

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA *POST MORTEM*: UM BREVE ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO

Aline Serakides Gonçalves¹

Valéria Edith Carvalho de Oliveira²

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promoveu profunda alteração no Direito das Famílias, ante a necessidade de ajustar o ordenamento jurídico brasileiro ao surgimento de novos paradigmas familiares. Neste contexto, ganha relevo a valorização das relações familiares, sendo a família elevada a status de base da sociedade, a qual goza de especial proteção do Estado. Com a nova orientação constitucional estabeleceu-se a completa paridade entre os filhos, aos quais devem ser conferidos os mesmos direitos e qualificações, independentemente de sua origem, consagrando assim, o princípio da igualdade da filiação. Outrossim, a Lei Maior elevou a status de fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, a qual está intimamente vinculada à realização dos direitos fundamentais, que por sua vez, compreende o direito personalíssimo à filiação. Todas essas mudanças refletiram no estabelecimento da filiação, a qual, atualmente, desvinculou-se do critério biológico, isto é, não necessariamente filho é o natural descendente genético, visto que as relações paterno-filiais também podem ser fundadas no afeto. Destarte, embora a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* careça de previsão legal expressa, não poderá haver óbice ao seu reconhecimento, devendo ser assegurado ao filho que detém a posse de estado de filho afetivo todos os direitos fundamentais inerentes aos filhos biológicos, como o direito personalíssimo e imprescritível de ter reconhecida sua paternidade socioafetiva, ainda que após a morte do pretense pai, sendo-lhe resguardados todos os direitos decorrentes desta relação de parentesco.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República Federativa de 1988; Direito das Famílias; Paternidade Socioafetiva; Igualdade de Filiação; Dignidade da Pessoa Humana.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

1 INTRODUÇÃO

A família sofreu profundas transformações ao longo da história das civilizações, de modo que a sua definição não permaneceu estática no tempo, sendo possível vislumbrar que a evolução histórica da família está intimamente ligada às mudanças e evoluções sociais. Assim, com os avanços e a modificação do conceito de entidade familiar, se faz necessário um estudo e análise sob diferentes prismas do surgimento de novos conceitos, que melhor retratam a realidade atual, sendo um deles a paternidade socioafetiva, a qual se faz cada vez mais presente nas relações familiares contemporâneas. No entanto, legalmente, a possibilidade de reconhecimento de referida paternidade, mormente após a morte do pretense pai ainda é controversa, haja vista não haver codificação em vigor que a reconheça, embora existam jurisprudências e pensamentos doutrinários, que perfilhem essa possibilidade, por meio de interpretações à luz de princípios constitucionais. Assim, em torno da modificação na concepção jurídica de família, é de suma importância o estudo do aludido tema, analisando o caso concreto e adequando a norma à rea-

lidade, buscando-se sempre atender aos ensejos da sociedade em prol da dignidade humana e, finalmente, preenchendo uma lacuna jurídica.

2 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E FILIAÇÃO NO BRASIL A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, bem como havia tratamento legal distinto em relação aos filhos que não fossem provenientes do matrimônio. No entanto, ante as profundas transformações ocorridas na família brasileira ao longo do século XX, sobrevieram significativas alterações legislativas, o que culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual necessitou adequar-se a essas mudanças, reconhecendo e protegendo outras entidades familiares que não o casamento, assim como vedou quaisquer discriminação relativa à filiação, conferindo plena igualdade aos filhos, independentemente de sua origem.

O Código Civil de 1916 distinguia a família legítima e ilegítima, sendo aquela constituída a partir do casamento, e esta,

decorrente da união informal entre o homem e mulher, a qual não era reconhecida pela sociedade, bem como não gozava da mesma proteção legal conferida às famílias fundadas no matrimônio.

Nesse sentido, lembra Rolf Madaleno (2011, p. 28):

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado e quando um homem e uma mulher constituíssem um concubinato, equivalente à atual união estável, seus eventuais e escassos efeitos jurídicos teriam de ser examinados no âmbito do Direito das Obrigações, pois eram entidades comparadas às sociedades de fato.

Em relação à filiação, compulsando o Código Civil de 1916, verifica-se que o tratamento dado aos filhos, ainda era discriminatório, “o nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai, fazendo prevalecer os interesses da instituição matrimônio”, segundo aduz Julie Cristine Delenski (1997, p. 17, *apud* DIAS, 2009, p. 322).

No sistema do referido Código, os filhos assim eram classificados:

[...] legítimos eram os filhos que procediam de justas núpcias e ilegítimos, os nascidos fora da união matrimonial. No campo teórico dos filhos ilegítimos classificavam-se em naturais e espúrios; naturais, os nascidos de progenitores entre os quais não militava, à época da concepção, impedimento matrimonial decorrente de parentesco, ou de casamento anterior; espúrios, os nascidos do chamado coito donado, ou seja, da união de homem e mulher entre os quais havia, ao tempo da concepção, um daqueles citados impedimentos absolutamente dirimentes (RODRIGUES, 2008, p. 317).

O aludido Código permitia o reconhecimento do filho ilegítimo natural pelos pais, o qual poderia ser feito de forma conjunta ou separadamente. Todavia, vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e os adúlteros, a estes, somente lhes era conferido, pelo legislador, o direito de investigar a paternidade para o fim exclusivo de pleitear alimentos.

Ademais, o filho natural que era reconhecido após o casamento de seu genitor, só tinha direito, a título de amparo social, à

metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado. Ressalte-se que a legitimação resultava do casamento dos pais, sendo o filho legitimado equiparado ao legítimo para todos os fins.

Frise-se que, com o advento do Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, autorizou-se que o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio, após o desquite, demandasse por sua filiação ou fosse reconhecido. Nesse sentido, aduz José Aparecido da Cruz (2001, p. 28).

Estabeleceu-se, portanto, que, com a dissolução da sociedade conjugal (pelo desquite) poderia o filho adúltero ser reconhecido pelo pai biológico voluntariamente ou através da ação de investigação de paternidade. Essa era uma condição suspensiva que detinha o adúltero. Antes do desquite, possuía tão somente uma expectativa de direito.

Posteriormente, com a edição da Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, a qual revogou o Decreto-Lei n. 4.737/1942, permitiu-se o reconhecimento do filho havido fora do casamento em qualquer hipótese de dissolução da sociedade conjugal, e não somente em razão do desquite. Assim, o filho adúltero poderia ser reconhecido ou demandar por sua filiação, após a morte do pai biológico, ou anulação de casamento. Além disso, o filho reconhecido teria direito à metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado.

Em decorrência do advento da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, alguns dispositivos da Lei n. 883/49 foram alterados e acrescentados, a fim de permitir o reconhecimento da filiação adúlterina na vigência do casamento, por meio de testamento cerrado, e, nessa parte, irrevogável; reconhecer igualdade de condições na concorrência da herança, qualquer que fosse a natureza da filiação e dispensar o ingresso de investigação de paternidade, após a dissolução do casamento de quem já fora condenado a prestar alimentos.

Por fim, a Lei n. 7.250, de 14 de novembro de 1984, acrescentou o parágrafo 2º, ao art. 1º da Lei n. 883/1949, a qual ampliou as hipóteses de reconhecimento de filho adúltero, permitindo-se que o filho havido fora da constância do casamento fosse reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos, por meio de sentença transitada em julgado.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sobrevieram profundas mudanças no Direito de Família, “a ponto de ser defendida a prevalência de um Direito de Família Constitucional” (MADALENO, 2011, p. 34). Nesta esteira, defende Cristiano Chaves de Farias (2004, p. 15):

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil. (grifos nossos)

A Constituição Federal de 1988 reserva um capítulo próprio (Capítulo VII, do título VIII) para tratar da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Ela reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Dessa forma, não há mais tratamento discriminatório em relação à família considerada ilegítima, esta passou a gozar de proteção e reconhecimento legal.

Importante destacar que, diante da desvinculação do casamento com a ilegitimidade da família, as antigas categorias de filiação chegaram ao fim, e foram proibidas quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação. Assim, aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou, por adoção, serão conferidos os mesmos direitos e qualificações.

Em 1990, foi editada a Lei n. 8.069 de 13 de julho, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, no qual foi estabelecido o reconhecimento do estado de filiação como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça, bem como ressaltou que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. José Aparecido da Cruz (2001, p. 37), a respeito da mencionada Lei, comenta que:

A criança e o adolescente passaram a gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral descrita na lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Em suma, verifica-se que ante as transformações de valores e padrão comportamental da sociedade, sobrevieram significativas mudanças legislativas no âmbito familiar, a fim de reconhecer en-

tidades familiares fora do casamento, igualar os direitos dos filhos, independente de sua origem e impor proteção integral à criança e ao adolescente, os quais eram marginalizados no processo de integração social.

Nesse sentido, os autores Farias e Rosendal (2008, p. 11), tecendo comparações entre a família no Código Civil de 1916 e a família na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, aduzem que a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, de caráter institucional, caracterizada como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, constituída com base na afetividade e de caráter instrumental.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATUAL MODELO DE FAMÍLIA E O SURGIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A família brasileira contemporânea sofreu profundas transformações jurídicas e sociais, tornando-se nuclear. Segundo Silvana Maria Carbonera (2000, p. 283) com o processo de urbanização, ou seja, a migração da população rural para os centros urbanos, reduziu-se o grande número de filhos que significava mão-de-obra para os afazeres necessários à sobrevivência, o que garantia a perpetuidade familiar. Dessa forma, com um número menor de filhos, houve a possibilidade para maior convívio entre estes e os pais, o que abriu espaço para o afeto.

Coaduna com este entendimento Rolf Madaleno (2011, p. 36), o qual pontua que:

Desenhada a nova família para uma concepção mais íntima, com natureza privada e perdendo com o seu estreitamento a sua finalidade principal de exploração rural, a sociedade defronta-se com outro modelo de conjunto familiar, de incontestável pé de igualdade e voltado para a realização individual de seus membros.

Ademais, a inserção da mulher no mercado a afastou do lar, o que acabou por se refletir nos papéis paterno-filiais, visto que o pai além de prestar auxílio, divide as tarefas domésticas e o cuidado para com a prole, o que acarretou um crescente envolvimento com o filho, bem como uma participação mais efetiva na vida dele (DIAS, 2002, p. 7).

Desse modo, contemporaneamente, “a função paterna é desvinculada da pessoa do pai biológico” (QUEIROZ, 2001, p. 51), o pai é visto pela sociedade não somente como aquele que fornece o seu material genético para a concepção da prole, e presta auxílio material, mas aquele que proporciona, outrossim, amor, carinho,

cuidado, educação, o qual tem uma relação pautada em laços afetivos. Assim, “a filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental”, pensamento este, cunhado por Rolf Madaleno (2011, p. 472).

Além disso, o casamento deixou de ser a única entidade familiar reconhecida, haja vista que a Constituição Federal de 1988, alargou o conceito de família para reconhecer e proteger a união estável formada por um homem e uma mulher, bem como a família monoparental, formada por um dos pais e a prole. “Afastando-se dos laços formais, são valorizadas as relações de mútua ajuda e afeto, com índices cada vez maiores de uniões não matrimoniais” (FACHIN, 2003, p. 7)

A criança que outrora era marginalizada, ganhou especial proteção na nova ordem jurídica, sendo-lhe conferida proteção integral, a qual deverá ser promovida pela família, sociedade e Estado, de forma a garantir o seu melhor interesse e desenvolvimento digno, oriundo da convivência familiar, sendo vedado quaisquer designações discriminatórias referentes à origem da filiação, seja fundada nos laços genéticos ou afetivos.

Nesse sentido, assevera Juliane Fernandes Queiroz (2001, p. 51):

A partir do momento em que a Constituição Federal consagrou a entidade familiar, formada por outros membros que não os pais e seus descendentes, institui-se também que essa comunidade deveria assegurar ampla proteção à criança, oferecendo-lhe recursos para sua formação integral. Logo, se a criança é valorizada, protegida e compreendida pelo meio em que vive, firma-se sua relação socio-cultural, e, nas dimensões institucionais da família, não importa quem esteja fomentando as condições para o crescimento do indivíduo, mas sim, que essas condições estejam sendo oferecidas.

Desse modo, vislumbra-se que o afeto permeia o vínculo familiar, vez que a constituição de entidades familiares não mais está atrelada ao casamento, elas se constituem livremente e seus membros permanecem unidos pelos laços afetivos existentes entre eles, o que reflete na filiação, a qual, também, pode ser estabelecida a partir de vínculos afetivos entre pais e filhos, constituindo-se a denominada paternidade socioafetiva.

Corroborando com esta ideia, José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 54), aduz que “a própria modificação na concepção jurídica de família conduz, necessariamente, a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que a paternidade socioafetiva deverá ocupar posição de destaque, sobretudo para solução de conflitos”.

4 DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Dentre as múltiplas relações de parentesco, a filiação é consideravelmente a mais relevante, a qual se estabelece por meio do liame existente entre pais e filhos, designado de paternidade ou maternidade, sob a ótica dos pais. Verifica-se por oportuno, ser a filiação um mecanismo de constituição dos núcleos familiares, bem como um mecanismo de plena realização e valorização da pessoa humana (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 475).

Importante ressaltar que, para a constituição do vínculo filiatório, não é necessário que este decorra de origem biológica, ou seja, o filho para gozar de proteção legal e fazer jus ao reconhecimento da filiação não é preciso haver presença de liame consanguíneo entre ele e o pai, haja vista que seu elemento imprescindível “está na vivência e crescimento cotidiano, nessa mencionada busca pela realização e desenvolvimento pessoal (aquilo que se chama, comumente, de felicidade)” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 476).

Oportuna, a respeito, é a observação de Maria Helena Diniz (2009, p.515):

O importante, para o filho, é a comunhão material e espiritual; o respeito aos seus direitos da personalidade e à sua dignidade como ser humano, o afeto; a solidariedade; e a convivência familiar, para que possa atingir seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, sua segurança emocional e sua realização pessoal.

Desse modo, para que o filho receba tratamento digno, de forma que lhe seja propiciado o melhor desenvolvimento, pouco importa sua origem, se proveniente de vínculos biológico ou afetivo, haja vista que o laço que une pais e filhos funda-se no amor, cuidado, respeito e convivência familiar.

Corroborando com os entendimentos alhures, Maria Berenice Dias (2009, p. 324) leciona que, hodiernamente, a filiação é identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial, bem como ampliou-se o conceito de paternidade que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal, não mais interessando para a sociedade atual a origem da filiação.

Destarte, ainda que a filiação não mantenha correspondência com o vínculo biológico, todos os filhos gozarão de proteção integral e terão os mesmos direitos e qualificações, independentemente de sua origem, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, consoante mandamento constitucional, insculpido no art. 227, § 6º.

Desse modo, o liame biológico não pode ser o único critério para constituir as relações paterno-filiais, segundo assegura Zeno Veloso (1997, p. 218):

Obviamente, a verdade biológica, a certeza genética, não pode ser o dado, o valor, o critério único e sempre decisivo para estabelecer a filiação, até porque, muitas vezes, este liame, este vínculo, nasceu do convívio, estreitou-se e se fortaleceu, independentemente de parentesco carnal, nas relações familiares, sociais, num laço afetivo que se apertou afetuosamente no dia-a-dia da vida, tão sólido e consistente e, não raramente, mais substancial e respeitável do que o elemento genético, considerado por si só.

Por fim, vislumbra-se que a efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética. A verdadeira paternidade se constrói, não é apenas um dado, ela se faz, está além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, vez que o pai pode não ser aquele que colaborou com o seu material genético na geração da prole, também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade. Assim, ao dizer-se que a paternidade se constrói, se estabelece uma verdade socioafetiva nas relações paterno-filiais, que, no plano jurídico, recupera a noção de posse de estado de filho (FACHIN, 1992, p. 23), a qual será analisada por conseguinte.

Nesse diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 517-518) em precisa lição, conceituam a paternidade socioafetiva, a qual é merecedora de destaque:

A filiação sócio-afetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, [...] colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Sócio-afetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério sócio-afetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens. [...] É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicitam, com clareza, a existência de uma relação entre pai/mãe e filho. Enfim, não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso

que o afeto sobrepuje, seja o fator marcante, decisivo, daquela relação. É o afeto representando, rotineiramente, por dividir conversas e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, mostrar caminhos, ensinar e aprender, concomitantemente.

Imperioso registrar que a paternidade socioafetiva é fundada na posse de estado de filho, sendo estabelecida no reconhecimento desta posse, a qual é constituída de três elementos clássicos caracterizadores: *nomem*, *tractus* e *fama*. Contudo, antes de analisar tais elementos, faz-se mister a definição de posse de estado de filho:

[...] posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai (BOEIRA, 1999, p. 60).

Ainda, a cerca da posse de estado de filho, Rolf Madaleno (2011, p. 472) ensina:

A noção de posse do estado de filho vem recebendo abrigo nas reformas do direito comparado, o qual não estabelece os vínculos parentais com o nascimento, mas sim na vontade de ser 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.

No que tange aos elementos caracterizadores da posse de estado de filho, estes são, tradicionalmente, indicados pela doutrina, como sendo o nome, trato e fama. Logo, deve a pessoa ter sempre usado o nome do pai ao qual ele identifica como tal, outrossim, é necessário que o pai o tenha tratado como seu filho e colaborado, nesta qualidade, para sua formação como ser humano, bem como tenha sido sempre reconhecido como tal na sociedade e pelo pretense pai. “Aqui a fama representa a exteriorização do “estado”, em que terceiros consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa, ou seja, mostra que ele é conhecido como tal pelo público” (BOEIRA, 1999, p. 63).

Todavia, é importante salientar a observação realizada pelo doutrinador José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 63):

[...] a doutrina reconhece em sua maioria que, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do

pai, não enfraquece a “posse de estado de filho” se concorrem os demais elementos – trato e fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado.

Impende registrar que, embora a paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho não tenha sido contemplada expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina majoritária, bem como as jurisprudências dos Tribunais brasileiros a reconhece.

Dessa forma, verifica-se que o reconhecimento da presença da posse de estado de filho no caso concreto é condição para a constituição da paternidade socioafetiva, sendo o verdadeiro pai aquele que oferece suporte de ordem física, psíquica e moral, de modo a possibilitar o pleno desenvolvimento humano do filho, aliado à exteriorização da condição de filho perante a sociedade.

Nesse diapasão, leciona o professor Luiz Edson Fachin (1992, p. 169):

[...] a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

Além disso, registre-se que a configuração de paternidade socioafetiva deverá ser reconhecida por sentença para que produza efeitos jurídicos, que serão os mesmos do parentesco natural, sendo efeitos pessoais a criação do vínculo de parentesco na linha reta e colateral (até o 4º grau), admitindo a adoção do nome de família e gerando impedimentos na órbita civil, como os impedimentos para casamento, bem como a criação do vínculo de afinidade, e no que tange ao aspecto patrimonial são originados direitos e deveres a alimentos e direitos sucessórios, segundo preleciona Heloisa Helena Barboza (2009, p. 33).

4 POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 promoveu significativas alte-

rações no âmbito familiar, a fim de que fossem fixadas diretrizes que estivessem em consonância com princípios ali consagrados, atendendo-se assim aos novos padrões do núcleo familiar constantes na sociedade. A Carta Maior reconheceu outras entidades familiares que não o casamento, bem como igualou os direitos dos filhos, independentemente de sua origem, o que culminou com a relevância do afeto perante o Direito, gerando vínculos, direitos e obrigações na órbita familiar, segundo ensinamento da professora Heloisa Helena Barboza (2009, p.25). Todavia, as relações paterno-filiais pautadas na socioafetividade não encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que tange à possibilidade de seu reconhecimento após a morte do pretense pai, a qual deve ser construída através de interpretações do ordenamento jurídico pátrio à luz dos princípios constitucionais.

4.1 Razões principiológicas do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem

Como já abordado no presente artigo, a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva carece de previsão legal. No entanto, tal ausência de lei, não pode ser um óbice ao seu reconhecimento, haja vista ser o ordenamento jurídico pátrio composto, também, por princípios, os quais devem orientar a interpretação e aplicação do direito no caso concreto, a fim de preencher eventuais lacunas existente e adequar o sistema jurídico à realidade social e à satisfação dos anseios da sociedade, vez que “a vida e as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação” (PEREIRA, 2005, p. 36).

Dessa forma, imprescindível é a análise de princípios constitucionais, os quais irão fundamentar a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte do pretense, pois “é somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes” (PEREIRA, 2005, p. 36).

4.1.1 Efetividade e garantia da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado Democrático de Direito, a qual é consagrada pelo Texto Constitucional no art. 1º, inciso III, bem como elevada a status de princípio constitucional, devendo nortear todo o ordenamento jurídico, em todos os ramos do Direito, inclusive, o Direito das Famílias, especificamente o direito de filiação. Deste princípio, decorrem todos os demais princípios, de modo que a violação a qualquer um deles, implicará, também, transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante da análise da dignidade humana, vislumbra-se que ela é um princípio norteador e orientador de interpretação e apli-

cação do sistema jurídico, além de ser um direito fundamental assegurado a todo ser humano, independentemente de sua raça, cor, sexo, religião e origem, o qual consagra um amplo conteúdo, alcançando tanto direitos de ordem material, como saúde, alimentação, lazer, educação, etc., quanto imaterial, como os direitos personalíssimos. Em suma, a todos deve ser garantido pleno desenvolvimento físico, moral e psíquico, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser resguardada com a mais absoluta prioridade.

Nesse diapasão, assegura Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 583-584):

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana (em todo o homem e em toda a mulher se acham presentes todas as faculdades da humanidade), é irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. [...] A dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano [...] centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, o que lhe permite conformar-se a si mesmo e a sua vida, de acordo com o seu próprio projeto espiritual. [...] No âmbito da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados. (grifos nossos)

Neste contexto, ganha relevo a valorização das relações familiares, sendo a família elevada a status de base da sociedade, a qual goza de especial proteção do Estado, conforme preceito constitucional, de modo que a todos os seus membros deve ser assegurado dignidade, visto ser a família instrumento para a plena realização da pessoa humana e desenvolvimento de sua personalidade. Logo, “a preocupação com a dignidade humana tornou-se o paradigma de toda a interpretação e aplicação da lei, envolvendo relações familiares” (SEREJO, 1999, p. 131).

Como explanado oportunamente, a nova estrutura da família brasileira passou a dispensar maior acuidade aos laços afetivos, sendo prescindível os vínculos genéticos para sua formação e proteção legal. Frise-se que, “cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa”, segundo assegura Maria Berenice Dias (2009, p. 54). Nesta senda, continua a autora:

A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. [...] É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. (grifos nossos)

Sendo a dignidade humana e seu pleno desenvolvimento inerente a todos os membros da família, urge destacar as relações paterno-filiais fundadas em vínculos afetivos, as quais carecem de reconhecimento legal expresso, o que não obsta a possibilidade de sua declaração por via judicial, haja vista que a “filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação” (DIAS, 2009, p. 338). Logo, não se pode olvidar que, após o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à filiação é um direito fundamental, o qual está atrelado à dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, leciona Belmiro Pedro Welter (2002, p. 184):

Os direitos fundamentais, como a filiação socioafetiva, pela sua importância material e formal, foram consagrados no texto constitucional, sendo retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. Lutar pelos direitos fundamentais significa ter como meta a permanente e plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda, imperioso salientar a precisa lição de Juliane Fernandes Queiroz (2001, p. 127-129), a qual disserta ser o direito à paternidade, seja ela biológica ou socioafetiva, um respeito à personalidade humana e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana:

O respeito à personalidade humana emite o direito que todos têm de ver estabelecido seu status familiar, individuando a pessoa na sua qualidade de filho. O estado de filho, imprescindível à formação da personalidade humana, deriva de um vínculo estabelecido com os pais. [...] O princípio da dignidade da pessoa humana estabelece também que a pessoa deva ser integrada no contexto social, em menor amplitude, no familiar. O direito ao status personae deve ser garantido a todos, sem restrição. [...] No entanto, não se pode considerar so-

mente o vínculo biológico para o estabelecimento da paternidade. [...] A paternidade envolve função de pai, que vai muito além do dimensionamento do vínculo biológico. O aspecto da paternidade não se limita meramente à concepção; mais importante é o acompanhamento de todo o desenvolvimento após o nascimento, tomando para si a responsabilidade na criação, manutenção e educação do filho. Sendo assim, é de primordial importância fixar-se que o direito à paternidade não é referente ao estabelecimento do vínculo biológico, mas sim o direito à verdadeira paternidade, entendida como aquela que, independentemente do liame, sustenta a formação da pessoa, por entender seu filho.

Destarte, frente aos argumentos acima expostos, seria um verdadeiro retrocesso, impedir o reconhecimento de um filho afetivo, ainda que após a morte do pretense pai, vez que o direito fundamental à filiação é imprescritível, podendo ser exercitado a qualquer tempo, sendo a investigação de paternidade, a ação de estado mais relevante da filiação, a qual é destinada a dirimir as controvérsias referentes ao estado de uma pessoa e, especialmente, no estudo da filiação, o status de filho, conforme lição de Belmiro Pedro Welter (2002, p. 144), o qual não pode sofrer limitação do seu direito ao estado de filho afetivo em razão de sua origem, sob pena de ferir, outrossim, o princípio da igualdade dos filhos, consagrado constitucionalmente, que será analisado no subitem seguinte.

5.1.2 Efetividade e garantia do princípio da igualdade de filiação

A Constituição Federal de 1988, aboliu, expressamente, quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, estabelecendo que, independentemente da origem do filho, todos deverão ter os mesmos direitos e qualificações, consagrando assim, o princípio da igualdade de filiação, o qual merece destaque:

Art. 227 [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Outrossim, o texto do Código Civil reproduziu aludida norma constitucional, em seu art. 1.596, cabendo a observação realizada pelo professor Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 39-40), o qual aduz a desnecessidade de concretização infraconstitucional da norma, visto ser dotada de força normativa própria, suficiente e

autoexecutável. Entrementes, sua reprodução no artigo introdutório do capítulo do diploma civil destinado à filiação “contribui para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio da igualdade, determinante de todas as normas subsequentes”.

Cumprido ressaltar que a vedação à quaisquer designações discriminatórias se aplica a todos os filhos, ainda que a origem da filiação seja fundada em vínculos biológico ou afetivo, de modo que os mesmos direitos garantidos aos filhos consanguíneos, deverão ser assegurados aos filhos socioafetivos. Nesse sentido, assinala Belmiro Pedro Welter (2002, p. 180):

[...] A constituição cidadã de 1988 e o novo Código Civil, ao reconhecer a igualdade de filiação, não discrimina os filhos havidos, ou não, na constância do casamento, da união estável ou da comunidade formada entre o pai e/ou a mãe e o filho, pelo que os filhos têm o direito constitucional à paternidade e à maternidade biológica e/ou socioafetiva. (grifos nossos)

Posto isto, quaisquer diferenças imputadas aos filhos socioafetivos, de modo a restringir-lhes direitos não merece respaldo, visto que, conforme explanado alhures, a verdadeira paternidade nem sempre decorre de laços consanguíneos, vez que os pais que propiciam amparo físico, psíquico e moral nem sempre são aqueles que forneceram o material genético para concepção da prole, mas as pessoas que desempenham tal função, haja vista as transformações ocorridas na família, a qual passa a dar maior importância ao desenvolvimento pessoal dos membros que a compõe, valorizando assim, as relações de afeto, cooperação e solidariedade recíprocas no seu interior.

Nesta senda, oportuna é a lição de Luiz Edson Fachin (1996, p. 31-33):

A descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito de filiação, qualquer que seja ela, de ver declarada a paternidade. Essa negação é francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal. [...] A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sen-

do verdadeiramente seu filho perante o ambiente social. (grifos nossos)

Desta feita, com a nova orientação constitucional, proibindo-se quaisquer discriminação entre os filhos, deve ser assegurado ao filho que detém a posse de estado de filho afetivo todos os direitos fundamentais inerentes aos filhos biológicos, como o direito personalíssimo e imprescritível de ter reconhecida sua paternidade socioafetiva, ainda que após a morte do pretense pai, sendo-lhe resguardados todos os direitos decorrentes desta relação de parentesco, a fim de que ele tenha plena realização como membro pertencente a uma família, que lhe dispensou cuidados, amor e carinho, possibilitando um desenvolvimento digno e saudável.

Nesta esteira, precisa é a assertiva de Belmiro Pedro Welter (2002, p. 155-160), ao afirmar que:

[...] Não apenas o filho biológico pode ser sujeito de direitos, mas também o filho social, porque a família socioafetiva transcende os mares de sangue, conectando o ideal da paternidade e maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (des)velando o mistério insondável da filiação, engendrando o reconhecimento do estado de filho afetivo. Não se pode arquitetar diferença entre filho biológico e socioafetivo, porquanto, em ambos os casos, são reconhecidos como filhos, os quais, perante a Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º, e o Código Civil de 2002, art. 1.596, são iguais em direitos e obrigações. Não há diferença de criação, educação, destinação de carinho e amor entre os filhos sociológicos e biológicos, não se podendo conferir efeitos jurídicos desiguais em relação a quem vive em igualdade de condições, sob pena de revisitar a odiosa discriminação entre os filhos, o que seria, sem dúvida, inconstitucional [...].

Registre-se que o direito dos filhos biológicos pleitear a ação de investigação de paternidade, ainda que após o falecimento do suposto pai encontra guarida no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, o qual prevê expressamente que:

Art. 27: O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus

herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Assim, tendo em vista o princípio da igualdade de filiação, se é possível a investigação de paternidade, após a morte do suposto pai biológico, também deve ser permitido ao alegado filho socioafetivo, que demande aludida investigação, a fim de ter reconhecido o estado de filho afetivo perante quem tenha desempenhado a verdadeira função de pai, não podendo perder de vista “que a igualdade entre os filhos é medida que concretiza a dignidade da pessoa humana” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 41).

4.2 Razões legais do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem

O art. 1.593, do CCB/02, ao dispor que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, não contempla expressamente o alcance da expressão “outra origem” o que fica a cargo dos operadores do Direito interpretar este dispositivo legal, tomando-se por base todos os preceitos insculpidos na Constituição de 1988.

Dessa forma, faz-se mister proceder à análise do artigo supracitado, de modo a configurar a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem, visto tratar-se de modalidade de parentesco, conforme fundamentos a seguir expostos.

4.2.1 Da interpretação do art. 1.593 do Código Civil

No que se refere ao alcance da expressão “outra origem”, inserida no artigo supracitado, a interpretação deve ser no sentido de que o parentesco civil resultante desta “outra origem” compreende a adoção, a filiação proveniente das técnicas de reprodução assistida heterólogas, bem como a filiação socioativa, fundada na posse de estado de filho.

Assim, para determinar o alcance da expressão “outra origem”, mister se faz interpretá-la em conjunto com determinados princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade da filiação, pois, como já explanado alhures, não pode haver tratamento diferenciado em relação aos filhos biológicos e afetivos, e por conseguinte, existir óbice ao reconhecimento da filiação erigida em vínculos afetivos, visto ser direito fundamental.

Ensina, nesse diapasão, Ednês Maria Sormani Garcia (2003, p. 152):

Com referência às relações familiares o novo Código Civil contempla as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, porém sabe-se que já recebe muitas críticas sob o fundamento de não

acompanhar as substanciais conquistas alcançadas nas últimas décadas e pela dinâmica da jurisprudência. Tendo a Constituição Federal de 1988 consagrado a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, é de rigor que a leitura do novo Código Civil seja pautado por este princípio que estabelece a preponderância do privado e do individual sobre o público e o comunitário, reconhecendo que a dignidade da pessoa humana situa-se na parte mais íntima e mais secreta do indivíduo. (grifos nossos)

Ademais, Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 185), leciona que:

Não é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expresso, não obstante a incidência do art. 1.593 CCB/02. Daí a importância e suma relevância da interpretação através de princípios [...]. (grifos nossos)

Nesse sentido, é a jurisprudência do TJMG, na qual o Desembargador Relator Elias Camilo aduz que, segundo o art. 1.593 do Código Civil, a paternidade não se funda apenas no critério biológico, mas também em vínculos afetivos:

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

Portanto, faz-se mister interpretar o Código Civil, utilizando, precipuamente, os métodos lógico, teleológico e sistemático, os quais objetivam aclarar a verdadeira finalidade da lei, buscando-se o seu real sentido, a fim de atender os fins sociais a que a norma se destina. Além disso, forçoso é interpretar as leis sob a

ótica das normas constitucionais, de forma que a atividade interpretativa realizada por operadores do Direito, não poderá afrontar, de maneira alguma, preceitos insculpidos na Lei Maior.

Logo, se ao interpretar o art. 1.593 do CCB/02, exclui-se a filiação socioafetiva como critério de parentesco, haverá uma grave ofensa aos princípios constitucionais, os quais vedam quaisquer discriminação relativas à filiação e reconhecem o estabelecimento do estado filiatório como direito fundamental de todo o ser humano, o qual está fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, o que culminou com a aprovação, na III Jornada de Direito Civil, do Enunciado 256 do Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe que “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 1450) leciona que:

Quanto à outra origem do parentesco, deve ser levada em conta também a denominada filiação socioafetiva. Embora não tenha sido mencionada expressamente no Código, trata-se de fenômeno importante no campo da família e que vem cada vez mais ganhando espaço na sociedade e nos tribunais.

Convém registrar a antiga redação do art. 332 do Código Civil de 1916, a qual estabelecia que “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”. Note-se que “a substituição da expressão “ou adoção” pela expressão “outra origem” faz com que o parentesco não se restrinja às relações de consanguinidade e de adoção, alcançando todos os filhos” (SILVA, 2012, p. 1777), inclusive aqueles provenientes das relações paterno-filiais fundadas em vínculos socioafetivos.

Indubitável, desse modo, que não poderá haver nenhum óbice de cabimento da ação de investigação de paternidade afetiva, inclusive, após a morte do pretenso pai, haja vista que a possibilidade do reconhecimento do parentesco de “outra origem”, estabelecido por meio da filiação socioafetiva, está plenamente em consonância com preceitos Constitucionais, os quais devem ser cumpridos com a máxima efetividade. Assim, uma vez reconhecida a paternidade socioafetiva por sentença, constituir-se-á o vínculo de parentesco, o qual produz os mesmos efeitos do parentesco consanguíneo.

4.3 Abordagens jurisprudenciais sobre a possibilidade do reconhecimento post mortem

Como mencionado no presente trabalho, inobstante a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte do pretenso pai carecer de previsão legal expressa, não

pode haver óbice ao seu reconhecimento pelo alegado filho afetivo, haja vista ser um direito fundamental a ser garantido a todos os filhos, qualquer que seja sua origem. Desse modo, as jurisprudências dos pretórios brasileiros, como fonte formal do Direito, assumem importante papel, adequando a lei às necessidades modernas, frente aos preceitos constitucionais.

Destarte, diante da nova configuração das relações paterno-filiais, erigidas em laços afetivos, mister é a função da jurisprudência, que por meio de interpretação do Direito, sob a influência das transformações sociais, reconhece a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem*, conforme decisões abaixo colacionadas:

*DIREITO DE FAMÍLIA. DEMANDA DECLARATÓRIA DE PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. EQUIVOCADA EXTINÇÃO DA DEMANDA. CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE, CONTUDO, NO CASO, REVELAM-SE PRESENTES. PLEITO QUE, EM TESE, SE AFIGURA POSSÍVEL, INOBTANTE O FALECIMENTO DOS SUPPOSTOS PAIS SOCIOAFETIVOS. INTELECÇÃO DOS ARTS. 1.593 DO CC E 227, § 6º, DA CRFB. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO. 1. O pedido é juridicamente possível quando, em tese, encontra respaldo no arcabouço normativo pátrio. 2. A pretensão ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva tem ressonância no art. 1.593 do Código Civil, segundo o qual a filiação origina-se do laço consanguíneo, civil ou socioafetivo. 3. Nada obsta o reconhecimento da filiação após a morte dos pretendidos pai e mãe socioafetivos. Se ao filho biológico é franqueado o acesso à justiça na hipótese de investigação de paternidade ou de maternidade *post mortem*, ao filho socioafetivo, por força do princípio da igualdade entre as filiações (art. 227, par.6º, da Constituição da República), deve ser assegurado idêntico direito de ação. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO (TJRS, Apelação Cível nº 2008.064066-4, Quarta Câmara de Direito Civil, Des. Rel. Eládio Torret Rocha, DJ 11/01/2012). (grifos nossos)*

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECONHECIMENTO DE 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. [...] A parentalidade socioafetiva - a posse de estado de filiação - é passível de ser extraída da parte final do art. 1.593, do CC, sendo certo que não existe vedação legal ao seu reconhecimento *post mortem* conforme o caso em estudo, ou seja, após a morte do suposto pai e mãe socioafetivos. Outro não poderia ser o entendimento, sobretudo em face do princípio da isonomia e do princípio da igualdade da filiação, este previsto tanto na Constituição Federal (art. 227, §6º) quanto no Código Civil (art. 1.596). Sim porque, se é possível que uma ação de investigação de paternidade, com base no critério genético, se dê após o falecimento do suposto pai, também deve ser permitido ao alegado filho socioafetivo que prove a existência da condição de posse do estado de filiação perante quem teria exercido a função de pai e ou mãe, que não transmitiu os caracteres biológicos, a caracterizar a posse do estado de filiação. [...] Lado outro, e novamente com base nos princípios da isonomia e da igualdade da filiação, se é possível cumular o pedido de petição de herança com o de investigação de paternidade lastreada no critério genético (DNA) - como, por exemplo, na investigação aforada em face do suposto avô (investigação avoenga) ou irmão consanguíneo do investigador -, também deve ser permitida a cumulação de petição de herança com o reconhecimento de paternidade socioafetiva no caso de morte de quem supostamente assumiu a função de pai, sem o ser biologicamente. Por que se dar um tratamento diferenciado ao permitir que um filho, após o falecimento de seu suposto pai biológico e com o qual não teve convívio, conforme inúmeros casos já apreciados pelo Poder Judiciário, possa promover uma investigação de paternidade *post mortem* cumulada com petição de herança e não permitir a perquirição de paternidade socioafetiva em situação similar àquela? Afinal, que tipo de relação de afeto, amor, respeito, carinho e educação possa ter havido entre pai e filho biológicos que nunca conviveram entre si, conforme aquela primeira hipótese acima mencionada, a autorizar a cumulação de petição de herança? Portanto, é de se concluir que nem sempre, na investigação com base em DNA, havia um "estado de posse de filho" entre o genitor e seu descendente,*

e isso não impede que este suceda ao seu progenitor na qualidade de herdeiro somente fulcrado no critério genético. Então, por que quando há alegação da existência de posse de estado de filiação entre pai e filho socioativos, onde, em tese, houve convívio intenso, duradouro e público, não se pode aceitar que o filho venha suceder o pai afetivo já falecido? O direito ao nome, a alimentos e à qualidade de herdeiro, são consectários lógicos da perfilhação, quer genética, quer socioafetiva, ainda que o reconhecimento do vínculo parental, em ambas essas hipóteses, tenha sido coativo, por meio de sentença proferida pelo Poder Judiciário. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0518.10.006332-1/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, DJ 05/04/2011. (grifos nossos).

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

Desse modo, infere-se que os magistrados têm interpretado o ordenamento jurídico de maneira a proteger os filhos provenientes de vínculos afetivos, possibilitando o reconhecimento da paternidade socioafetiva, ainda que após a morte do pretense pai, como forma de garantir a plena igualdade entre os filhos. Interpretação esta em total sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consagra a plena realização dos direitos personalíssimos no seio familiar, por meio do reconhecimento do estado filiatório.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto, vislumbra-se que ante as consideráveis modificações ocorridas no âmbito familiar brasileiro ao longo do século XX, sobrevieram significativas alterações legislativas, o que culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual necessitou adequar-se a essas mudanças, reconhecendo e protegendo outras entidades familiares que não o casamento, como a união estável e a família monoparental, assim chamada a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como vedou quaisquer discriminações relativas à filiação, conferindo plena igualdade aos filhos, independente-

mente de sua origem.

Hodiernamente, a família serve de instrumento para plena realização e desenvolvimento da pessoa humana, de modo que os membros pertencentes à ela atribuem mais importância à convivência pautada na comunhão de afeto, solidariedade, dedicação e cuidado.

Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual, a filiação socioafetiva, a qual carece de previsão legal expressa, mormente no que tange à possibilidade de seu reconhecimento *post mortem*.

Por essa razão, se faz necessário a inclusão da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho, no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de constituição de vínculos paterno-filiais, de modo a atender os anseios da sociedade, a qual prioriza o liame afetivo nas relações familiares, não sendo mais imprescindível o vínculo genético entre os seus membros para que eles possam constituir uma família e gozar de proteção legal.

Conclui-se, destarte, que embora a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* careça de previsão legal expressa, não poderá haver óbice ao seu reconhecimento pela via judicial, desde que haja comprovação dos elementos caracterizadores da posse de estado de filho, de forma a garantir e efetivar o direito fundamental à filiação inerente a todo ser humano, independentemente da paternidade decorrer do vínculo consanguíneo ou afetivo, haja vista a consagração do princípio da igualdade de filiação pela atual Constituição.

Dessa forma, uma vez reconhecida a paternidade socioafetiva por sentença, constituir-se-á o vínculo de parentesco, o qual produz os mesmos efeitos do parentesco natural, haja vista a necessidade de ajustar o ordenamento jurídico brasileiro ao surgimento de novos paradigmas familiares, tomando-se como base as disposições principiológicas e normativas da Constituição Federal de 1988.

6 REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre, v.11, n.9, p. 25-34, abr./maio 2009.

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

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: teoria do estado e da constituição: Direito constitucional positivo. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CRUZ, José Aparecido da. Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro: teoria, legislação, jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- DELENSKI, Julie Cristine. O novo direito de filiação. São Paulo: Dialética, 1997.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 24. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 5.
- FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr/maio, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, n. 23, p. 5-21, abr-maio, 2004.
- GARCIA, Edinês Maria Sormani. Direito de família : princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). Código civil comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial. Arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003. vol. XVI.
- MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 1.0701.09.260881-2/001, Relator: Des. Elias Camilo. Acórdão de 03 de dezembro de 2009. Disponível em < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=224C74EF6A6553F84E35C8D87D5A0DD.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0701.09.260881-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em 27 de maio de 2013.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial, doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 2008.064066-4, Relator: Des. Eládio Torret Rocha. Acórdão de 11 de janeiro de 2012. Disponível em <<http://tj-sc.jusbrasil.com/jurisprudencia/21011227/apelacao-civel-ac-640664-sc-2008064066-4-tjsc>> Acesso em 30 de maio de 2013.
- _____. Apelação Cível nº 1.0518.10.006332-1/001, Relator: Des. Alberto Vilas Boas. Acórdão de 05 de abril de 2011. Disponível em < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0518.10.006332-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em 30 de maio de 2013.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 6.
- SEREJO, Lourival. Direito constitucional da família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). Código civil comentado: De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e as leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010, n. 12.398/2011, n. 12.399/2011, n. 12.424/2011, n. 12.441/2011 e n. 12.470/2011. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VELOSO, Zeno. Direito brasileiro da filiação e paternidade. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2010.
- WELTER, Belmiro Pedro. Coisa julgada na investigação de paternidade. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2002.

NOTAS DE FIM

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

2 Mestre em Direito Privado. Professora no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.