

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST  
CURSO DE DIREITO  
JESSICA VAZ SANTOS

**FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM***

LAGES  
2019

JESSICA VAZ SANTOS

## **FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM***

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.  
Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES  
2019

JESSICA VAZ SANTOS

**FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM***

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

Lages, SC \_\_\_\_/\_\_\_\_/2019. Nota \_\_\_\_\_

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

---

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

# FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM*

Jessica Vaz Santos<sup>1</sup>

Caroline Ribeiro Bianchini<sup>2</sup>

## RESUMO

A presente monografia apresenta como objetivo analisar a possibilidade do reconhecimento de novos vínculos dentro da realidade socioafetiva *post mortem*. A pesquisa inicia com um breve estudo sobre os Princípios Norteadores do Direito de Família e ainda as Origens e Evoluções do Direito de Família. A seguir, passa-se ao estudo das espécies de filiações, atualmente consagradas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos elementos caracterizadores da parentalidade socioafetiva e a comprovação *post mortem* da socioafetividade. Diante do reconhecimento do estado de filho, busca-se a igualdade entre estes, quanto aos direitos pessoais/ sucessórios. A partir de estudos doutrinários e da análise das decisões judiciais que formam o atual entendimento dos Tribunais, é realizado um panorama geral da evolução do direito de família, que leva a uma nova visão do instituto da filiação, chegando à delimitação das principais características da paternidade socioafetiva.

Palavras-Chave: Socioafetividade. Provas. Família. Afeto.

---

<sup>1</sup>Acadêmica do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup>Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

# **SOCIO-AFFECTIVE AFFILIATION *POST MORTEM***

Jessica Vaz Santos<sup>3</sup>

Caroline Ribeiro Bianchini<sup>4</sup>

## **ABSTRACT**

This monograph aims to analyze the possibility of new relations within the socio-affective reality *post mortem*. The survey starts with a brief study about the principles, that guide family law and the origins and evolutions of the Family right. Next, this work proceed to the study of the species of filiation currently considered. In the Brazilian legal system, as well as the elements that characterize parenting socio-affective and *post mortem* evidence of socio-affectivity. From the recognition of the son's state equality is sought among them, in personal rights/ successions. Starting of doctrinal studies and analysis of judicial decisions that form the current understanding of the Courts an overview of the evolution of family law is carried out, leading to a new vision of the institute of the sonship, arriving at the delimitation of the main characteristics of the paternity socio-affectivity.

Key words: Socio-activity. Evidences. Family. Affection.

---

<sup>3</sup>Law School undergraduate student, 10<sup>o</sup> period, University Center UNIFACVEST.

<sup>4</sup>Law School professor, University Center UNIFACVEST.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 30 de junho de 2019

---

JESSICA VAZ SANTOS

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2. HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>10</b>
2.1 Evolução Legislativa do Direito de Família .....	10
2.2 Princípios Norteadores do Direito de Família .....	10
2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	11
2.4 Princípio da Afetividade.....	11
2.5 Princípio da solidariedade Familiar .....	11
2.6 Princípio da Igualdade entre os Filhos .....	12
2.7 Princípio da Proteção da Criança e do Adolescente.....	12
2.8 Direito de Família no Direito Romano.....	13
2.9 Direito de Família no Código Civil de 1916 .....	15
2.10 Direito de Família na Constituição de 1988 .....	17
2.11 Direito de Família no Código Civil de 2002 .....	18
<b>3. FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....</b>	<b>21</b>
3.1 Definição .....	21
3.2 Tipos de parentesco.....	22
3.2.1 Parentesco Consanguíneo ou natural.....	23
3.2.2 Parentesco Civil .....	24
3.2.3 Parentesco Afetivo .....	25
3.3 Igualdade entre Filhos .....	25
3.4 Elementos que configuram a Parentalidade Socioafetiva .....	26
3.5 Reconhecimento do Estado de Filho .....	27
3.6 A Comprovação da Socioafetividade <i>Post Mortem</i> .....	29
<b>4. A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>30</b>
4.1 Reconhecimento da Socioafetividade <i>Post Mortem</i> .....	30
4.2 O Direito Sucessório Decorrente da Filiação Socioafetiva .....	32
4.3 A Vulnerabilidade dos Herdeiros Legítimos .....	34
4.4 Ação Judicial adequada para o Reconhecimento da Afetividade <i>Post Mortem</i> .....	35
4.5 Filiação na Jurisprudência .....	36

**5. CONCLUSÃO..... 40**

**REFERÊNCIAS..... 42**



## 1. INTRODUÇÃO

A presente monografia apresenta como objetivo institucional cumprir requisito para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

O tema adotado se relaciona com a Filiação Socioafetiva *Post Mortem*. Trata-se de uma matéria que envolve o direito de família, as relações de afeto e o reconhecimento da filiação em momento posterior ao óbito, já que a manifestação de vontade do “de cujus” não foi feita formalmente em vida.

Nesse contexto, ainda quando estava em vigência o Código Civil de 1916, vislumbrou-se a necessidade de se amparar o direito de família no que diz respeito as diferentes formas de filiação, quando o Código Civil de 1916 contemplava apenas a família biológica e formada somente pelo casamento. Era preciso estabelecer uma forma de buscar o reconhecimento e a isonomia entre as diferentes espécies de família que vem se constituindo. Pois após tantas mudanças no direito de família pode-se dizer que está é formada pelos laços afetivos de amor, carinho, cuidado, vigilância, convivência e respeito. A nova definição do conceito de família baseia-se na afetividade, pois não são apenas os genitores.

Com o advento do Novo Código Civil de 2002, em especial no art. 1593 admitiu-se a contemplação das diferentes espécies de arranjos familiares, ou seja, o parentesco se dá por outra origem, tal como a afetiva e não apenas a que advém da biológica. Dessa forma, a pesquisa tem início com a evolução do direito de família e a possibilidade do reconhecimento de novos vínculos.

A pesquisa apresenta como objetivo geral verificar a possibilidade de reconhecimento de novos vínculos dentro da realidade socioafetiva *post mortem* e como objetivos específicos abordar uma nova visão do conceito de família, analisar a evolução legislativa no direito de família, apresentar jurisprudências acerca do reconhecimento da filiação socioafetiva, identificar os requisitos exigidos para comprovação da afetividade *post mortem*, e por fim analisar a aplicabilidade nos tribunais.

No desenvolvimento do estudo foi empregado o método dedutivo, sendo aplicada pesquisa bibliográfica e documental, através de análise de doutrinas e decisões judiciais sobre o tema da monografia.

A monografia foi estruturada em três capítulos. Inicialmente analisando os princípios norteadores do Direito de Família, bem como as origens e a evolução do direito de direito de família.

Seguindo, o segundo capítulo verificando os novos conceitos de família e os diversos tipos de parentesco. Verificou-se a possibilidade de novos arranjos familiares e os elementos que configuram a parentalidade socioafetiva.

Por fim, o terceiro capítulo, o qual identificou a filiação socioafetiva no direito brasileiro, analisando a posse do estado de filho e o seu reconhecimento, que se dá por decisão do magistrado. E por fim uma breve análise acerca dos elementos caracterizadores que comprovam a socioafetividade *post mortem* nos tribunais.

## **2. HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA**

O avanço da sociedade obriga a evolução do Direito, sendo assim houve a necessidade da elaboração de novas normas principalmente no que diz respeito ao campo do Direito de Família em especial o da filiação, por esse motivo procura-se abordar a importância do afeto nas relações familiares, à real extensão dos efeitos jurídicos de se reconhecer uma parentalidade socioafetiva, bem como verificar a possibilidade do reconhecimento *post mortem* da filiação socioafetiva.

### **2.1 Evolução Legislativa do Direito de Família**

O direito de família tem evoluído devido a necessidade de se adequar as grandes transformações sofridas pela sociedade, a Constituição Federal de 1988 é o marco inicial das alterações. Nasce um Estado Democrático de Direito pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana, na liberdade, na igualdade e a não discriminação das pessoas.

Deste modo é possível afirmar que nos dias atuais existem diversas espécies de arranjos familiares. Por isso, se faz necessário uma breve reflexão da família antes da Constituição Federal de 1988 e as conseqüentes alterações geradas na estrutura do sistema jurídico brasileiro.

### **2.2 Princípios Norteadores do Direito de Família**

Os princípios assumem um lugar de destaque em nosso ordenamento jurídico, visto que o direito não é estático, assim estes possuem um papel importante na interpretação do direito e são utilizados como um meio de priorizar às relações familiares. Segundo Bonavides, *apud*, Dias (2016, p.65):

Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional,<sup>1</sup> o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei. Muitas das transformações levadas a efeito são frutos da identificação dos direitos humanos, o que ensejou o alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela.

Desse modo, e diante as grandes mudanças os princípios são dotados de valores e indeterminações o que permite que acompanhe as diferentes alterações jurídicas e garanta a melhor interpretação.

No Direito de Família podem ser identificados alguns princípios norteadores são eles.

### **2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como função precípua garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados. De acordo com Pereira (2017, p.83): “ Por constituir um direito fundamental, sob perspectiva subjetiva, este princípio confere aos seus titulares a pretensão a que se adote determinado comportamento – positivo ou negativo – e, sob perspectiva objetiva compõe base da ordem jurídica”.

Logo, este princípio previsto no art. 1º, III, da CF/88 é um macro princípio que serve de base para os demais.

No mesmo sentido Sarmiento mencionado por Dias (2016, p.73): “[...] representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade”.

Portanto, através deste princípio impõe-se respeito à vida humana e como membros da sociedade todos devem ser tratados de igual forma.

### **2.4 Princípio da Afetividade**

Devido as mudanças da sociedade que conseqüentemente alteram o conceito de família exposto no art. 226, § 3º, da CF/88. A valorização da família baseia-se no afeto entre seus integrantes. Nas palavras de Gagliano (2017, p.1.082): “ Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade”.

Logo, o afeto é o laço que uni os indivíduos, demonstrando que os integrantes de uma família não são definidos por laços sanguíneos.

### **2.5 Princípio da solidariedade Familiar**

O princípio da solidariedade social está previsto no artigo 3º, I da Constituição Federal como objetivo fundamental. Através deste princípio traduz-se a afetividade que deve existir entre os membros de uma família. Indivíduos ligados por laços de cooperação, ajuda, assistência e cuidado em relação aos demais. Segundo Dias (2016, p.79):

Esse 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. [...] impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CF 230). A lei civil igualmente consagra o princípio da solidariedade ao prever que o casamento estabelece plena comunhão de vida (CC 1.511). A obrigação alimentar dispõe de igual conteúdo (CC 1.694).

Assim, de acordo com este princípio há direitos e obrigações recíprocas decorrentes dos vínculos afetivos que advém da reciprocidade e do carinho unidas por um sentimento moral e social de apoio entre seus membros.

## **2.6 Princípio da Igualdade entre os Filhos**

Através deste princípio aboliu-se por completo qualquer tipo de discriminação entre filhos, tais como as expressões: filho legítimo, filho ilegítimo, filhos adulterinos, naturais e incestuosos. De acordo com Diniz (2011, p.41):

Com base nesse princípio não se faz distinção entre filho matrimonial, não matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a legitimidade simples ou espúriedade.

Portanto, não há que se falar em distinção entre filhos e a CF/88, tratou de extinguir por completa tal classificação em seu artigo 227, 6§, bem como do artigo 1.596 do Código Civil de 2002 e artigos 20 e 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069.

Nesse sentido Dias (2016, p.74): “[...] é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos. ”

Logo, qualquer forma de discriminação foi abolida da Constituição, pois a filiação é um direito comum a todos os filhos.

## **2.7 Princípio da Proteção da Criança e do Adolescente**

O artigo 227 da CF/88, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/90, são a base para o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Gagliano (2017, p.1.090) “ Os filhos menores — crianças e adolescentes — gozam, no seio da família, por determinação constitucional (art. 227 da CF), de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento”.

Assim, temos que o objetivo principal dos dispositivos mencionados é a proteção e o melhor interesse da criança e do adolescente tornando-os titulares de direitos. Como afirma

Lôbo, (*apud* Dias 2016, p.1.275), o princípio da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.

Logo, como as Crianças e adolescentes até os 18 anos são indivíduos que estão em desenvolvimento é dever da família, da sociedade em geral e do Estado assegurar os direitos destes e destinar-lhes um tratamento especial.

## 2.8 Direito de Família no Direito Romano

Os doutrinadores reconhecem a importância do direito romano e sua influência no direito brasileiro com relação à estrutura da família como sendo uma unidade econômica, religiosa, onde havia uma chefia familiar dominada por um homem. Este exercia as mais variadas funções como: chefe político, sacerdote, líder, guia e juiz. Nas palavras de Pereira (2017, p.54):

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae* totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à esposa, sem alteração na sua capacidade: não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio perpetua* que justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Logo, no Direito Romano, a família era organizada por um conjunto de pessoas que estavam sob a autoridade do *pater familiares* que detinha o poder sobre o patrimônio, os filhos e a mulher.

Sobre este aspecto o *pater familiares* era o chefe de família e ainda nesse sentido os ensinamentos de Rodrigues (2001, p.347-348):

Com efeito, o pátrio poder, na forma como é instituído em Roma, tem o fundamento político e religioso que lhe explica os aparentes exageros. O pater é não só o sacerdote do culto familiar, como chefe de um pequeno agrupamento humano, a família, que constituía a célula em que se baseia toda a organização política do Estado. Através de sua autoridade se estabelece a disciplina e assim se consolida a vida dentro do lar e, por conseguinte, dentro da sociedade. Daí ser conveniente assegurar essa ampla autoridade paternal.

Como se pode observar o pater detinha um poder absoluto ilimitado que através dos fragmentos acima mencionados extrai-se o reforço da autoridade paterna e o *domínium in dono* em caráter vitalício.

No casamento Romano, conforme explica Nogueira (2007, p.03):

[...] existiam duas possibilidades para a mulher: ou continuava se submetendo aos poderes da autoridade paterna (casamento sem manus), ou ela entrava na família marital e devia a partir deste momento obediência ao seu marido (casamento com manus). Além disso, duas espécies de parentesco existiam no Direito Romano: a agnação consistia na reunião de pessoas que estavam sob o poder de um mesmo pater, englobava os filhos biológicos e os filhos adotivos, por exemplo. A cognação era o parentesco advindo pelo sangue. Assim, a mulher que houvesse se casado com manus era cognada com seu irmão em relação ao seu vínculo consanguíneo, mas não era agnada, pois cada qual devia obediência a um pater diferente, ou seja, a mulher ao seu marido e o irmão ao seu pai.

No direito romano a estrutura familiar girava em torno do *pater familiar* e com o passar do tempo surgiam novas regras os indivíduos que estavam sobre a autoridade do *pater* passaram a ter patrimônios individuais que ficaram conhecidos como *pecúlios*. Segundo Pereira (2017, p.54):

Mas, com o tempo, arrefeceram estas regras severas: conheceu-se o casamento sine manu; as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos, constituídos pelos bens adquiridos como soldados (*peculium castrense*), pelos que granjeavam no exército de atividades intelectuais, artísticas ou funcionais (*peculium quase castrense*) e pelos que lhe vinham por formas diversas desses (*peculium adventicium*).

Dessa forma, a evolução do direito romano foi no sentido de se restringir a autoridade paterna, conferindo autonomia para a mulher e os filhos. Houve a substituição do parentesco *cognatício* (parentesco pelo sangue) pelo *agnatício* (vincula as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo pater, mesmo que não fossem consanguíneos). Pois na impossibilidade de ter filhos os romanos adotavam a prática da adoção.

Nas explicações de Rodrigues (2001): “[...] o Direito Romano guarda a adoção essa principal característica, ou seja, a de proporcionar prole civil àqueles que não a tem consanguínea. E busca-se, através dela imitar a natureza”.

Assim, a adoção é um ato solene que cria um vínculo fictício de filiação, pois no direito romano quando não se tinha filhos sanguíneos a adoção era o meio que solucionava a questão da sucessão.

Segundo Dias (2016): “[...] ocorreu uma nova estruturação na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função, - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente”.

Logo, a adoção imita todos os aspectos da filiação consanguínea alargando o conceito de família. Na antiguidade segundo Venosa (2011, p.04):

Família era um grupo de pessoas sob um mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados. Por essa razão, havia necessidade de que nunca desaparecesse, sob pena de não mais serem cultuados os antepassados, que cairiam em desgraça. Por isso, era sempre necessário que um descendente homem continuasse o culto familiar. Daí a importância da adoção no velho direito, como forma de perpetuar o culto, na impossibilidade de assim fazer o filho de sangue.

Portanto, deduz-se do parágrafo supramencionado que o conceito de família independia da consanguinidade. Que a família é a união de pessoas ligadas por laços de sangue ou não, permitindo a elasticidade de seu conceito.

## 2.9 Direito de Família no Código Civil de 1916

A família do Código Civil de 1916, tem como característica marcante o patriarcalismo sustentado pela suposta hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos. Segundo Rodrigues (2001 p.18):

[...] a família de que cuida o legislador de 1916 é a tradicional, inspirada no privilégio da varonia, pois o art. 233 do Código Civil declara que o homem é o chefe da sociedade conjugal. Ele limita bastante os direitos da mulher casada, que inclusive é vista como relativamente incapaz quanto a certos atos e à maneira de os exercer (art.6º).

Logo, a mulher detinha uma posição inferior ao do homem, quando solteira vivia sob a dominação do pai ou de seus irmãos e quando casava submetia-se a autoridade do marido.

Neste sentido Dias (2016, p.51): “relata que as referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família constituída pelo casamento”.

O Código Civil de 1916 somente regulamentava e aceitava como família aquela união formada pelo matrimônio e na consanguinidade, garantindo, portanto, proteção apenas à família legítima, afastando os direitos de filhos havidos de outras relações, que tinham um tratamento claramente diferenciado, desprovidos de reconhecimento e de direitos. Segundo Dias (2016, p.178):

Somente o casamento constituía a família legítima. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de concubinato, foram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica. Não geravam qualquer direito. [...] A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel distinção entre os filhos. A prole concebida fora do casamento era alijada de qualquer direito. Nominados de naturais, espúrios, adulterinos, incestuosos, eram considerados filhos ilegítimos e sem direito de buscar sua identidade [...] Os filhos eram punidos pela postura do pai, que saía premiado, não assumindo qualquer responsabilidade para com os frutos de suas aventuras amorosas. Onerada era a mãe, que acabava tendo de sustentar o filho sozinha, pagando o preço pela "desonra" de ter dado à luz um "bastardo".

Desse modo, a família legítima era a base do direito romano e as relações extramatrimoniais não tinham proteção alguma ficavam, portanto, a mercê da sociedade e os filhos eram os mais prejudicados, haja vista pagar pelos atos de seus pais.



Nesse sentido Venosa (2011, p.224-225): “O artigo 337 do antigo Código dispunha que eram legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé”.

O presente artigo foi expressamente revogado pela lei nº 8.560/92 que regulou a investigação da paternidade fora do casamento. Haja vista que o Código Civil de 1916 dava amparo apenas a família legítima, ou seja, aquela advinda do casamento, afastando a proteção legal que os filhos havidos de outras relações também deveriam ter.

Um dos grandes marcos a romper com essa soberania masculina foi o Estatuto da Mulher Casada lei nº 4.121/62. Apresentou uma visão não discriminatória, concedendo plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal, além de poder tornar-se economicamente ativa sem necessitar da autorização do marido e trouxe inovações importantes a respeito da igualdade dos cônjuges.

O marido deixou de ser o chefe absoluto da sociedade conjugal, a mulher passa a ter direito sobre os seus filhos, compartilhando do pátrio poder. Segundo Venosa (2011), a lei nº 4.121, de 27-08-1962, Estatuto da Mulher Casada, que eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, inaugura entre nós a era da igualdade entre os cônjuges, sem que, naquele momento, a organização familiar deixasse de ser preponderantemente patriarcal, pois muitas prerrogativas ainda foram mantidas com o varão.

Nesse sentido os artigos da lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 que vigoram com a seguinte redação:

Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”.

Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos incisos. II e III, do artigo 242.

Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família”.

Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

Nota-se que a lei 4.121/62 buscou o equilíbrio das relações dando autonomia e direitos a mulher.

Com o passar do tempo houve grandes transformações sociais: o Decreto-lei nº 3.200/41, dispõe sobre a organização e proteção da família e proibiu qualquer menção à filiação ilegítima nas certidões de nascimento. Decreto-lei nº 3.200/41: Art. 14. Nas certidões do registro civil,

não se mencionará a circunstância de ser legítima, ou não, a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial. O passo seguinte foi a lei do divórcio, segundo Dias (2016, p.179):

A Lei do Divórcio (L 6.515/77), em vez de regular somente a dissolução do casamento substituiu a palavra desquite pela expressão separação judicial, mantendo as mesmas exigências para sua concessão. Mas trouxe alguns avanços em relação à mulher. Tornou facultativa a adoção do nome do cônjuge. Estendeu ao marido o direito de ele pedir alimentos, que antes só era assegurado à mulher "honesta e pobre.

Outra alteração significativa foi a mudança do regime legal de bens. No silêncio dos noivos, em vez da comunhão universal passou a vigorar o regime da comunhão parcial de bens. Mas a plena libertação da mulher restou selada com o fim do instituto da separação (EC 66/10), que, ao acabar com o instituto da culpa, livrou-a do estigma que sempre a perseguiu”.

Logo, há de se perceber que houveram grandes transformações nas relações e que faz parte do dia a dia, uma evolução diária e necessária para se adequar à sociedade atual.

## **2.10 Direito de Família na Constituição de 1988**

A Constituição Federal de 1988 traz em si um marco histórico para o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o códex anterior (Código Civil de 1916), consagrava diferenças de tratamento entre filhos que hoje, não são mais aceitos.

Nas palavras de Venosa (2011): “No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a constituição de 1988, que não mais distingui a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal”.

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional. No que diz respeito aos filhos, e a evolução dos valores da civilização ocidental que levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade.

Conforme Gonçalves (2017, p.26): “ [...] já foi dito que a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Prevê o art. 1.º, III, da CF/1988, que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se do que se denomina princípio máximo. Diante desse regramento infestável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar nos direitos da personalidade.

Logo, a Carta Constitucional abriu novos horizontes ao direito de família, dedicando especial atenção a esta no que diz respeito a assistência e o planejamento familiar. Segundo Dias (2016, p.179-180):

[...] Ainda que o princípio da igualdade viesse consagrado desde a Carta Política de 1937, a atual Constituição foi além. Já no preâmbulo assegura o direito à igualdade e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (CF 3.º IV). Além da igualdade de todos perante a lei (CF 5.º), pela primeira vez é enfatizada a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (CF 5.º I). De forma até repetitiva, afirma que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226 § 5.º).

Os art. 226 e 227 da Constituição Federal, gerou efeitos devastadores numa ordem jurídica, do Direito de Família, que se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos.

O citado art. 227, redimensionou a ideia de filiação, enquanto o art. 226 incluiu no plano constitucional o conceito de entidade familiar, quer decorrente da união estável entre homem e mulher, quer daquele oriundo da comunidade entre qualquer dos pais e seus descendentes, previstos no art. 226, § 4º, da Constituição Federal. A igualdade entre filhos, é contemplada no art. 227, § 6º, da CF/88. Segundo Lôbo (2011, p.2.016):

Filiação procede do latim filiatio, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace. Sob o ponto de vista do direito brasileiro, a filiação é biológica e não biológica. Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha a exclusividade.

Portanto, filiação é a relação vinculatória entre os indivíduos que descendem uns dos outros ou de situações reconhecidas pelo direito, por exemplo, a adoção, a socioafetividade ou de técnicas de reprodução assistida.

## **2.11 Direito de Família no Código Civil de 2002**

Finalmente, o Código Civil de 2002 inseriu título referente ao Direito da Família (Direito Pessoal, Direito Patrimonial, Da União Estável, Da Tutela e da Curatela), Sucessões (Sucessões em Geral, Sucessão Legítima, Sucessão Testamentaria, Inventario e Partilha) incorporando, seus artigos, os princípios básicos das aludidas leis, que tem agora caráter subsidiário, tratando, também dos aspectos pessoais e patrimoniais.

Complementando, o art. 1.596 do CC/02 tem a mesma redação, consagrando ambos os dispositivos o princípio da igualdade entre filhos. Esses comandos legais regulamentam especificamente na ordem familiar a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante no art. 5º., caput, da CF/1988, um dos princípios do Direito Civil Constitucional. Está superada antiga discriminação de filhos que constava no art. 332 do CC/1916, cuja lamentável redação era a seguinte: “o parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; Natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”.

Esse dispositivo já havia sido revogado pela Lei 8.560/1992, que regulamentou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Nas palavras de Pereira (2017, p.406):

Ao dar ênfase as relações entre pais e filhos concebido na constância do casamento, colocou o Direito Civil em plano destacado a filiação havida das relações de casamento. Não pode, todavia, desconhecer a existência dos filhos nascidos de pais que jamais se uniram em matrimônio. Eles constituem, prima facie, uma realidade biológica. O nascimento de um filho (qualquer filho) cria uma relação de fato entre ele próprio e seus pais: o fato da maternidade e a relação fática e genética da paternidade.

A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. 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.

Nesse sentido o artigo 1.593 expõe que o parentesco pode ser natural ou civil e esclarece que ele pode resultar da consanguinidade ou de outra origem. De acordo com Pereira (2017, p.413)

O art. 1.609 do Código de 2002 abrangeu as hipóteses de “reconhecimento voluntário da paternidade”, reunindo as situações previstas no art. 357 do Código de 1916, aquelas constantes do art. 26 da Lei nº 8.069/1990, englobando, ainda, as hipóteses indicadas no art. 1º da Lei nº 8.560/1992.

Logo, o Código Civil de 2002, bem como as leis de investigação de paternidade e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem que o vínculo de filiação seja ele afetivo ou natural/ sanguíneo é essencial para que ocorra o reconhecimento da paternidade.

Assim, o “reconhecimento voluntário” far-se-á nas seguintes modalidades:

- I – No registro do nascimento;
- II – Por escritura pública ou escrita 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 o objeto único e principal do ato que o contém.

Assim, o Código Civil de 2002 amplia o direito de família, dispõem de regras que regulamentam a união estável como entidade familiar, da legitimidade aos filhos nascidos de outras relações, reafirma a igualdade entre os filhos em direitos e qualificações, como consignado na Constituição Federal, introduz nova disciplina do instituto da adoção, compreendendo tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos.

### 3. FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 substituiu o capítulo II, que antes tratava Da Filiação Legítima, e agora, mais abrangente, trata simplesmente da Filiação e em seu artigo 1.596 seguiu as diretrizes do artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer que os filhos havidos ou não da relação de casamento terão os mesmos direitos. Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Apesar de todo o amparo da lei ainda há muita discriminação e o tratamento não é igualitário para todos os filhos. O novo Código Civil procura dar expresso tratamento aos conflitos de presunções relativas as matérias omissas do Código anterior.

Ressalta-se que o instituto da família não deve ser estudado de modo restrito, como se fazia no Código Civil de 1916, pois o legislador vem dando maior ênfase ao que dispõe a CF/88, buscando mudanças e principalmente a adequação de uma realidade que há muito tempo existia, mas que somente após a Carta Magna de 1988 é que vem alcançando espaço visíveis e gritantes na nova estrutura familiar, na busca de quebrar barreiras morais. Portanto, há de se acrescentar que o Código civil ratificou as mudanças da Constituição Federal que acrescentou a afetividade como um elemento que caracteriza as relações familiares.

#### 3.1 Definição

Verifica-se que a Constituição e o Código Civil de 2002 em seus artigos 1.596 a 1.617, não apresentam em seu texto uma definição de filiação. Todavia, nos utilizaremos da visão doutrinária na busca de conceituá-la.

Assim, preleciona Leite, (*apud* Gonçalves 2017, p.395): “[...] que a verdadeira filiação – está a mais moderna tendência do direito internacional – só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética. ”

Logo, a filiação é toda relação que une pais e filhos desde a sua constituição, independente de como ela se deu, seja por laços sanguíneos ou de afetividade.

Dias (2016, p.657) conceitua da mesma forma, explicando que:

[...] a filiação começou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, compreendendo o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, ser biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos.

Portanto, a filiação tem como fundamento as relações pautadas no afeto existente entre pais e filhos, independente de relações biológicas ou de presunção legal de paternidade ou maternidade.

O Novo Código Civil de 2002 consagra em seu corpo o casamento como presunção de paternidade e maternidade, regra do antigo Código Civil de 1916 que foi mantida com algumas modificações pelo atual Código. Portanto, a sociafetividade vai além das relações biológicas. E com as transformações pelas quais passou o direito de família saímos de uma concepção de caráter meramente econômico, social e religioso para se afirmar como um grupo pautado na afetividade e no companheirismo.

No mesmo sentido dos autores mencionados, Fachin (2003) explana que é construída a filiação sociológica, não importando a descendência, mas sim os cuidados e carinhos explanados no tratamento diário, onde o afeto é transmitido no lar e em público, sendo este afeto paternal, que vai além da genética.

Assim, cabe aos juízes destinar às relações de afeto a mesma proteção jurídica concedidas as relações biológicas. Dado o entendimento que não deve haver discriminação entre as relações de afetividade e consanguinidade.

Dessa forma, o conceito de filiação deixou de ser apenas aquele advindo do relacionamento matrimonial, e hoje temos uma conceituação moderna onde há a adoção do vínculo afetivo paterno-filial.

### **3.2 Tipos de parentesco**

O parentesco é um importante instituto do Código Civil está previsto nos artigos 1.591 ao 1.595, a partir dessa base legal determina-se algumas espécies de parentesco e como elas surgem. Assim, para Gagliano (2017, p.1.305):

[...] entende-se por parentesco a relação jurídica, calcada na afetividade e reconhecida pelo Direito, entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar, seja pela ascendência, descendência ou colateralidade, independentemente da natureza (natural, civil ou por afinidade).

No mesmo sentido, Dias (2016, p.637): “[...] as relações de parentesco são os vínculos decorrentes da consanguinidade e da afinidade que ligam as pessoas a determinado grupo familiar. ”

Logo, a relação de parentesco não se limita as relações sanguíneas, mas também abrange a socioafetividade. Segundo Diniz (2011, p.468): “[...] parentesco é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo.”

O que se extrai das visões doutrinárias é que há vários tipos de parentesco, que não temos um único tipo fixo e definido e sim que estamos diante de uma construção o que implica em uma multiplicidade de possibilidades. No Código Civil verificamos tal variedade de parentesco ao ler o artigo 1.593.

Como se pode observar a expressão “outra origem”, abre margem para outras modalidades de parentesco e não apenas aos relacionados ao vínculo de sangue. Abrindo-se espaço para o reconhecimento da socioafetividade.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, mencionados por Pereira (2017, p.377): “[...] se referem a um tríplice critério de parentalidade: a parentalidade biológica, a parentalidade registral e a parentalidade socioafetiva. Significa, em concreto, a possibilidade de produção de efeitos jurídicos a partir de três diferentes primas de parentesco.”

Com a ampliação do conceito de parentesco o Código Civil em seu artigo 1.593, bem como a doutrina vem atribuindo a estas classificações, são elas: parentesco Consanguíneo ou natural, parentesco Civil e parentesco afetivo.

### **3.2.1 Parentesco Consanguíneo ou natural**

O parentesco consanguíneo ou natural, assim chamado pois tem sua origem em um mesmo tronco comum. Neste caso temos duas possibilidades segundo os artigos 1.591 (linha reta) e 1.594 (colateral) ambos do Código Civil. Para Dias (2016, p.641):

Parentes consanguíneos são as pessoas que têm entre si um vínculo biológico. Assim, são parentes as pessoas que descendem umas das outras, ou têm um ascendente comum. O estabelecimento dos elos de parentesco sempre tem origem em um ascendente: pessoa que dá origem a outra pessoa. Descendentes são os parentes que se originam a partir da filiação.

Portanto, parentesco por consanguinidade é aquele que decorre da origem genética de cada indivíduo, e pode ser comprovado através da realização do exame de DNA. Segundo Pereira (2017, p.373): “[...] a consanguinidade, que se pode definir como a “[...] relação que vincula, umas às outras, pessoas que descendem de um mesmo tronco ancestral”.



No mesmo sentido Diniz (2011, p.467) parentesco natural ou consanguíneo, que é o vínculo entre pessoa descendentes de um mesmo tronco ancestral, portanto ligadas, umas às outras, pelo mesmo sangue.

Dessa forma, como a relação de consanguinidade pode ser facilmente detectada por exames médicos é possível o reconhecimento da paternidade através de uma ação judicial de natureza declaratória. Direito este fundamental e personalíssimo.

Nessa linha de raciocínio o Código Civil em seu artigo 1.597, estabelece a presunção de estado de filho consanguíneo. Assim temos uma série de situações, tais como:

Art. 1597, CC

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;

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.

Logo, o parentesco é uma relação que ganha amparo legal, que resguarda deveres e direitos recíprocos.

### 3.2.2 Parentesco Civil

O parentesco civil advém de uma decisão jurídica, baseada na vontade, se dá especialmente em processos de adoção ou de qualquer outra origem que crie laços. Segundo Venosa (2011, p.216):

[...] a adoção é o vínculo legal que se cria à semelhança da filiação consanguínea, mas independentemente dos laços de sangue. Trata-se, portanto, de uma filiação artificial, que cria um liame jurídico entre duas pessoas, adotante e adotado. O vínculo da adoção denomina-se parentesco civil. No sistema atual, o adotado tem os mesmos direitos do filho de consanguíneo.

Maria Berenice Dias, procurou esclarecer o que seria o parentesco civil e amplia o seu conceito dando maior abrangência. Assim o definiu, Dias (2016, p.640): “[...] parentesco civil não é somente o que resulta da adoção. Também é o que decorre de qualquer outra origem que não seja a biológica. Não há como deixar de reconhecer que a concepção decorrente de fecundação heteróloga (CC 1.597 V) gera parentesco civil”.

Portanto o parentesco civil advém de qualquer outra relação que não seja a natural/consanguínea.

### 3.2.3 Parentesco Afetivo

O parentesco decorrente da afetividade adveio com a redação do Código Civil de 2002 no artigo 1.593 que prevê que o parentesco pode se dar por “outra origem”.

Pereira (2017, p.377), esclarece o conceito de socioafetividade no seguinte sentido: “[...] parentesco socioafetivo que deflui de um vínculo estabelecido, não pelo sangue, mas pela relação cotidiana de carinho, respeito e solidariedade entre determinadas pessoas que se tratam, reciprocamente, como parentes”.

Logo, o afeto deve ser apontado como um dos principais elos das relações familiares, fundado por gestos de carinho, respeito, cuidado, reciprocidade e amor, o que faz nascer o vínculo de filiação. E deste nascem elos, que iram estabelecer direitos e deveres recíprocos entre os integrantes de tal relação.

Dias (2016, p.657): “A desbiologização da paternidade - expressão cunhada por João Batista Villela - identifica pais e filhos não biológicos, não consanguíneos, mas que construíram uma filiação psicológica”.

Verifica-se a existência de uma legislação e também de uma doutrina ampla e que admite várias formas de reconhecimento da filiação.

### 3.3 Igualdade entre Filhos

O legislador do Código Civil de 1916 centrava suas normas na família legítima, ou seja, aquela advinda do casamento, marginalizando as que não provinham do casamento e por consequência ignorou o direito dos filhos de outras relações que não a matrimonial.

Com a elaboração da Constituição de 1988, houve a quebra desse antigo paradigma e os filhos havidos de outras relações passam a ter direitos e principalmente houve a vedação a discriminação entre estes. Assim como os adotados e os filhos socioafetivos.

O tratamento de igualdade entre filhos considerados ilegítimos, segundo os pais fossem casados ou não, e adotivo, que existia no Código Civil de 1916, vem evoluindo em nossa legislação no sentido da concessão de direitos mais amplos e de sua progressiva equiparação aos filhos legítimos. Um grande passo foi a Lei nº 6.515/1977, que extinguiu a discriminação dos filhos ilegítimos, passou a admitir o reconhecimento da filiação adulterina.

De acordo com Venosa (2011, p.226): “[...] sob tal prisma, a Constituição brasileira vigente coroou tendência universal. Não se discriminam os filhos em razão de sua origem, aspecto que a sociedade, há muito, não sem alguma resistência, já se encarregava de observar”.

Logo, os filhos havidos de outras relações passam a ter reconhecimento na ordem jurídico e proteção legal, já que não poderiam sequer investigar a sua parentalidade. Sob a justificativa de que a exclusão se dava pela necessidade de proteção ao casamento a tradição das famílias e a repressão aos escândalos. Neste sentido Dias (2016, p.654):

[...] a necessidade de preservação do núcleo familiar - leia-se, preservação do patrimônio da família - autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, ilegítimos e legitimados.

Hoje, porém, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância e outros por via de adoção, mas com iguais direitos e qualificações.

### 3.4 Elementos que configuram a Parentalidade Socioafetiva

Há elementos estruturais que podem configurar parentalidade socioafetiva, tais como: tempo de convívio familiar, afetividade, assim como a vontade de ser pai/mãe. Dias (2016, p.658):

Existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: (a) critério jurídico - previsto no Código Civil, estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC 1.597); (b) critério biológico - é o preferido, principalmente em face da popularização do exame do DNA; e (c) critério socioafetivo - fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa. Pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue.

No presente tópico cuida-se deste último critério, qual seja, o critério socioafetivo e os elementos que configuram a afetividade e não guardam relação alguma com a genética. Já que com o desenvolvimento da ciência e a realização do exame de DNA a paternidade biológica pode ser facilmente identificada. Assim, afirma Vilela, (*apud* Gagliano 2017, p.1.299):

O que vivemos hoje, no moderno Direito Civil, é o reconhecimento da importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem fazer prevalecer a verdade genética sobre a afetiva, ou seja, situações há em que a filiação é, ao longo do tempo, construída com base na socioafetividade, independentemente do vínculo genético, prevalecendo em face da própria verdade biológica.

O afeto é adquirido pela convivência e se consubstancia nos detalhes das relações de carinho, amor e cuidado de ter alguém como se filho fosse. Para Paulo Lôbo, citado por Pereira (2017, p.86): “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”.

Logo, a filiação é fruto do desejo de ser pai, assim como de ser filho. Desejo este que se constrói com o tempo, pois não é algo que sempre se apresenta desde a concepção/ nascimento. Segundo Pereira (2017, p.433):

Há que se considerar, também, na compreensão moderna da relação de parentalidade, além do afeto, o valor “cuidado”, também identificado como princípio jurídico, representando o denominador comum no atual sistema de proteção nas relações familiares, marcado pelo compromisso e responsabilidade dos detentores da paternidade e maternidade biológica e socioafetiva.

Amor, dedicação, assistência, vontade, são elementos tão importantes quanto o sobrenome proveniente das relações biológicas, vez que a filiação ganha fortalecimento com os critérios mencionados. Para Gonçalves (2017, p.394 e 395):

[...] essa verdade socioafetiva não é menos importante que a verdade biológica. A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente, perante o grupo social e a família”.

Portanto, a paternidade/maternidade socioafetiva tem fundamento no relacionamento diário, cuidado, amor, vigilância. Ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar, e sim na circunstância amar. O afeto é à base da paternidade.

### **3.5 Reconhecimento do Estado de Filho**

Embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade. Sendo o desejo de ser pai/mãe socioafetivo demonstrado ao logo do tempo um dos pilares para o reconhecimento da paternidade/ maternidade. O que se convencionou pela doutrina o chamado posse de estado de filho. Segundo Dias (2016, p.668): “ [...] a posse do estado de filho se revela pela convivência familiar”.

Logo, com a posse do estado de filho é que gera o vínculo de parentesco e consequentemente desta decorrem responsabilidades do poder familiar.

No mesmo sentido Gagliano (2017, p.1.300): “ [...] posse do estado de filho, em que, exteriorizando-se a convivência familiar e a afetividade, admite-se o reconhecimento da filiação”.

Logo, a posse do estado de filho revela-se na vontade de declarar alguém como seu filho, tratando-o perante terceiros como tal, dando publicidade, continuidade e a ausência inequívoca da relação entre pai e filho, concedendo a outrem o gozo de direitos e atribuindo-lhe deveres.

O Enunciado 519 do CJF afirma que a posse do estado de filho é fundamental para que seja feito o reconhecimento da parentalidade socioafetiva: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai

(s) e filho (s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Logo, a paternidade socioafetiva caracteriza-se pela reunião de três elementos clássicos:

Inicialmente o desejo de ser filho conjuntamente com o desejo de ser pai, o que faz supor a existência do laço de filiação, baseado no afeto recíproco no tratamento, que corresponde ao comportamento, como atos que expressem a vontade de atribuir a outrem um nome, ou seja, apelido de família. Todavia o elemento nome, não possui grande valor para a posse de estado de filho, segundo alguns autores, dentre eles:

Rodrigo da Cunha Pereira, citado por Dias (2016, p.659):

[...] podemos definir o pai como o genitor, o marido ou companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo seu nome? A resposta só pode ser uma: nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência.

Tratar como faria um pai, é, portanto, um dos principais elementos para a configuração do estado de filho sem a necessidade de utilização do nome do pretense pai pelo suposto filho.

A fama, que constitui a imagem social, ou seja, fatos exteriores que revelam uma relação de paternidade com notoriedade que se manifesta na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social, devendo esse fato ser contínuo e apresentar uma certa duração que revele estabilidade. Essas circunstâncias, reveladas pela convivência, constituem os elementos do que se denominou posse de estado de filho. Consoante observa Lôbo, (*apud* Gagliano 2017, p.1.300):

A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, segundo as características adiante expostas, devendo ser contínua.

Assim, a filiação não mais está atrelada a exclusivamente a genética, mas também na afetividade. No mesmo sentido, Madaleno, citado por Pereira (2017.p.390- 391):

[...] a posse de estado de filho recebe abrigo nas reformas do direito comparado, o qual não estabelece os vínculos parentais com o nascimento, mas sim na vontade do genitor, e esse desejo é sedimentado no terreno da afetividade e põe em xeque, tanto a verdade jurídica, como a certeza científica no estabelecimento da filiação.

Uma vez reconhecido e declarado o estado de filho terá como consequência o reconhecimento do vínculo parental, como citado anteriormente, vez que este vem se sobrepor à verdade biológica. E como a constituição em seu artigo 227, §6º, veda qualquer tipo de discriminação entre filhos, a estes serão atribuídos todos os direitos decorrentes desta filiação. Direitos estes que são irrenunciáveis, imprescritíveis.

### 3.6 A Comprovação da Socioafetividade *Post Mortem*

No presente item, investiga-se se é possível o reconhecimento *post mortem* da parentalidade socioafetiva. Na jurisprudência já encontramos entendimento e posicionamento contra e a favor, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *post mortem*. Posse de estado de filho. Ausência de comprovação. Manutenção da sentença de improcedência. O reconhecimento de relação parental socioafetiva é cabível apenas para o efeito preservar uma filiação juridicamente já constituída, que decorra de ato formal e voluntário pelo registro (art. 1. 603 do CCB), não se prestando para instituir, de modo forçado, uma filiação inexistente no plano jurídico, à revelia da vontade do suposto pai socioafetivo, já falecido- o qual, em vida, não manifestou sua intenção de adotar o demandante. Des. <sup>a</sup> LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO. Porto Alegre, 31 de agosto de 2016. Apelação Cível nº 70070378492 (Nº CNJ: 024804318.2016.8.21.7000), TJ-RS.

Como em alguns, casos os supostos filhos só buscam o reconhecimento da filiação após a morte, exige-se assim a expressa comprovação da vontade do reconhecimento da socioafetividade, ou seja, é necessário além da posse do estado de filho a comprovação da manifestação expressa de vontade do falecido que exerceu a filiação socioafetiva. Assim se apresenta o presente julgado:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA *POST MORTEM*. Possibilidade jurídica do pedido. Sentença modificada. A impossibilidade jurídica do pedido, como categoria jurídica afeta às condições da ação, não pode ser declarada quando inexistente no ordenamento qualquer preceito que vede a dedução dos pedidos formulados pela parte autora. Reconhecimento de paternidade socioafetiva - Ajuizamento da ação após a morte do pai afetivo - Ausência de proibição legal - Tutela jurídica - Posse de estado de filho - Princípio da isonomia - Igualdade da filiação - Cabimento da ação - Limitação - Inadmissibilidade - Condição da ação - Existência - Possibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo sem resolução de mérito - Não cabimento - Provimento do recurso. (TJMG; APCV 0063321-24.2010.8.13.0518; Poços de Caldas; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Alberto Vilas Boas; j. 5.4.2011; DJEMG 6.5.2011). Apelação Cível 1.0518.10.006332-1/001.

Assim sendo, é plenamente possível o reconhecimento *post mortem* da parentalidade socioafetiva, desde que, em vida, tenham existido a relação afetiva e a posse de estado de filho, ou seja o desejo de ser pai/mãe de outrem e de ser filho. Senão teremos uma ação judicial de cunho meramente patrimonial, o que deve ser repudiado.

#### 4. A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Há novas estruturas parentais, uma delas é a parentalidade socioafetividade. A princípio, como anteriormente explicado se reconhecia apenas a filiação biológica e civil, estabelecida pela adoção, havia uma distinção jurídica entre os filhos havidos ou não do casamento. Tal estrutura passa por uma grande transformação, e a Constituição de 1988 rompe com antigos paradigmas. Nas palavras de Gonçalves (2017, p.36):

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art.226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no §6º do art.227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designação discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.

Essas mudanças só foram possíveis, pois o direito brasileiro mudou consideravelmente a partir da Constituição de 1988, e as relações parentais não estão pautadas exclusivamente na condição biológica. Ultrapassada a discriminação entre homens e mulheres e a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, um novo status de filiação se configura, diante de novas posturas sociais, sobrepondo o afeto acima de conceitos jurídicos. Assim para Gama, (*apud* Dias 2016, p.640):

[...] paternidade, maternidade e filiação não decorrem exclusivamente de informações biológicas ou genéticas - dá-se relevo a sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetiva, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade, para o fim de estabelecer relações de parentesco.

Logo, o afeto é o fio condutor destas relações, por isso está presente e edificado no direito de família.

##### 4.1 Reconhecimento da Socioafetividade *Post Mortem*

O reconhecimento da socioafetividade tem aplicabilidade nos casos em que a vontade de ter outrem como filho tenha sido ampla e inequivocamente demonstrada.

Preleciona Moura, citado por Gonçalves, (2017, p.482): “[...] o reconhecimento tem natureza declaratória. Serve apenas para fazer ingressar no mundo jurídico uma situação que existia de fato”. Assim apesar da ausência de se efetuar o reconhecimento ainda em vida nada obsta que o reconhecimento aconteça *post mortem*.

No mesmo sentido Pereira, (2017, p.407): “[...] o ato de reconhecimento é declaratório. Não cria a paternidade: apenas declara uma situação fática, de que o direito tira consequências”. Pois a paternidade/ maternidade socioafetiva embora não tenha expressa previsão legal é uma realidade.

Segundo Dias (2016, p.733): “[...] é juridicamente possível a ação declaratória de filiação socioafetiva ser proposta após o falecimento de quem desempenhou as funções de pai”.

Desse modo, estamos diante da possibilidade que a doutrina convencionou chamar de adoção póstuma que pode ser realizada após a morte ainda que não tenha um processo de adoção em curso, desde fique demonstrada vontade inequívoca de adotar.

Assim segundo Gonçalves (2017, p.482): “ Com o reconhecimento, o filho ingressa na família do genitor e passa a usar o sobrenome deste. O registro de nascimento deve ser, pois, alterado, para que dele venham a constar os dados atualizados sobre sua ascendência”.

Logo, a doutrina reconhece a importância do reconhecimento dos laços afetivos que desencadearam alguns efeitos, tais como: o direito ao nome patronímico, alimentos e a sucessão. Ainda a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE REGISTRAL E BIOLÓGICA. DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA. O reconhecimento da paternidade genética e socioafetiva é um direito da personalidade. [...] o vínculo de afeto entre a investigante e o pai registral não pode afastar os direitos decorrentes da filiação, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. [...] com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso. (TJ-RS - Apelação Cível: AC 70074023318, Rel. Des. Jorge LuísbfDall’Agnol, julgado em 20 de julho de 2017, 8ª Câm. Cível).

No mesmo sentido, o Desembargador Antoninho Lopes, manteve a decisão de reconhecer a filiação socioafetiva póstuma, vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA. GARANTIA PREVISTA NO ORDENAMENTO. ART.1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva na medida em que esta pretensão encontra respaldo no art.1.593 do Código Civil. 2. Nos termos do art.284 do Código de Processo Civil, verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. 3. Recurso provido. Sentença cassada. (TJDF, AC 20130510142167 0014041-34.2013.8.07.0005, 4º T., Rel. Des. Antoninho Lopes, j. 11/06/2014).

Dessa forma, enquanto perdurar a omissão no ordenamento jurídico, quanto ao reconhecimento da socioafetividade *post mortem* a doutrina e a jurisprudência se encarregam de proteger e reconhecer ou não este direito. Pois, de acordo com o enunciado nº 7 do IBDFAM



(Instituto Brasileiro de Direito de Família) A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade.

#### 4.2 O Direito Sucessório Decorrente da Filiação Socioafetiva

Sucessão é o ato de transferir a outrem herança, direitos e obrigações, em razão da lei, legado, codicilo ou testamento. Assim dá-se seguimento a relações jurídicas pré-existentes. Nas palavras de Pereira (2017, p.10):

A palavra “suceder” tem o sentido genérico de virem fatos e fenômenos jurídicos “uns depois dos outros” (sub + cedere). Sucessão é a respectiva sequência. No vocabulário jurídico, toma-se a palavra na acepção própria de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de outra pessoa, e, por metonímia, a própria transferência de direitos, de uma a outra pessoa.

Suceder é o ato de transferir direitos a outrem, o que ocorre no momento da morte do “de cujus”, segundo o princípio da *Saisine* consagrado no art. 1.784 do CC. Segundo Pereira (2017, p.442): “[...] que, a partir de 2002, o cônjuge sobrevivente é herdeiro nas hipóteses previstas no art. 1.829 do Código Civil”. Assim, o direito brasileiro se encarregou de estabelecer quem seriam os herdeiros legítimos e os facultativos que seriam chamados a suceder na falta dos primeiros.

Logo, os descendentes, ou seja, a primeira classe seriam os herdeiros legítimos em concorrência com o cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1829, I do CC. E as demais classes ascendentes e colaterais serão excluídos a suceder na existência dos primeiros.

E uma vez firmado o reconhecimento do estado filiativo, através da declaração judicial os direitos dos filhos (as) socioafetivo podem ser exercidos. Pois será considerado herdeiro necessário, nos termos do art.1.845 do CC. De acordo com Gonçalves (2017, p.482):

[...] A retroatividade do estabelecimento da filiação tem sua aplicação mais importante, com efeito, sob o ângulo patrimonial, no âmbito do direito sucessório, pois “o filho que obteve o reconhecimento de seu estado quando seu pai já havia falecido, nem pelo atraso no estabelecimento da filiação deixa de ser herdeiro dele; e herdeiro em igualdade de condições com os demais filhos, se existirem, e que já estavam registrados antes”.

Assim, terá direito ao nome e conseqüentemente direito ao patrimônio, concorrendo com os herdeiros legítimos (filhos consanguíneos) por uma parte da herança. Segundo Vampré citado por Pereira (2017, p.448): “[...] o autor considerava o nome como “poder de individualizar-se e tem, portanto, caráter de direito pessoal, inalienável, imprescritível, inalienável e absoluto (erga omnes)”. Reforça, ainda, a natureza pública do direito ao nome, sempre ligado a um dever”.

Fartos são os meios para demonstrar o vínculo socioafetivo, tais como: provas documentais e testemunhal que comprovem a tese de que havia manifesto desejo de ter o outro como se filho fosse.

Preenchidos os requisitos da socioafetividade, o autor da ação poderá participar da sucessão como herdeiro, afastando a alegação mais frequente que é o interesse apenas na herança. Desse modo Dias (2017, p.819):

O adotado adquire os mesmos direitos e obrigações como qualquer filho. Direito ao nome, parentesco, alimentos e sucessão. Na contramão, também correspondem ao adotado os deveres de respeito e de obediência. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização. Art. 1596 do CC: 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.

Portanto, segundo o art. 227, § 6º da CF, bem como do princípio da igualdade entre os filhos é proibida qualquer discriminação. O filho adotado, o socioafetivo e o biológico terão os mesmos direitos sucessórios, pois uma vez declarada a filiação desta decorrem os efeitos patrimoniais. Como ensina Gonçalves (2017, p.455):

O art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90): “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

Logo, fixada a filiação todos os direitos e deveres advém naturalmente. Neste sentido o enunciado nº 6 do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). “Enunciado 06 - Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”. Assim aquele que é reconhecido como filho, deve ser reconhecido como herdeiro.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já proferiu decisão no sentido de reconhecer o direito sucessório decorrente da parentalidade socioafetiva. Vejamos:

Direito processual civil – Direito de família – Ação de investigação de maternidade, cumulada com retificação de registro e declaração de direitos hereditários – Impossibilidade jurídica do pedido – art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil – [...] Direito Civil – Apelação – Maternidade Afetiva – atos inequívocos de reconhecimento mútuo – testamento – depoimento de outros filhos – parentesco reconhecido – recurso desprovido. A partir do momento em que se admite no Direito Pátrio a figura do parentesco socioafetivo, não há como negar, no caso em exame, que a relação ocorrida durante quase dezenove anos entre a autora e a alegada mãe afetiva se revestiu de contornos nítidos de parentesco, maior, mesmo, do que o sanguíneo, o que se confirma pelo conteúdo dos depoimentos dos filhos da alegada mãe afetiva, e do testamento público que esta lavrou, três anos antes de sua morte, reconhecendo a autora como sua filha adotiva (TJMG; Ap. Cível 1.0024.03.186.459-8/001; 4ª C.C.; Rel. Des. Moreira Diniz; publicado em 23.3.2007).

No presente julgado constatou-se que existia uma relação afetiva, por este motivo o recurso foi desprovido, pois através do depoimento dos filhos da alegada mãe afetiva, bem como a disposição de última vontade desta comprovou-se a socioafetividade.

Em sentido oposto ao julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais o Tribunal de Justiça de São Paulo indeferiu o requerimento do autor que pretendia se habilitar em um inventário na condição de herdeiro. Pois os documentos juntados foram insuficientes para comprovar a afetividade. Vejamos:

INVENTÁRIO – DECISÃO QUE INDEFERIU HABILITAÇÃO DE PRETENZA HERDEIRA – Alegada adoção de fato e estado de filiação decorrente de socioafetividade – Documento juntado insuficiente para atribuir tal condição sem outras provas a corroborá-lo, ou assumir força de testamento por falta de requisitos legais – Descabe discutir no inventário questões de alta indagação a demandar a produção de provas – Pretensão relegada às vias próprias – Acerto da decisão que não admitiu o ingresso de pessoa que não ostenta a condição de herdeira – Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2124715-90.2017.8.26.0000; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Sebastião - 1ª VARA CÍVEL; Data do Julgamento: 04/10/2017; Data de Registro: 04/10/2017).

Logo, ao autor da demanda incumbe provar a existência de fatos constitutivos de seu direito, e no presente caso as provas foram insuficientes para se comprovar o estado de filiação decorrente da socioafetividade.

Segundo Pereira (2017) o reconhecimento pode se dar de forma voluntária ou por imposição legal, porem os efeitos em qualquer dos casos serão os mesmos, tanto em deveres quanto as obrigações.

Assim, diante o exposto e face os julgados e as visões doutrinarias supramencionadas conclui-se que é de suma importância a análise do caso concreto, e cabe realçar que as regras do direito sucessórios serão aplicadas em sua totalidade as relações socioafetivas que forem efetivamente comprovadas, pois os filhos afetivos serão equiparados aos consanguíneos para todos os fins. Embora tenham origens diferentes a parentalidade socioafetiva e biológica devem coexistir uma não se sobrepõem à outra.

### **4.3 A Vulnerabilidade dos Herdeiros Legítimos**

Embora o direito à herança esteja consagrado na CF/88 em seu art. 5º, XXX, e seja um direito legalmente garantido aos filhos, quando o reconhecimento da filiação socioafetiva ocorre após o falecimento do suposto pai/mãe, não é fácil a aceitação e conseqüentemente a participação deste em partilhar da herança.

Segundo Dias (2016, p.639): “No direito sucessório, a espécie de parentesco determina o modo de participar da herança, segundo a ordem de vocação hereditária (CC 1.829).” A alegação primária e mais frequente é o interesse patrimonial, já que o reconhecimento não foi feito ainda em vida.

Portanto, há de se frisar que somente após a comprovação da afetividade, através de ação judicial que reconheça presentes os requisitos da socioafetividade (relação pública, contínua e duradoura), é que se produz os efeitos pessoais e patrimoniais, do parentesco biológico. Nesse contexto, Tartuce (2017, p.270):

[...] a filiação pode ser provada por qualquer forma admitida em direito, conforme determina o art. 1.605, caput, do CC. Complementando o referido dispositivo, os seus incisos preveem que são admitidas como provas supletivas da filiação: a) prova por escrito, proveniente dos pais, de forma conjunta ou separada; b) existência de presunções relativas resultantes de fatos já certos, inclusive pela posse de estado de filhos, ou seja, pelo fato de o filho conviver há tempo com os supostos pai e mãe. Pela última previsão, há de se invocar, mais uma vez, a parentalidade socioafetiva.

Assim, na falta do reconhecimento, este poderá ser provado por qualquer outro meio admitido em direito. E caso reconhecida a socioafetividade lhes serão aplicadas todas as regras do direito sucessório. Dias aduz (2016, p.680) que:

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhes são inerentes, segundo enunciado do IBDFAM. O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é menor de idade, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe". O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos.

Logo, estando um fato devidamente comprovado, ou seja, presentes o vínculo de afeto, a posse do estado de filho, sua existência não pode ser negada. Isso significa que os filhos devem ser tratados de forma isonômica, sob pena de se violar o princípio da igualdade entre os filhos.

#### **4.4 Ação Judicial adequada para o Reconhecimento da Afetividade *Post Mortem***

Há quem advogue utilizando o termo: investigação de paternidade/ maternidade socioafetiva ou ação declaratória de paternidade/ maternidade socioafetiva. Cabe ressaltar que o nome da ação não é um dos motivos mais relevantes que venha a nos trazer grandes dores de cabeça, visto que ao julgar as demandas o Estado- Juiz vem-se utilizando do princípio da fungibilidade para dizer o direito e vem julgando todas as demandas. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferiu decisão no seguinte sentido:

*Ação Declaratória de Reconhecimento de Filiação Socioafetiva*, buscando o autor a declaração “da posse do estado de filho” de T. S. p. e O. A. P., já falecido, com base na chamada “filiação socioafetiva”, isto é, relação paterno-filial, com a consequente inclusão do nome dos pais socioafetivos em seu registro de nascimento. [...] A sentença, portanto, in casu, tem natureza declaratória, acertando uma relação jurídica até então existente apenas no plano fático, produzindo efeitos erga omnes (Sentença proferida na Comarca de Belo Horizonte – MG, em 2.3.2010, pelo Juiz Amauri Pinto Ferreira, nos autos da Ação Declaratória – Reconhecimento de filiação socioafetiva – Posse de estado de filho, autos do processo 0024.08.166633-1).

Logo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reconhece qualquer dos termos utilizados.

Pois seus julgados vêm admitindo ambas as nomenclaturas, vejamos:

Família – Apelação – *Ação de investigação de paternidade* – Irrevogabilidade da paternidade socioafetiva – Irrelevância – Prova da paternidade do investigado – Procedência do pedido – O filho pode ajuizar ação investigatória de paternidade para ver reconhecido quem é seu verdadeiro pai, fazendo-se irrelevantes a incidência da presunção pater is est ou a irrevogabilidade da paternidade socioafetiva, porquanto estas se destinam apenas a garantir a filiação já reconhecida, aplicando-se em sede de ação negatória de paternidade, e não em ação investigatória (TJ-MG; Apelação Cível 1.0024.05.852312-7/002(1); Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula; Terceira Câmara Cível; j. 30.9.2010; DJe 19.11.2010).

Sejam elas denominadas de investigação ou declaratória, haja vista o intuito ser julgar a existência ou inexistência de vínculos afetivos e não o nome da ação. Assim, as ações são protocoladas e aceitas, embora com nomes diversos.

#### 4.5 Filiação na Jurisprudência

Após todo o debate até aqui proposto, analisaremos alguns julgados que contém ou não as características para que seja reconhecida socioafetividade post mortem.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgado através do ilustríssimo relator Monteiro Rocha, reconheceu o vínculo socioafetivo, senão vejamos a decisão da Sexta Câmara de Direito Civil de Lages/ SC:

DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM - IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU - RECURSO DO REQUERENTE - PROVAS DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL DA SOCIOAFETIVIDADE - ESTADO DE FILIAÇÃO COMPROVADO - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. A posse do estado de filiação, consubstanciada em relação afetiva e pública como pais e filho, autoriza o reconhecimento de filiação socioafetiva, amparada na lei civil (art. 1.593 do CC) e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). **Processo:** 0301375-12.2014.8.24.0039 (Acórdão). **Relator:** Monteiro Rocha. **Origem:** Lages. **Órgão Julgador:** Sexta Câmara de Direito Civil. **Julgado em:** 05/12/2017. **Classe:** Apelação Cível.

Trata-se de uma Apelação Cível, ajuizada por filho que pretende ver reconhecida sua paternidade afetiva, o litígio versou sobre a possibilidade do reconhecimento socioafetivo *post mortem*, que restou comprovado os laços afetivos através de provas documentais e testemunhais.

No mesmo sentido foi o julgamento do Relator Romulo de Araújo Mendes, em um caso em que se discutia posse de estado de filho, assim decidiu o colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. FILHA DE CRIAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PAI E MÃE REGISTRAL/BIOLÓGICO. POSSE DO ESTADO DE FILHO. EXISTÊNCIA. NATURAL TRATAMENTO DA AUTORA COMO FILHA. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA (Processo: APC 20150510068078; Órgão Julgador; 1ª Turma Cível; Publicado no DJE: 11/09/2015. Página 103; Julgamento: 2 de setembro de 2015; Relator: Romulo de Araújo Mendes).

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

Em sentido oposto o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo como Relator Marcus Tulio Sartorato, julgou improcedente a ação de paternidade afetiva, por inexistirem provas suficientes da socioafetividade. Verifica-se:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DOS RÉUS, ESPÓLIOS DOS SUPOSTOS GENITORES SOCIOAFETIVOS. VINCULO DE SOCIOAFETIVIDADE NÃO DEMOSTRADO. ACERVO PROBATORIO INSUFICIENTE PARA COMPROVAR A EXISTÊNCIA DA POSSE DO ESTADO DE FILHO. [...]. APRESENTAÇÃO DE FOTOGRAFIAS QUE NÃO DEMONSTRAM GRANDE PROXIMIDADE ENTRE AS PARTES. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS, POR SUA VEZ, CONFLITANTES. VIZINHOS QUE INDICARAM QUE O AUTOR ERA TIDO PELO CASAL COMO FILHO. DEPOIMENTOS DE PESSOAS PRÓXIMAS AO CASAL, CONTUDO, QUE ATESTARAM QUE O AUTOR ERA APENAS UM FUNCIONÁRIO DO CASAL, O QUAL NUNCA ESTEVE PRESENTE EM MOMENTOS DE CONFRATERNIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA, FINALMENTE, DE QUALQUER ATO EM VIDA POR PARTE DOS FALECIDOS INDICANDO O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO. ENCARGO PROBATORIO NÃO SUFICIENTEMENTE DESEMPENHADO. APLICAÇÃO DO ART. 373, I, DO CPC. SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS PROVIDOS. Processo: 0302459-47.2014.8.24.0007, AC; Relator: Marcus Tulio Sartorato; Origem: Biguaçu; Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil; Julgado em: 19/03/2019; Classe: Apelação Cível.

Logo, no presente caso constatou-se que não existia os requisitos da relação parental de filiação afetiva que se podem estabelecer entre pessoas que, entre si e socialmente, se apresentem e se comportem perante a sociedade como pai/mãe e filho.

O Relator Henry Petry Junior, em Apelação Cível julgou improcedente o pedido de investigação de paternidade post mortem c/c pedido de herança, pois não foram comprovados os requisitos caracterizadores da socioafetividade.

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA E SUCESSÕES. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. – IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PATERNIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. TUTELA. NATUREZA DISTINTA. ÔNUS PROBATÓRIO DO AUTOR (ART. 373, INCISO I, CPC/2015). VINCULO NÃO COMPROVADO. – Diante da fragilidade de elementos probatórios, inconcebível o reconhecimento de paternidade fundada em socioafetividade. Em que pese ser uma prova de difícil produção, trata-se de ônus indiscutivelmente atribuído a parte autora, consoante disciplina o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Processo: 0025282-82.2012.8.24.0064, AC; Origem: São José; Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Civil; Julgado em:20/06/2017; Classe: Apelação Cível; Relator: Henry Petry Junior.

Nesse sentido a doutrina também é clara ao estabelecer que incumbe ao suposto filho produzir provas que comprovem que existia uma relação. Segundo Tartuce (2017, p. 270): “[...] o art. 1.606 do CC impõe que a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto ele viver (ação personalíssima) ”.

Logo, a posse do estado de filho, condição que caracteriza a filiação socioafetiva, requer, para o seu reconhecimento, a sólida comprovação de sua existência a ser produzida pelo autor da ação.

Em relação a manifestação inequívoca quanto a intenção de adotar, para esclarecer a matéria colaciono o julgado da Desembargadora Maria Aglae Tedesco Vilaro, da Vigésima Primeira Câmara Cível do Rio de Janeiro/ RJ.

APELAÇÃO CÍVEL. **Filiação socioafetiva post mortem.** Sentença de improcedência em razão da ausência de manifestação inequívoca e específica quanto à intenção de adotar. Apelo da autora. Argumentação voltada para a tese de que foi comprovado nos autos que a autora era tratada sem diferenciação em relação à filha biológica do falecido casal, com demonstrações de afeto e amor a ela providos. Entendimento jurisprudencial de que tal situação fática não é suficiente para a procedência da pretensão, necessária a comprovação da vontade específica de adotar. Guarda, ainda que exercida por longo tempo e de forma elogiável, não se confunde com adoção. Entendimento desta Corte e do STJ. Precedentes. NEGADO PROVIMENTO DO RECURSO. Majoração da verba honorária para 12%. Processo: 0206126-89.2014.8.19.0001 – APELAÇÃO CÍVEL; Julgamento: 19/02/2019 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL; Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 14/05/2019; Des (a). MARIA AGLAE TEDESCO VILARDO.

Assim, há de se comprovar uma manifesta intenção de estabelecimento da paternidade/maternidade. Deve-se provar que, quando em vida, o pretense pai/mãe tinha manifestado o inequívoco desejo de reconhece-la como filha.

Ainda o Desembargador Benedicto Ultra Abicair, da Sexta Câmara Cível do Rio de Janeiro/RJ, em Apelação Cível, manifestou-se quanto a inequívoca vontade de adotar, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. ADOÇÃO POST MORTEM. AUTOR QUE FOI CRIADO POR CASAL DESDE OS 6 MESES DE IDADE, POR FALTA DE CONDIÇÕES DO PAI BIOLÓGICO CRIÁ-LO, APÓS O FALECIMENTO DA MÃE. ESTADO DE FILIAÇÃO QUE NÃO RESTOU COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DA INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. FILIAÇÃO ADOTIVA DO DEMANDANTE NÃO DEMONSTRADA. REFORMA DA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. Processo: 0005505-85.2015.8.19.0019 – APELAÇÃO CÍVEL; Julgamento: 20/02/2019 - SEXTA CÂMARA CÍVEL; Des (a): BENEDICTO ULTRA ABICAIR.

Logo, a intenção manifesta de adotar é um requisito essencial para a concessão de adoção póstuma e no presente julgado não foi comprovado pelo autor da ação.

Desse modo, a posse de estado de filho vem sendo introduzido aos poucos em nosso ordenamento jurídico através da doutrina e da jurisprudência. E cabe destacar que os julgados são dotados de características próprias que evidenciam ou não os elementos constitutivos do reconhecimento do vínculo afetivo existente entre pais e filhos.

E uma vez não comprovados tais elementos caracterizadores do estado de filiação, os julgadores não tem demonstrado dúvidas ao expressar a realidade dos fatos em seus votos.



## 5. CONCLUSÃO

Através do presente estudo foi possível constatar que os doutrinadores apresentam como momento histórico da conquista do direito de filiação a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que se reconheceu a igualdade entre filhos e proibiu-se antigas discriminações.

A sociedade está evoluindo constantemente desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais, a fim de reconhecer as diversas espécies de arranjos familiares, bem como a filiação socioafetiva *post mortem* que vem ganhando espaço no âmbito jurídico, através da visão doutrinária e jurisprudencial.

Inicialmente foram analisados os princípios norteadores do direito de família, a exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana, visto ser este a base do ordenamento jurídico. Abordou-se ainda neste capítulo a evolução do direito de família, tais como a família no Direito Romano, já que o direito brasileiro tem forte influência deste, assim como também foi analisado o Código Civil de 1916 e as alterações que este sofreu ao longo do tempo, como: a investigação da paternidade, já que o código de 1916 dava amparo apenas a família legítima, bem como concedeu pela capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal.

Já a Constituição de 1988, assim como o Código Civil de 2002 adotam a doutrina da proteção integral, estabelecem a igualdade entre filhos, proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento.

No segundo capítulo, abordou-se o um novo conceito de família que deixou ser apenas aquela formada pelo matrimônio e hoje temos uma conceituação moderna onde há a adoção do vínculo afetivo paterno-filial.

Ainda no segundo capítulo, foi analisado as várias formas de parentesco e como eles surgem. Esclarecendo que a relação de parentesco não se limita as relações sanguíneas.

No terceiro capítulo, identificou-se a possibilidade da filiação socioafetiva no direito brasileiro, através das decisões judiciais. Foi analisado os elementos que caracterizam a posse do estado de filho, bem como os elementos caracterizadores da socioafetividade *post mortem*.

Vislumbra-se que embora o reconhecimento da socioafetividade *post mortem* não esteja consagrada expressamente no Código Civil ou mesmo na Constituição Federal, a afetividade deve ser analisada sob o prisma, da posse de estado de filho, que está fundada nas relações de afeto, respeito e no desejo de ter o outro como se filho fosse. Pois o conceito de família, assim como o de paternidade/maternidade sofreram nítidas alterações, pai/mãe não é apenas aqueles

que geram, mas aquele que detenha essa vontade, independentemente do fator biológico. Assim o conceito de filiação tornou-se mais amplo, pautada também no afeto.

Desse modo, o Estado tem como preocupação zelar pelo bem dos indivíduos, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que direitos não sejam lesados.

Logo, comprovados os requisitos caracterizadores das relações afetivas, quais sejam: as relações de afeto, ou seja, a convivência familiar, a intenção de adotar, o amor que uni integrantes de uma família. Nada obsta que o reconhecimento seja feito, haja vista que todo o desenrolar do processo, assim como a comprovação ou não do estado de filho passaram pelo crivo da autoridade judicial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/mar/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.200 de 19 de abril de 1941**. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11/abr/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11/abr/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.515. De 26 de dezembro de 1997**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11/abr/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 /mar/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 /mar/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2019.

BRITO, B. O. S. **Família e afetividade**: a evolução legislativa da família e o vínculo afetivo nas relações familiares. Jusbrasil, Piripiri, 20 de jun. de 2016. Disponível em: <https://brunaohanabj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 01/mai/2019.

CONSELHO, da Justiça Federal (CJF). **Enunciado** aprovado na V Jornada de Direito Civil do CNJ. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br>. Acesso em 22/abr/2019.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, P. S. PAMPLONA F, Rodolfo. **Manual de direito civil**, volume único. São Paulo: Saraiva jus, 2017.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO, Brasileiro do Direito de Família, **Enunciados do IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso: 27 /abr/ 2019.

LÔBO, P. Direito de família e os princípios constitucionais. **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: Ibdfam, 2015.

NOGUEIRA, M. B. **A Família: conceito e evolução histórica e sua importância**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 26/fev/2019.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2017.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2017.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**, 26. ed., Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **AC. N° 20130510142167**. Relator: Des. Antoninho Lopes. DJ: 11 jun. 2014. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>. Acesso em: 29/abr/19.

\_\_\_\_\_. TJ-DF. **AC. N° 20150510068078**. Relator: Romulo de Araújo Mendes. DJ: 11 set. 2015. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>. Acesso em: 04/mai/19.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **AC. N° 1.0024.03.186.459-8/001**. Relator: Des. Moreira Diniz. DJ: 23 mar. 2007. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 03/mai/19.

\_\_\_\_\_. TJ-MG. **AC. N° 1.0518.10.006332-1/001**. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. DJ: 05 abr. 2011. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 03/mai/19.

\_\_\_\_\_. TJ-MG. **AC. N° 1.0024.03.186.459-8/001**. Relator: Des. Moreira Diniz. DJ: 23 mar. 2007. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br>. Acesso em: 03/mai/19.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **AC. N° 0005505-85.2015.8.19.0019**. Relator: Des<sup>a</sup>: BENEDICTO ULTRA ABICAIR. DJ: 20 fev. 2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br>. Acesso em: 04/mai/19.

\_\_\_\_\_. TJ-RJ. **AC. N° 0206126-89.2014.8.19.0001**. Relator: Des<sup>a</sup>. MARIA AGLAE TEDESCO VILARDO. DJ: 14 mai. 2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br>. Acesso em: 04/mai/19.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AC. N° 70070378492**. Des.<sup>a</sup> LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO. DJ: 31 ago. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 03/mai/19.

\_\_\_\_\_. TJ-RS. **AC. N° 70074023318**. Relator: Des. Jorge LuísbfDall'Agnol. DJ: 20 jul. 2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 03/mai/19.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **AC. N° 0301375-12.2014.8.24.0039**. Relator: Monteiro Rocha. DJ: 05 dez. 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br>. Acesso em: 29/abr/19.

\_\_\_\_\_. TJ-SC. **AC. N° 0302459-47.2014.8.24.0007**. Relator: Marcus Tulio Sartorato. DJ: 19 mar. 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br>. Acesso em: 29/abr/19.

\_\_\_\_\_. TJ-SC. **AC. N° 0302459-47.2014.8.24.0007**. Relator: Henry Petry Junior. DJ: 20 jun. 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br>. Acesso em: 15/mai/19.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **AI. N° 2124715-90.2017.8.26.0000**. Relator: Percival Nogueira. DJ: 04 out. 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 29/abr/19.

VENOSA, S. S. **Direito de Família**. 11. ed., vol. 6. São Paulo: Atlas S. A., 2011.