágrafo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

APELAÇÃO. AÇÃO DE ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. POSSE DO ESTADO DE FILHO. JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. A ação de adoção póstuma, ainda que iniciada após a morte daquele que se pretende seja reconhecido como adotante, não é juridicamente impossível. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Caso em que os autos estão repletos de provas a demonstrar que o apelado era tido pela falecida como verdadeiro filho, e que por isso é adequado o julgamento de procedência da demanda. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, UNÂNIME, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, POR MAIORIA (Apelação Cível n. 70035416304, Oitava Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Rui Portanova, j. 06/05/2010).

Nesta esteira, a filiação sócioafetiva, fundada por meio da posse de estado de filho (modalidade de parentesco civil conforme subseção 5.3.2.3) é aceita no direito atual de forma incontroversa, consoante demonstrado nas subseções 3.1.1, 4.4, 5.3.2.3, dentre outras; bem como a possibilidade do reconhecimento póstumo do pai em favor do filho, consoante entendimento dos artigos 27 e 42, parágrafo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deste modo, estando preenchidos de forma robusta os requisitos da posse de estado de filho, demonstrando uma relação de sócioafetividade entre o filho e os supostos pais falecidos, não há que se falar em não procedência da ação a fim de estabelecer o parentesco civil, devendo ser gerado todos os efeitos inerentes a filiação.

Ou seja, estando demonstrada a relação sócioafetiva entre o filho e os supostos pais falecidos, por meio da posse de estado de filho, esta dispensa as formalidades que a lei exige, aplicando analogicamente e extensivamente o artigo 42 parágrafo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que deixa claro em seu enunciado que o filho poderá propor a ação contra os herdeiros, tratando, assim, de reconhecimento póstumo.

Concluindo, não pode após tanto tempo de convivência e posse de estado de filho consolidada, vir à parte contrária e alegar que não houve manifestação de adotar, por meras formalidades, devendo prevalecer o direito do filho, diante tudo o que já fora exposto.

8.4 Dos Efeitos do Reconhecimento

Conforme citado na subseção 8.3.2, entendimento de Maria Berenice Dias, “o estabelecimento da filiação sócioafetiva nada mais é do que uma adoção”. Assim sendo, o reconhecimento da filiação sócioafetiva deverá surtir os mesmo efeitos inerentes à adoção.

Neste sentido, Belmiro Pedro Welter (2003, p.188) parafraseia:

Uma vez julgada procedente a ação de investigação de paternidade e/ou da maternidade sócioafetiva, decorrem os mesmos efeitos jurídicos dos artigos 39 a 52 do ECA, que são aplicados à adoção, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do nome (sobrenome) dos pais sociológicos; d) as relações de parentescos como os parentes dos pais afetivos; e) a

irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológica; f) a herança entre pais, filho e parentes sociológicos; g) o poder familiar; h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas etc.

Como se observa, o reconhecimento da filiação sócioafetiva conferirá ao filho perfilhado os mesmos direitos do filho proveniente de adoção.

Neste contexto, mister trazer à tona enunciado do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente segundo o qual diz:

Artigo 41 – A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Analisando enunciado acima, denota-se que a adoção gera os mesmos efeitos da filiação biológica, portanto, deve ser observada a igualdade entre às filiações, não havendo que se falar em tratamento diferenciado, gerando os mesmos direitos e deveres, tanto na filiação biológica, como na não biológica, por adoção ou sócioafetiva.

9 CONCLUSÃO

Contextualizando o direito de família atual, a família acima de tudo deve ser sócioafetiva, calcada em laços afetivos, sendo um dever imposto pelo legislador. Não há qualquer óbice no estabelecimento de uma relação familiar exclusivamente sócioafetiva, seja a espécie qual for não poderá sofrer discriminações e tratamentos desiguais, suprimindo direitos.

Dito isto, quando se depara com a filiação sócioafetiva na hipótese do filho de criação, cuja diz respeito àquela filiação exclusivamente fática, ou seja, uma adoção de fato, estando ela caracterizada, não poderá haver discriminação, devendo surtir todos os efeitos inerentes a filiação.

Não pode ser diferente, quando se busca o reconhecimento de uma filiação sócioafetiva *póst mortem*, uma vez que a filiação sócioafetiva é reconhecida no ordenamento jurídico, inclusive, a posse de estado de filho é considerada parentesco civil e a possibilidade do reconhecimento póstumo se faz existente, sendo prevista no Código, por meio dos artigos 1.606 do Código Civil e artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, ainda há resistência por uma parcela da jurisprudência em reconhecer a filiação sócioafetiva póstuma, que se da na hipótese do filho de criação, que não houve reconhecimento por parte dos supostos pais afetivos em vida, sendo mister o ajuizamento da ação de reconhecimento socioafetivo forçado ou investigação de paternidade sócioafetiva pelo suposto filho afetivo em face dos herdeiros do pai falecido, para o estabelecimento da filiação.

Porém, corroborando com os que entende ser perfeitamente possível e cabível o reconhecimento póstumo, gerando todos os efeitos inerentes a filiação para aquele que fora tratado como filho, sendo criado num ambiente exclusivamente de laços afetivos, consubstanciado na posse de estado de filho: o direito de filiação deve ser visto conforme estágio atual.

Ou seja, o ordenamento jurídico deu preferência às relações sócioafetivas, e trouxe a igualdade das filiações, com fulcro na dignidade da pessoa

e no direito de todos de ter uma família, assim sendo, ter a proteção necessária do Estado para efetivação deste direito é imprescindível. Não pode, portanto, este direito ser suprimido de algumas pessoas por não preencher formalidades que a lei impõe. A família/filiação, mais que tudo, é um fato social e deve ser protegida pelo direito.

Por derradeiro, consoante o que fora elucidado, a filiação sócioafetiva *póst mortem* é cabível, desde que fique demonstrada a posse de estado de filho, com fulcro ainda no princípio da convivência familiar, aquele indivíduo que desde quando nascera foi tratado como se filho o fosse pelos pais falecidos, e não foi adotado ou registrado, isto por si só, não poderá afastar o cabimento do reconhecimento póstumo. Portanto, deverá ser estabelecido o parentesco sociológico, seja com base na filiação sócioafetiva ou com base na adoção de fato, existente a posse de estado de filho e comprovada será devido tal pleito e de igual modo, todos os efeitos advindos da filiação, uma vez que vedadas são quaisquer discriminações entre as diferentes espécies de filiações.

10 BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação anulatória de inexistência de filiação. Adoção à brasileira. Paternidade sócioafetiva. Improcedência da ação.** Apelação Cível: 70041393901 RS , Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data de Julgamento: 24/08/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/08/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação declaratória de nulidade de registro civil - negativa de prestação jurisdicional - alegação de violação genérica - recurso especial, no ponto, deficientemente fundamentado - aplicação da súmula n. 284/stf - adoção à brasileira - paternidade sócio-afetiva - impossibilidade, na espécie de desfazimento - recurso especial improvido.** Recurso Especial nº 1088157. Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 23/06/2009, terceira turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação de investigação de paternidade c/c anulação de registro - filho registrado por quem não é o verdadeiro pai - retificação de registro - imprescritibilidade - direito personalíssimo - precedentes - honorários advocatícios - majoração - impossibilidade, na espécie - recurso especial a que se nega seguimento. Decisão.** REsp: 1203874 , Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Publicação: DJ 08/04/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ação de Reconhecimento de filiação sócioafetiva.** AC: 20120588721 SC 2012.058872-1 (Acórdão), Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 10/09/2012, Terceira Câmara de Direito Civil Julgado.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Registro civil. **Reconhecimento de paternidade via escritura pública. intenção livre e consciente. Assento de nascimento de filho não biológico. retificação pretendida por filha do de cujus . Art. 1.604 do código civil. Ausência de vícios de consentimento. Vínculo socioafetivo. Ato de registro da filiação. revogação. Descabimento. arts. 1.609 e 1.610 do código civil.** Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 05/11/2009, quarta turma.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ação de nulidade cumulada com declaração de inexistência de parentesco e de invalidade de cláusula testamentária que atribui à ré bens do acervo do espólio.** Apelação Cível

370.957-4/6, Comarca de São Paulo, 10.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Galdino Toledo Junior, j. 05.09.2006 v.u., Voto 1.352.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Civil e processual civil. Recurso especial. Família. reconhecimento de paternidade e maternidade sócioafetiva. Possibilidade. Demonstração.** REsp: 1189663 RS 2010/0067046-9, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 06/09/2011, T3 - terceira turma, Data de Publicação: DJe 15/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito e Territórios. **Direito Civil. Direito de família. Paternidade sócioafetiva.** EIC: 93883320068070005 DF 0009388-33.2006.807.0005, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 09/02/2009, 2^a Câmara Cível, Data de Publicação: 23/04/2009, DJ-e Pág. 44.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Adoção Póstuma Necessidade de manifestação inequívoca do adotante da vontade de adotar Ausência de início de procedimento ou de documento neste sentido Ordenamento Jurídico que não contempla a adoção implícita Inteligência do art. 42, parágrafo 6º, da Lei de Adoção (L. 12.010/2009) - Impossibilidade jurídica do pedido Carência reconhecida Decisão de extinção do processo mantida.** AC 0017619-84.2011.8.26.0477, Relator Egidio Giacoia, Comarca de Praia Grande – SP, 3^a Câmara de Direito Privado, Data Julgamento 25/09/2012, Dje 28/09/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Adoção Póstuma.** AC 9111604-71.2004.8.26.0000, Relator Douglas lecco Ravacci, Comarca de São Paulo – SP, 9^a Câmara de Direito Privado B, Data do Julgamento 29/10/2008, Dje 30/03/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação de reconhecimento de paternidade e maternidade sócioafetiva cumulada com petição de herança.** Apelação Cível Nº 70019810704, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 27/06/200.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação de reconhecimento de maternidade sócioafetiva cumulada com petição de herança. “filho de criação”. inviabilidade da pretensão.** Apelação Cível Nº 70014775159, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/06/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação de reconhecimento de filiação sócioafetiva póstuma. Caso concreto.** Apelação Cível Nº 70047120332, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 23/08/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Investigação de paternidade. petição de herança. inexistência de paternidade sócioafetiva.** Apelação Cível Nº 70013884457, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/04/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Adoção póstuma.** Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar,.Data de Julgamento: 19/11/2002, T4 - quarta turma.

BRASIL. Tribunal do Estado de Minas Gerais. **Direito de família - ação declaratória de filiação sócioafetiva póstuma - garantia prevista no ordenamento - art. 1.593 do código civil - possibilidade jurídica do pedido.** AC107010926088120011 MG 1.0701.09.260881-2/001(1), Relator: Elias camilo, Data de Julgamento: 03/12/2009, Data de Publicação: 12/01/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Ação declaratória de reconhecimento de paternidade e maternidade sócio-afetiva.** Relator: Clayton Camargo, Data de Julgamento: 09/02/2011, 12ª Câmara Cível.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação de adoção póstuma.** Apelação Cível n. 70035416304, Oitava Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Rui Portanova, j. 06/05/2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado, Volume 2**, 1º Ed. 1954.

_____. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BOEIRA RAMOS BERNARDO, José. **Investigação de Paternidade: Posse de Estado de Filho; Paternidade Socioafetiva.** Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** São Paulo, Ed. Saraiva, V.5, 2006.

CRETELLA. José Junior. **Curso de Direito Romano.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

DIREITO, Congresso Brasileiro de. **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil/coordenador Rodrigo da Cunha Pereira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família.** 8º edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 5: Direito de Família**. 26º ed. São Paulo: Saraiva 2011.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 5 Direito de Família**. 24º Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da propriedade privada e do Estado**. 3ª Edição, Global Editora e Distribuidora LTDA, 1986

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Paternidade: Relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rei, 1996.

_____. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

FILHO, Waldyr Grisard. **Famílias Reconstituídas, novas uniões depois da separação**. São Paulo 2º ed. Revista dos Tribunais 2009

FILHO, Carlos Aberto Bittar. **Direito de Família e Sucessões**. 1º ed. São Paulo Juarez de Oliveira 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro, Ed. 7º, Editora Forense, 1994.

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Jornada de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito, ATLAS**, 6ª edição, São Paulo, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4º ed. São Paulo, Saraiva 2011.

_____. **Direito Civil: famílias.** São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: uma crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAES. Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **Filiação Que Se Constrói: Reconhecimento Do Afeto Como Valor Jurídico.** São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização judiciária da família.** Belo Horizonte; Del Rey, 2006.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

PATINÕ, Ana Paula Corrêa. **Direito Civil: direito de família.** São Paulo, Atlas, 2006.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Madrid: Centro de Estudos Constitucionais 1997.

SARAIVA. **Vade Mecum/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva.** 13^o edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 5^o edição, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2010.

TORRESAN, Fábio Toledo. **Paternidade Socioafetiva no estabelecimento da paternidade.** Salto – SP. Editora Schoba, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10^o edição, São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnaldo. **O novo Direito de Família**. 12^o ed. São Paulo Revista dos tribunais, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais LTDA, 2003.

ANEXOS