



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS- CCJS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**MAYANNE GABRIELLY DUARTE**

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: ANÁLISE FACE O POSICIONAMENTO DOS  
TRIBUNAIS SOBRE A MATÉRIA**

**SOUSA-PB**

**2016**

**MAYANNE GABRIELLY DUARTE**

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: ANÁLISE FACE O POSICIONAMENTO DOS  
TRIBUNAIS SOBRE A MATÉRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. MSc. Cecília Paranhos Santos Marcelino.

**SOUSA-PB**

**2016**

**MAYANNE GABRIELLY DUARTE**

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: ANÁLISE FACE O POSICIONAMENTO DOS  
TRIBUNAIS SOBRE A MATÉRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado ao Curso de Direito do  
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da  
Universidade Federal de Campina  
Grande, em cumprimento dos requisitos  
necessários para obtenção do título de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. MSc. Cecília Paranhos  
Santos Marcelino.

Aprovado em: 19/05/2016

Banca examinadora:

---

Prof<sup>a</sup>. MSc. Cecília Paranhos Santos Marcelino  
Orientadora

---

Prof. Esp. Williã Taunay de Sousa

---

Prof. Esp. Francisco César Martins de Oliveira

Dedico o presente trabalho primeiramente ao Senhor Deus do universo, por ter mim proporcionado à força necessária para concretizar os meus sonhos, vencendo todos os obstáculos impostos, sem o seu poder e sem o seu amor jamais teria conseguido.

Aos meus queridos pais Rosa e Zomim, pelo exemplo de vida, por todo amor concedido e por toda confiança, vocês são o meu porto seguro e a minha força diária para seguir em frente.

Aos meus irmãos José Neto e Mayara pelo carinho, incentivo e por sempre acreditarem no meu potencial.

Ao meu namorado Júnior Dantas, por estar sempre do meu lado, mim dando todo apoio, amor, pela paciência e por toda ajuda concedida.

Amo muito todos vocês!!

## AGRADECIMENTOS

Ao término do presente trabalho em que concluo uma parte daquilo que se traduz em um verdadeiro sonho presente em meu coração desde infância, lembro carinhosamente de todas as pessoas que passaram pela minha vida e que de alguma forma contribuíram para a sua concretização. No decorrer dos dias, vocês foram a minha força e a minha esperança para a realização dessa etapa tão significativa de minha vida.

Em primeiro lugar agradeço ao Meu Senhor Deus com infinitas Glórias e louvores, fonte de todo amor e esperança, por estar presente em cada momento da minha caminhada indicando carinhosamente a direção por meio do meu coração, como um sopro de esperança que mim impulsou a seguir sempre em frente vencendo todos os obstáculos. Tu preparaste tudo da melhor maneira possível e hoje eu compreendo o motivo de todas as dificuldades, pois me sinto mais forte para continuar a minha caminhada. A minha fé foi o alimento que mim manteve em pé todos os momentos, sem ti não estaria aqui. Muito Obrigada Meu senhor e Meu Deus.

Agradeço infinitamente aos amores de minha vida, razão do meu viver meus pais Rosa e Zomim, por todos os ensinamentos transmitidos com todo amor, carinho, dedicação e paciência, por ter mim acompanhado em cada vitória e por ter mim dado todo apoio necessário para cada uma de minhas conquistas e o direcionamento para as minhas decisões, vocês são a minha fonte de inspiração a quem eu devo toda a minha vida, por isso tenho o prazer de dedicar essa grande conquista a vocês. Mamãe e papai amo muito vocês, serei grata por toda minha vida.

Aos meus queridos irmãos Mayara e José Neto pela amizade construída, por todo amor, carinho, por sempre acreditar em mim, tenho imensa gratidão em meu coração por tê-los como irmãos e por dividir juntamente com vocês os melhores momentos de minha vida. As risadas, brincadeiras e conversas mim proporcionaram a força pra seguir em frente na minha jornada. Sou infinitamente grata, vocês moram no meu coração. Amo muito vocês.

Ao meu namorado e grande amor Junior Dantas, por todo amor a mim dedicado, por toda confiança, paciência e compreensão pelos momentos em que

tive que renunciar as nossas conversas devido as minhas atividades, inerentes a realização do presente sonho. Obrigada por toda ajuda a mim concedida, por partilhar comigo as minhas angústias, medos, decepções e felicidades, por todo apoio nos momentos de tristeza e por ter vibrado juntamente comigo pelas minhas realizações. A ti meu amor eu agradeço por tudo, sou imensamente grata por tua presença em minha vida. Te amo muito.

Aos meus avós Seu José Furna e dona Maria e seu Cristino Gama e dona Josefa (in memoria), vocês foram minhas fontes de inspiração, o exemplo de vida, vocês mim ensinaram as mais belas lições que ficaram guardadas comigo por toda minha vida, principalmente de que o amor, respeito e a gratidão devem estar presentes pra sempre em nossos corações. Amo vocês imensamente.

Aos meus queridos tios, por ter vibrado comigo em cada vitória, pela torcida incessante e orações, com vocês compartilho também essa vitória.

A Simone Gonçalves, minha melhor amiga, com quem compartilhei os momentos mais felizes e também mais difíceis de nossas existências, por ter estado sempre do meu lado, mesmo estando distante em função das suas atividades, nossos corações permanece unidos sempre. A você minha gratidão.

Aos meus amigos de graduação, por ter mim proporcionado maravilhosos momentos e compartilhado inúmeros conhecimentos e dificuldades, em especial a Amanda, Débora e Tâmita, por todas as lágrimas, decepções e inúmeras felicidades, vocês estarão para sempre guardadas em meu coração e farão parte da minha vida e por onde estiver, nossos corações permaneceram ligados para sempre.

A minha querida orientadora, Cecília Paranhos que mim recebeu de braços abertos, mim conduzindo pelo campo da pesquisa acadêmica com paciência e maestria. Agradeço-lhe por toda dedicação e ensinamentos, por ter acreditado em mim sempre e por ter mim ajudado nessa caminhada. Deus te colocou no meu caminho e sou imensamente grata por isto. Muitíssimo obrigada pela brilhante orientação, suas lições estarão pra sempre guardadas no meu coração e levarei por toda minha vida.

A Dr. Robervaldo Queiroga, professor e mestre, que me apresentou as primeiras lições da advocacia e me fez apaixonar-se cada vez pelo Direito, você é minha fonte de aprendizado. Nesses dois anos de estágio aprendi indiscutivelmente que advocacia se faz acima de tudo com ética e respeito. A você a minha imensa gratidão.

Aos professores da Unidade Acadêmica de Direito, que contribuíram para minha aprendizagem em cada etapa da minha graduação, levarei comigo para sempre os vossos ensinamentos.

No encerramento de mais uma etapa primordial para minha vida acadêmica, momento em que o cansaço e a gratidão se misturam num só sentimento, torna-se difícil lembrar de cada um que de alguma forma contribuíram para a concretização desse momento, mas de todo coração agradeço a todos que colaboraram para a conclusão do presente trabalho acadêmico.

*“Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”*

(Antoine de Saint-Exupéry)

## RESUMO

O presente Trabalho tem como objeto o estudo da paternidade socioafetiva, mediante a análise da possibilidade do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro. Partindo do pressuposto de que o conceito de família foi consideravelmente ampliado pela atual ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, onde a entidade familiar passa a ser constituída a partir da presença de elementos como afeto, solidariedade e respeito, surgindo assim novas modalidades de família. Para desenvolver o estudo da presente temática, inicialmente tratou-se da origem histórico-evolutivo da família, assim como o tratamento legislativo oferecido a essa instituição no sistema jurídico pátrio. Na sequência foram tratados os aspectos da filiação demonstrando às delineações trazidas pelo Código Civil de 2002, analisando-se sob o prisma da atual Carta Magna, com a finalidade de demonstrar que o vínculo biológico não é, mas critério prevalecente para a determinação da paternidade. Nessa perspectiva, diante dos ditames constitucionais que revolucionou o direito de família, fazendo com que o afeto fosse elemento nuclear de formação independente da existência de vínculo sanguíneo, restou demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo quanto à regulamentação expressa da paternidade socioafetiva, mas que apesar da lacuna, os princípios constitucionais norteadores do direito de família, dão o sustentáculo necessário para o seu amplo reconhecimento em sede de jurisprudência pelos Tribunais, que sinalizam bem além do seu mero reconhecimento, onde essa modalidade de paternidade é capaz de gerar os mesmo efeitos personalíssimos, patrimonial e sucessório, inerentes à relação paterno-filial.

**Palavras-chaves:** Família. Paternidade socioafetiva. Tribunais.

## ABSTRACT

This work has as its object the study of socio-affective paternity by analyzing the possibility of its recognition by the Brazilian legal system. On the assumption that the concept of family has been considerably expanded by the current constitutional order inaugurated by Federal Constitution of 1988, where the family entity will be formed from the presence of elements such as affection, solidarity and respect, coming so new family arrangements. To develop the study of this subject, initially treated the historical and evolutionary origin of the family, as well as the legislative treatment offered to this institution in the Brazilian legal system. Following were treated aspects of membership showing the delineations brought about by the Civil Code of 2002, analyzing the prism of the current Constitution, in order to demonstrate that the biological link is not, but the main criterion for determining paternity. In this perspective, before the constitutional principles that revolutionized the family law, causing the affection was a core element of independent formation of the existence of blood bond, left shown that Brazilian law is silent on the express provisions of socio-affective paternity, but despite the gap, the constitutional principles guiding the family law, give the backbone needed for its wide recognition in the seat of jurisprudence by the Courts, which signal well beyond their mere recognition where this parenting method is able to generate the same effects very personal, property and inheritance, inherent in paternal-filial relationship.

**Keywords:** Family. Socio-affective paternity. Courts.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	<b>15</b>
2.1	ORIGEM HISTÓRICA DA FAMÍLIA.....	15
2.2	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA .....	17
<b>2.2.1</b>	<b>Tratamento da família no Código Civil de 1916</b> .....	<b>18</b>
<b>2.2.2</b>	<b>Direito de família na constituição de 1988</b> .....	<b>20</b>
<b>2.2.3</b>	<b>Tratamento da família no Código Civil de 2002</b> .....	<b>22</b>
2.3	TIPOS DE FAMÍLIA.....	23
<b>2.3.1</b>	<b>Família Natural</b> .....	<b>24</b>
<b>2.3.2</b>	<b>Família matrimonial</b> .....	<b>25</b>
<b>2.3.3</b>	<b>Família baseada na união estável</b> .....	<b>26</b>
<b>2.3.4</b>	<b>Família homoafetiva</b> .....	<b>27</b>
<b>2.3.5</b>	<b>Família monoparental</b> .....	<b>29</b>
<b>2.3.6</b>	<b>Família substituta</b> .....	<b>29</b>
<b>2.3.7</b>	<b>Famílias diversas</b> .....	<b>31</b>
<b>3</b>	<b>FILIAÇÃO E AS POSSIBILIDADES DE PATERNIDADE NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	<b>33</b>
3.1	CONCEITO DE FILIAÇÃO .....	33
3.2	CONTEXTO HISTÓRICO DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO .....	34
3.3	PRESUNÇÕES DA PATERNIDADE ( <i>PATER EST</i> ).....	36
<b>3.3.1</b>	<b>Dos filhos nascidos entre os 180 dias contados da convivência conjugal e após os 300 dias de sua dissolução</b> .....	<b>37</b>
<b>3.3.2</b>	<b>Inseminação artificial</b> .....	<b>39</b>
3.4	RECONHECIMENTO DE FILHOS .....	43
3.5	ESPÉCIES DE PATERNIDADE .....	45
<b>3.5.1</b>	<b>Paternidade Biológica</b> .....	<b>46</b>
<b>3.5.2</b>	<b>Paternidade Jurídica</b> .....	<b>46</b>
<b>3.5.3</b>	<b>Paternidade Socioafetiva</b> .....	<b>47</b>
<b>4</b>	<b>PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E O SEU RECONHECIMENTO PERANTE OS TRIBUNAIS</b> .....	<b>50</b>
4.1	HISTÓRICO E CONCEITO .....	50

4.2	TRATAMENTO NO CÓDIGO CIVIL.....	53
4.3	ESPÉCIES DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	55
<b>4.3.1</b>	<b>Posse de estado de filho: Uma espécie da paternidade socioafetiva .....</b>	<b>56</b>
4.4	POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS .....	62
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>69</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>72</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A família é o alicerce para a construção da sociedade, diante dessa realidade o direito regula essa instituição com o objetivo de oferecer a segurança jurídica necessária para o fortalecimento das relações que dão origem a família, sob esse aspecto mediante a análise legislativa pode-se perceber que o fator biológico era critério prevalecente para definir a paternidade, esse aspecto vigorou fortemente durante a vigência do Código Civil de 1916, período em que a família era patriarcal, hierarquizada e patrimonialista.

Contudo, a família em decorrência do tempo passa por modificações significativas e tais transformações não são acompanhadas de forma imediata pelo direito, uma vez que os fatos sociais estão em constante mutação e reclamam de adequação jurídica para o seu desenvolvimento pleno e resolução de conflitos.

Desta feita, a Constituição Federal foi um marco significativo para a mudança na ordem legislativa quanto à realidade familiar vivenciada, a presente Carta Magna fez uma verdadeira revolução no campo do direito de família, oferecendo a mesma um aspecto mais democratizado em que o afeto passa a ser o critério definidor da mesma, proporcionando o afloramento e o reconhecimento de novas modalidades de família.

Assim, a nova ordem constitucional passa a oferecer ao campo da filiação novos desdobramentos, uma vez que encerra o tratamento discriminatório oferecido pelos filhos concebidos em meio a relações que não possuíam a chancela estatal, além de proporcionar a paternidade novos sentidos em que o interesse da criança e do adolescente e a sua proteção integral tornam-se fatores de maior relevância para o seu crescimento e conseqüentemente para a construção de uma sociedade melhor, tendo, portanto, a paternidade responsável como aspecto estruturante da entidade familiar.

É frente a essa nova perspectiva, que a paternidade socioafetiva ganha espaço mediante o novo aspecto oferecido a entidade familiar em que o zelo, o amor, o cuidado, o carinho e a reponsabilidade são os critérios basilares para a construção da relação paterno-filial saudável, fazendo com que essa nova modalidade de paternidade seja amplamente discutida, em face não estar reconhecida expressamente pela legislação civil promulgada em 2002. Entretanto,

ressalta-se que apesar da omissão a Constituição vigente oferece o substrato necessário para o seu reconhecimento mediante os princípios da afetividade, da proteção integral, da paternidade responsável e acima de tudo da Dignidade da Pessoa Humana.

Partindo desse pressuposto, será apresentado no referido trabalho a presente temática, qual seja o reconhecimento da paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro face o posicionado de nossos Tribunais, através da apresentação da posse de estado de filho com fulcro nos princípios constitucionais que visa estabelecer o bem-estar da criança e do adolescente.

O problema a ser discutido, diz respeito à possibilidade da aplicação da paternidade socioafetiva no Brasil em sede de jurisprudência sem que ocorra a violação da legislação pátria vigente, diante da nova realidade social vivida, em que a instituição família ganha novos sentidos e apresenta-se com novas configurações, deixando de ser uma instituição estritamente ligada a fatores biológicos e passando a valorar as relações construídas com base no afeto. Desta feita a problemática a ser pesquisada será mediante a seguinte indagação: É possível observar a aplicação do instituto paternidade socioafetiva no Brasil pelos Tribunais?

O objetivo geral da pesquisa será analisar o posicionamento dos Tribunais frente o reconhecimento da paternidade socioafetiva na aplicação do Direito Brasileiro. E na perspectiva de alcançar o objetivo geral serão discutidos e analisados os seguintes pontos: a apresentação dos fatores históricos- evolutivos da família e da legislação pátria no que tange o Direito de família; explicar o instituto da paternidade socioafetiva e expor o posicionamento dos Tribunais quanto o seu reconhecimento.

A importância do presente trabalho se dar mediante a necessidade de demonstrar o valor da paternidade socioafetiva na concretização do bem-estar da criança e do adolescente, frente à possibilidade de ser reconhecida e de gerar consequências jurídicas, uma vez que o ordenamento brasileiro é omissivo quanto ao assunto, cabendo aos Tribunais se posicionar com base nos princípios informadores do direito para valorar e decidir a presente problemática.

A metodologia a ser utilizada para desenvolver o referido trabalho será a pesquisa bibliográfica feita através do estudo da doutrina, artigos científicos, legislação pertinente à temática e posicionamentos jurisprudenciais. O método de abordagem a ser utilizado para o desenvolvimento será o dedutivo, que se baseará

na realização do estudo com foco na revisão bibliográfica, levantamento de dados e na pesquisa jurisprudencial.

O referido trabalho encontra-se composto por três capítulos, onde no primeiro capítulo será abordado os fatores histórico e evolutivo da família e do Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro diante dos institutos civis de 1916 e de 2002, além as inovações trazidas pela Constituição de 1988, apresentado assim os novos tipos de famílias inaugurada pela nova ordem constitucional.

No segundo capítulo serão tratados os aspectos da filiação partindo de sua evolução histórica e a sua positivação no Código Civil de 2002 com a manutenção das presunções e as inovações diante do reconhecimento das técnicas de reprodução assistida, tratando ainda do reconhecimento de filhos e das modalidades de paternidade sendo elas biológica, jurídica e socioafetiva.

Por fim no último capítulo será abordado à paternidade socioafetiva com a conceituação, o tratamento oferecido pelo Código Civil de 2002, as espécies e configuração dessa modalidade de paternidade sob apresentação da posse de estado de filhos e posicionamento dos Tribunais em sede de jurisprudência acerca do reconhecimento da presente temática.

## 2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

### 2.1 ORIGEM HISTÓRICA DA FAMÍLIA

A família é o núcleo fundamental para construção e organização da sociedade, a sua constituição é marcada por vínculos psicológico, biológico, sociológico, religioso e jurídico, estando tradicionalmente marcada pela união do homem e da mulher. É a partir dessa união que se desenvolve a humanidade por consequência da procriação natural da espécie humana.

A entidade familiar ao longo da história vem passando por uma série de transformações, muitas delas bastante significativas e que repercutem na seara jurídica, estas modificações ocorrem em função do dinamismo temporal em que os fatos sociais não permanecem inertes passando por constantes processos de mutação, que conseqüentemente influencia na modificação de parâmetros até então já reconhecidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Em face de critérios temporais e sociais foi atribuída à família funções distintas conforme o momento histórico vivenciado, sobre esse aspecto preleciona Paulo Lôbo (2011, p.18): “Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional [...]”

Desta feita, na intenção de promover um resgate histórico sobre a família, remete-se às origens influenciadoras do ordenamento jurídico brasileiro tomando por base a antiga Roma, em que a entidade familiar baseava-se no poder patriarcal onde o *pater* reunia para si os poderes de cunho religioso, político e jurisdicional e geria a família de acordo com os seus interesses, conforme expressa o Professor César Fiuza (2008, p. 427) em sua obra: “O *pater-famílias* era, assim, senhor absoluto da *domus*. Era o sacerdote que presidia o culto aos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados; era o administrador que comandava os negócios da família.”

Nessa sociedade a religião ocupava posição de destaque e a formação da própria família estava relacionada ao culto de deuses, em que a responsabilidade

era perpetuar essa adoração por meio da hereditariedade transmitida de pai para filhos, na forma como expõe Silvio Salvo Venosa (2003, p. 18):

Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Esse culto era dirigido pelo pater. A mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar de seu pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido, a quem passava a fazer oferendas.

A família se apresentava como célula responsável pela perpetuação do culto, onde o homem ocupava lugar de destaque, com a morte do *pater* esse poder era hereditariamente transferido ao filho primogênito.

Na sociedade romana, a família era extensa composta pela reunião de ascendentes e descendentes que dividiam o mesmo lar, onde a mulher ocupava lugar de submissão perante o pai, sendo mantido após o casamento o dever de obediência, que era transferido para marido, esse aspecto pode ser observado no trecho a seguir transcrito:

Para os nossos antepassados culturais, a família era um corpo que ia muito além dos pais e dos filhos. Sob a liderança do pai, a família era o conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes. As filhas e netas que se casassem se transferiam para o poder do marido e do sogro, se fosse vivo. (FUIZA, 2008, p. 927)

Ressalta-se ainda que, na antiga Roma a família e o casamento eram visto sob dois aspectos, primeiramente o de dever cívico e depois para perpetuação da prole, observando assim que o afeto entre os membros do núcleo familiar não era fundamento para a sua constituição, sobre o tema:

Inicialmente, a união entre o homem e a mulher era vista como um dever cívico, para os fins de procriação e de desenvolvimento das novas pessoas geradas, que serviriam aos exércitos de seus respectivos países, anos depois, durante a juventude. (LISBOA, 2009, p.3)

Com a evolução da história do homem e do próprio direito que a rege, observa-se a passagem do período mais antigo, para a chamada idade média, onde as relações do Estado e da Igreja expressaram grande enlace na questão da organização familiar. O Estado baseado principalmente no cristianismo, em especial no catolicismo, busca moldar a família com traços e características bem voltadas aos princípios divinos. Neste contexto, o vínculo familiar continuou sendo mantido pelos fundamentos religiosos, agora baseados pelo o que pregava cristianismo.

Desaparecida a família pagã, a cristã guardou esse caráter de unidade de culto, que na verdade nunca desapareceu por completo, apesar de o casamento ser tratado na história mais recente apenas sob o prisma jurídico e não mais ligado a religião oficial do Estado. (VENOSA 2003, p. 19)

A ruptura do Estado com religião retirou a hegemonia da Igreja Católica, mas sua cultura permaneceu sendo a base do Estado, uma vez que manteve o matrimônio, sendo que ofereceu ao mesmo sentido jurídico mediante o estabelecimento de uma série de requisito para ter efetividade, assim só seria legalmente aceito após a devida chancela estatal.

Com a Revolução Industrial os núcleos familiares rurais, extensos, patriarcais e hierarquizados passam a se modificar, mediante a concentração das indústrias que começam influenciar o chamado êxodo rural, nessa nova etapa da história a família apresenta uma nova configuração, constituindo-se apenas pelo pai, a mãe e seus filhos e a mulher retira-se da situação de submissão e adentra ao mercado de trabalho para compor a mão-de- obra familiar. Neste sentido ensina Maria Berenice Dias (2014, p.28):

[...] revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. A estrutura familiar se alterou, tornou-se nuclear restrita ao casal e sua prole. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes.

É nesse contexto que o vínculo de afetividade passa a se manifestar como fundamento basilar para a formação da família, mas no Direito essa característica intrínseca a família levou muito tempo para vir a prevalecer frente ao conservadorismo jurídico, uma vez que a legislação pátria vigente se manteve por um longo período adotando o modelo patriarcal, patrimonialista e hierárquico para conceituar e conseqüentemente estruturar as entidades familiares, conforme será demonstrado a seguir.

## 2.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família passou por uma série de transformações na legislação pátria, demonstrando o desenvolvimento da entidade familiar em função da dinâmica

social, sendo regulamentado inicialmente pelo Código Civil de 1916 que tinha como base a família hierarquizada, seguindo-se da Constituição de 1988 que trouxe grandes inovações e avanços ao tratar do Direito de Família sobre o viés do pluralismo e da igualdade jurídica de seus membros, visando à proteção mediante o reconhecimento de que o núcleo familiar é essencial para formação da sociedade, sendo o referido texto constitucional posteriormente regulamentado com a promulgação do Código Civil de 2002.

Ressalta-se previamente que o presente trabalho não tratará da evolução constitucional do direito de família de forma específica e detalhada, apenas apresentará as inovações constitucionais marcantes ocorridas na evolução histórica do Brasil face a atual Constituição da República, que permitiu a repersonalização do Direito de família e dedicou um capítulo exclusivo para tratar Da família, da criança, do adolescente e do idoso.

### **2.2.1 Tratamento da família no Código Civil de 1916**

O Código de 1916 ao tratar da família reproduziu os caracteres encontrados na sociedade Romana, de forma que na sociedade nacional manteve-se o sentido patriarcal e hierárquico da entidade familiar difundida no Direito romano. Além desses fatores influenciadores, ressalta-se também que o referido diploma baseava-se na cultura histórica e econômica do país na época de sua promulgação, em que a preocupação era primordialmente a manutenção da estabilidade familiar como forma de manter as relações patrimoniais mediante a instituição do matrimônio.

Desta forma, a instituição família sob égide do Código Civil de 1916 se baseava na constituição do matrimônio perante autoridade legal que gerava para os contraentes direitos e deveres, onde a dissolução do referido vínculo era veemente impedido e repudiado, essa indissolubilidade do matrimônio somente foi restringida com a EC 9/77 que instituiu o divórcio regulamentando-o pela Lei nº 6.515/77.

O núcleo familiar era formado basicamente por pai, mãe e filhos, não sendo reconhecido nenhum outro tipo de instituição que não seguisse essa configuração, sendo assim retratada por CARVALHO (2015, p.22):

Os valores da família da elite brasileira do século XVIII e XIX são identificados nos dispositivos do Código Civil 1916, o qual definiu um modelo único de família: a família matrimonial, a qual foi coroada com o atributo de legítima. Outros arranjos familiares eram juridicamente irrelevantes, podendo se dizer, por isso, que o sistema codificado tinha conceito formal, fechado excludente de família.

Mediante o aspecto conservador, pode-se identificar claramente que o referido instituto jurídico estava voltado para as elites brasileiras e mantinha o casamento como figura principal para determinar as demais consequências patrimoniais, que tange a vida conjugal e a própria obrigação paternal dentro do matrimônio, assim os relacionamentos construídos a margem do casamento como o concubinato eram excluídos e discriminados da ordem legal vigente na época.

Os relacionamentos mantidos sem a devida chancela estatal eram discriminados e conseqüentemente não recebia nenhum tratamento jurídico em relação a direitos e obrigações, até os filhos advindos de tais relacionamentos levavam consigo os mesmo preconceitos e discriminações.

Homem e mulher ocupavam posições distintas e bem definidas na sociedade, essa divisão é responsável pelo caráter transpessoal presente no modelo de família gerida pelo referido código, em que a mulher assumia um papel de submissão em relação ao marido frente à incapacidade a ela atribuída pela legislação, mantendo uma relação de dependência perante o cônjuge, situação que somente modificou-se com o chamado Estatuto da mulher casada regulamentado pela Lei nº 4.121/1962, conforme preceitua Maria Berenice Dias (2014, p. 30):

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da mulher casada (L 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhes bens reservados que asseguravam a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

Em que pese à estrutura familiar, há que se conferir atenção especial para a forma de tratamento oferecido aos filhos no diploma de 1916, uma vez que havidos fora do regime matrimonial eram tratados de forma discriminatória, não sendo lhes oferecido nenhum direito, o tratamento designado se dava de forma pejorativa mediante o emprego das seguintes denominações: espúrios, ilegítimos e adúlteros, essa exclusão tinha como objetivo manter a paz no seio familiar, assim como manter o patrimônio familiar dentro de uma estrutura fechada, excludente e discriminatória, o mesmo tratamento era direcionado para aos filhos advindos de processo de adoção. Nesse sentido, proclama Paulo Lôbo (2011, p.218):

[...] A desigualdade entre filhos, particularmente entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, era a outra e dura face da família patriarcal que perdurou no direito brasileiro até praticamente os umbrais da Constituição de 1988, estruturada no casamento, na hierarquia, no chefe de família, na redução do papel da mulher, nos filhos legítimos, nas funções da procriação e de unidade econômica e religiosa. A repulsa aos filhos ilegítimos e a condição subalterna dos filhos adotivos decorriam naturalmente dessa concepção.

Esse tratamento discriminatório oferecido aos filhos concebidos à margem das relações conjugais e aos adotivos, somente foi extinto da legislação pátria com a promulgação da Constituição de 1988, que o trouxe novos contornos para a determinação da filiação mediante a definitiva extinção de critérios discriminatórios presente no Código de 1916, sob o prisma de que num Estado democrático de direito o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da igualdade ocupa papel de destaque sendo primordial para a construção de uma sociedade mais justa.

### **2.2.2 Direito de família na Constituição Federal de 1988**

Historicamente a família era marcada pelo modelo patriarcal, primonial e hierárquico, contudo com o dinamismo social paulatinamente essa realidade foi se modificando, o conceito de família foi sendo ampliado e na atualidade diante da legislação vigente, temos que não somente se considera como entidade familiar aquelas famílias constituídas sob égide do matrimônio, uma vez que o Direito de família foi significativamente redimensionado.

A Constituição Federal de 1988 foi o marco na implantação de novas configurações e direitos para a família, onde surgiram novos núcleos familiares que passaram a se constituir de diversas formas, da maneira que tais inovação favoreceram o seu reconhecimento jurídico

Desta forma, o texto constitucional rompeu com as amarras impostas pela legislação civil vigente na época e eliminou as discriminações, extirpando de uma vez por todas a diferenciação entre filhos legítimos e os nascidos fruto de relacionamentos extramatrimoniais que não eram acolhidos pelo direito, promovendo a igualdade jurídica da filiação independente de sua origem.

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família, calcado na nova realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher (...). Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com seus filhos. Agora, para a configuração da família deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa. (DIAS, 2014, p.36)

A Carta Magna reconheceu a união estável como entidade familiar, assim como a chamada família monoparental, considerando a família como a base para o desenvolvimento da sociedade com alicerce naquilo que conclama o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, oferecendo assim uma proteção mais efetiva, conforme se extrai do se art. 226, abaixo transcrito:

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

§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

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

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

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

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio

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

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

Contudo, quando a Constituição Federal vigente foi promulgada em 1988 o Código Civil que estava em vigor era o de 1916, que mantinha o tratamento arcaico no que concerna a família, baseado no matrimônio e com as inúmeras discriminações. Diante da inovação trazida pela nova ordem constitucional, grande parte da legislação civil não foi devidamente recepcionada pela atual Constituição, tendo que ser constantemente adaptada aos princípios e ditames ali instituídos, em face da preservação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da manutenção da igualdade jurídica.

A Constituição da República deu linhas mestras de alguns dos principais institutos de direito privado, principalmente do direito de família, mas não a ponto de dispensar uma regulamentação mais ampla dos institutos do direito civil por um novo Código. A descodificação não era a solução adequada, sendo indispensável que um novo diploma legal de direito civil fornecesse não só as principais balizas, mas, também, regulamentasse as relações privadas. (MONTEIRO; SILVA, 2010, p. 27)

A nova Constituição ofereceu os direcionamentos a ser estabelecido para o tratamento do Direito de família, ocorre que o Código Civil vigente no período da sua promulgação mostrava-se completamente incompatível, exigindo assim que tal legislação fosse novamente codificada, tomando por base as inovações para compatibilizar com os princípios e normas ali colocados, fato este que somente ocorreu em 10 de janeiro de 2002 com a promulgação do Novo Código Civil, que ganhou efetividade jurídica após um ano face o período de “*vacatio legis*”.

Nessa perspectiva, se percebe que a Constituição Federal de 1988 concedeu a instituição família novos sentidos, utilizando-se de conceito atual onde o vínculo afetivo é critério marcante a tornar-se um princípio basilar para o Direito de família, a qual encerra-se o caráter patrimonialista, patriarcal e hierarquizado difundido pelo Código Civil de 1916, diante do que dispõe os ditames constitucionais, onde se tem a democratização dos sentimentos em defesa da existência de núcleos familiares constituídos por formatações diversas.

### **2.2.3 Tratamento da família no Código Civil de 2002**

O Código de Civil de 2002 tem sua origem no anteprojeto elaborado em 1969, segundo afirma Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2010, p. 27), ou seja, sua tramitação começou bem antes da promulgação da Constituição de 1988, sendo assim seu texto precisou ser emendado inúmeras vezes na tentativa de adequar aos princípios instituídos pela Carta Magna, assim como regulamentar as normas ali previstas.

Inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada da nova concepção do direito das famílias. Foram inseridas sem técnica alguma, na fase final de sua elaboração, regras de direito material preexistentes. Assim, o Código Civil já nasceu velho. Daí o papel dos lidadores do direito para aperfeiçoa-lo, nem que para isso realize, que, sabe, verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece. (DIAS, 2014, p.31)

O instituto civil trouxe inovações significativas, entre elas destaca-se a abolição das expressões e tratamentos discriminatórios quanto aos filhos havidos fora do casamento, repetindo em seu texto o que foi instituído pela Constituição da República, regulamentou a união estável quebrando assim o conservadorismo mantido no código de 1916 quanto o matrimônio, assim como no campo da filiação inseriu as práticas de inseminação artificial homóloga e heteróloga, dentre outros avanços que foram regulamentados posteriormente a exemplo da guarda compartilhada.

Apesar das inovações presentes no seu corpo normativo, se faz mister ressaltar que a referida legislação manteve-se omissa quanto a questões polêmicas, que ainda na atualidade carece de regulamentação, a exemplo da união homoafetiva, mas especialmente quanto reconhecimento da filiação socioafetiva, fato que faz nascer para o direito sérios problemas jurídicos envolvendo não só a perspectiva legal, como também direitos sucessórios e impedimentos matrimoniais, relacionadas a valorização da humanização das relações de afetividade na esfera civil, em especial no direito de família voltado a filiação.

### 2.3 TIPOS DE FAMÍLIA

Conforme apresentado o conceito de família foi aos poucos sendo modificado e conseqüentemente ampliado, por meio de novas configurações que foram surgindo em razão dinamismo social, novos direitos e modificações foram acontecendo, e novas unidade familiares foram nascendo, é que dispõe Maria Berenice Dias (2014, p. 33):

[...] Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias.

Diante dessa diversidade social intrínseca a própria essência humana onde as relações são constantemente modificadas, novas realidades surgem transformando a sociedade dia-a-dia, assim aconteceu com a estrutura familiar,

mesmo mediante do estabelecimento de parâmetros para a sua formação, através da codificação o Direito de família não manteve-se estático.

Desta feita, diante da apresentação dos princípios e normas constitucionais que regem o Direito de família, pode-se perceber a importância oferecida ao vínculo afetivo na construção da mesma na atual conjuntura social, uma vez que se busca a instituição de novos direitos e a exclusão de preceitos discriminatórios de tratamento, como forma de preservar, garantir e concretizar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. (DIAS, 2014, p.52)

A afetividade ganha status de princípio na atual conjuntura jurídica, mesmo sem estar está expressamente disposto no texto constitucional, mas pode ser facilmente notada nas normas ali previstas, a exemplo do dispositivo que promoveu o tratamento igualitário entre os irmãos sejam eles biológicos ou adotivos, onde o que se busca primordialmente é garantir o respeito dos direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal.

A evolução social exige que as normas legais sejam flexíveis o bastante a ponto de se adaptarem a cada nova realidade surgida, a Constituição de 1988 trouxe a possibilidade de reconhecimento de novas estruturas familiares através dos princípios e Direitos Fundamentais por ela instituídos os considerando como verdadeiros núcleos familiares a merecer a efetiva proteção estatal.

### **2.3.1 Família natural**

O conceito de família e entidade familiar é retratado por Maria Helena Diniz (2010, p. 10) da seguinte forma:

Conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, 1.567 e 1.716), e entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§3º e 4º, da Constituição Federal, independentemente de existir vínculo conjugal que a originou.

Com base no entendimento acima se pode extrair o conceito de família natural, onde o próprio ordenamento jurídico traz sua definição descrita no art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”

Assim a legislação pátria conceitua legalmente a família natural como sendo aquela constituída por pai, mãe e seus descendentes, em que para sua formação não se faz necessário à existência do vínculo matrimonial, podendo se originar mediante o estabelecimento da união estável.

Entretanto, o elemento prevalecente para sua configuração será a existência de vínculo natural representado pelo critério biológico, ou seja, o aspecto sanguíneo é fator predominante para a caracterização do referido núcleo familiar.

### **2.3.2 Família matrimonial**

O matrimônio foi instituído pela igreja como forma de regular as relações humanas oferecendo segurança jurídica, visando o agrupamento social com o objetivo de perpetuação da espécie conforme trata DIAS (2014, p. 43):

Sob justificativa de manter a ordem social, tanto o Estado como a igreja acabaram imiscuindo na vida das pessoas. Na tentativa de limitar o livre exercício da sexualidade e garantir a perpetuação da espécie, eram estabelecidos interditos e proibições de natureza cultural e não biológica. Mediante estritos padrões de moralidade, os relacionamentos amorosos passaram a ser nominados de família [...]

Influenciado pela cultura religiosa, o estado manteve o matrimônio como uma instituição jurídica que para ser válida deverá ter a devida chancela estatal, fazendo com que este somente tenha validade quando devidamente reconhecido por autoridade legal e mediante o preenchimento de uma série de requisitos. Assim a família matrimonial é a chamada tradicional, formada com base no instituto jurídico e

solene do matrimônio que gera efeitos sociais e patrimoniais para os contraentes, bem como direitos e deveres para ambos de ordem civil.

### **2.3.3 Família baseada na união estável**

Esse tipo de núcleo familiar era caracteriza pela fator informalidade, uma vez que a sua formação se dar pela simples vontade das partes de compartilhar a vida em família, não existindo nenhum ato jurídico específico para a sua existência, ou seja, sem a realização do instituto jurídico do matrimônio. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2014, p. 46):

Essas estruturas familiares, ainda que rejeitadas pela lei, acabaram aceitas pela sociedade, fazendo com que a Constituição albergasse no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável, mediante a recomendação de promover sua conversão em casamento [...]

Antes do reconhecimento este tipo de relacionamento era expurgado do ordenamento jurídico, sendo tratado pejorativamente como concubinato, essa realidade foi modificada definitivamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que ofereceu uma visão mais ampla em face dos novos núcleos familiares surgidos, favorecendo assim o seu reconhecimento e a sua devida regulamentação pelo código civil de 2002, que trouxe os requisitos necessários para a sua configuração, bem como os seus efeitos jurídico.

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

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

Nesse novo contexto, a chamada união estável ganha destaque no direito de família como uma nova instituição jurídica que deve ter seu reconhecimento facilitado perante o Poder Judiciário, estendendo a essa relação muitos direitos que anteriormente só eram reconhecidos com o matrimônio.

Com efeito, a norma do § 3º do art. 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração, como de resto estabeleceu o art. 1.726 do Código Civil. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser constituída ou mantida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra. (LÔBO, 2011, p.81)

Na forma do entendimento acima exposto, constata-se claramente a intenção do legislador em facilitar a conversão da união estável em casamento, entretanto aos que não optarem em efetuar a referida conversão o ordenamento constitucional não nega a esse tipo de relação o seu efetivo reconhecimento como entidade familiar. Nessa perspectiva a chamada família baseada na união estável ganha novos contornos na seara jurídica, sendo devidamente reconhecida e gerando os efeitos necessários para o bem-estar das partes, inclusive no que tange ao patrimônio constituído por ambos.

#### **2.3.4 Família homoafetiva**

A união entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade social vivenciada por todos, ainda tratada com discriminação, uma vez que não é expressamente reconhecida e regulamentada pela legislação pátria, conforme dispõe Maria Berenice Dias (2014, p.47):

As inúmeras decisões judiciais atribuindo consequências jurídicas a essas relações levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecê-las como união estável, com iguais direitos e deveres. A partir desta decisão passou a justiça a admitir a conversão, da união homoafetiva em casamento. De imediato o Superior Tribunal de Justiça admitiu a habilitação para o casamento diretamente junto ao Registro Civil, sem ser preciso antes de formalizar a união para depois transforma-la em casamento.

As inúmeras ações judiciais que buscavam prioritariamente a possibilidade desse tipo de relação gerar consequência jurídica aos sujeitos, fez com que os

Tribunais analisassem a referida discursão e conseqüentemente, mediante decisão judicial atribuíssem a esse tipo de relação o status de união estável, passando assim a gerar os respectivos efeitos jurídicos, situação que propiciou a manifestação do Superior Tribunal de Justiça quanto à conversão da união estável em casamento junto ao Registro Civil.

Diante das inovações trazidas pela nova ordem constitucional, se faz mister ressaltar que a família constituída por pessoas do mesmo sexo é uma realidade, em que o vínculo existente entre os sujeitos da relação é de afetividade merecendo, portanto, a devida tutela jurisdicional, uma vez que está plenamente configurado a existência de um núcleo familiar com base naquilo que conclama os princípios constitucionais norteadores do direito de família na atual conjuntura jurídica.

Numa visão pós-moderna, a constituição de um vínculo relacional entre dois seres, apoiado na afetividade, na estabilidade, no direito à visibilidade, independentemente de orientação sexual, e que configura uma verdadeira convivência *more uxório*, vem possibilitando o reconhecimento judicial das parcerias homoafetivas, incluindo aqui a aquisição do *status familiae*, abrangendo, entre os vários direitos de cunho patrimonial, a possibilidade do direito de adoção. (MALUF, 2010, p.171)

Assim, apesar da clara discriminação em face do conservadorismo ainda impregnado no meio social, a união homoafetiva em sede de Jurisprudência também foi acolhida pelo Superior Tribunal Federal, que a reconheceu como uma entidade familiar carente apenas de regulamentação legislativa.

Em 05/05/2011, o STF acolheu duas ações declaratórias de inconstitucionalidade reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares como os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis, pondo fim à insegurança jurídica decorrente da omissão do legislador que de forma preconceituosa se abstém de provar qualquer projeto que assegure direitos à população LGBT. Histórica decisão, proferida por unanimidade, dispõe de eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF 102 §2º). A desobediência dá ensejo a pedido de reclamação diretamente no STF. (DIAS, 2014, p. 212)

Desta feita, a decisão proferida em sede de Ação Direta Inconstitucionalidade pelo órgão judiciário de instância superior, que tem como principal responsabilidade resguardar da Constituição Federal, afastou a insegurança jurídica relacionada à omissão legislativa quanto a esse tipo de relação, dando a mesma o status de união estável e estendendo a esse tipo de entidade familiar todos os efeitos presentes na união estável constituída por homem e mulher.

### 2.3.5 Família monoparental

Núcleo familiar tratado doutrinariamente como família monoparental se configura pela estrutura familiar liderada por apenas um dos pais e os seus respectivos filhos, ou seja, uma relação de ascendência e descendência. Essa relação familiar surge em decorrência dos pais não mais compartilharem os mesmos interesses e optarem por viverem separados ou até mesmo nas situações em que um dos pais falece, assim apresenta a doutrinadora Maria Helena Diniz (2010, p.11):

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, “produção independente”, etc [...]

A presente estrutura familiar está expressamente reconhecida na Constituição Federal que assim preceitua no seu art. 226, § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Com base no dispositivo transcrito, entende-se que a Carta Magna abarcou e reconheceu como entidade familiar às famílias compostas por apenas um dos pais e seus filhos.

### 2.3.6 Família substituta

A família substituta consiste na espécie de família que acolhe criança ou adolescente em caráter excepcional e temporário, em face das condições de perigo a qual vive o vulnerável com intuito de garantir a convivência familiar e comunitária. Essa previsão está estabelecida no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, **excepcionalmente, em família substituta**, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.  
 § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária

competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial. (grifo nosso)

Diante do que expõe o dispositivo acima, a preferência é sempre pela manutenção da criança e do adolescente com a família biológica, por este motivo para ser colocado em família substituta deverá passar por um processo de verificação mediante um relatório emitido por autoridade judiciária competente, que indicará de forma fundamentada qual a melhor proposta para manter o bem-estar da criança e do adolescente, sendo que somente no caso da família biológica não atender aos requisitos é que será encaminhada para a família substituta.

O art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê as três possibilidades de colocação da criança ou adolescente nesse tipo de entidade familiar, o dispositivo assim determina “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”. O § 3º do mesmo dispositivo ainda determina que para colocação em família substituta se levará em consideração o grau de parentesco, afinidade e afetividade. Nesse sentido, assevera Paulo Lôbo (2011, p.190):

O art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que na apreciação do pedido de colocação do menor em família substituta (guarda, tutela ou adoção) levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

Desta feita, pode-se perceber que os critérios de parentesco, afinidade e afetividade são fatores importantes as serem observados no processo de colocação da criança e do adolescente em família substituta, pois a presente medida tem como finalidade principal oferecer o bem-estar aos sujeitos vulneráveis, por esta razão tais elementos devem ser analisados com objetivo de minorar as consequências advindas de tal situação.

### 2.3.7 Famílias diversas

Na nova ordem constitucional em que a família se configura das mais variadas formas, tendo como requisito principal o amor para a construção da felicidade mútua dos conviventes, nasce as mais diversas configurações de família que não estão expressamente reconhecidas pela legislação pelo simples fato de não estarem inseridas no caráter tradicional, mas que pelas as suas características e pelo bem-estar de seus membros são merecedoras de respeito e de serem tratadas como tal, uma vez que a família é a base da sociedade e deve ser juridicamente protegida pelo Estado, entre esses tipos de família destaca-se a família parental ou anaparental, a família composta ou mosaica e a eudonista.

Desta forma, as relações baseadas pela convivência entre pessoas sendo parentes ou não que compartilham da mesma casa e por vezes do mesmo patrimônio, são intituladas doutrinariamente como família parental ou anaparental, essa modalidade de família não se configura mediante a existência de conotação sexual, estando representada, por exemplo, por duas irmãs ou duas amigas que dividem o mesmo lar, sobre a referida modalidade familiar trata Maria Berenice Dias (2014, p.55):

[...] Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável. Cabe lembrar essas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos e que também merece proteção constitucional.

Apesar de não ser expressamente reconhecida pela legislação pátria, esse tipo de estrutura familiar merece proteção diante do compartilhamento de esforços dos membros para manutenção do lar e por vezes para a construção de um patrimônio em comum, mesmo que não se tenha conotação sexual, uma vez que, o direito de família atual tem como princípio e requisito primordial a afetividade, sendo assim essa nova configuração de família tem sido cada vez mais comum fazendo jus a proteção.

As chamadas famílias compostas ou mosaicas são formadas pela união de pessoas egressas de famílias anteriores, em razão da dissolução da relação mediante a separação, divórcio, ou até mesmo viuvez. Esse tipo de estrutura familiar

é marcada pela multiplicidade dos vínculos em razão junção dos filhos advindos de relações anteriores com os filhos em comum.

A família tradicional, neste contexto, vem sendo designada como família núcleo para indicar a família primeira, a família de primeiras núpcias, considerada, quase que, como família original. Com o desfazimento desta família, outros núcleos familiares são refeitos permitindo a continuação da família pela recomposição, especialmente orientada pelo amor e afeto. (FERREIRA; RORHMANN, 2006, p.3)

A presente estrutura familiar tem por base a reestruturação da chamada família tradicional desfeita, onde os membros unem-se e formam um novo núcleo familiar constituído pela relação de respeito e principalmente por vínculos de afetividade para manter a vivência de todos os membros da forma mais harmônica possível, visto que essa união tem como principal objetivo alcançar a felicidades de todos os membros agregados.

Desta feita, percebe-se que a atual conjuntura social vivenciada em face da constitucionalização do direito de família é marcada pela afetividade, que tem sido requisito essencial presente nas novas configurações familiares. Assim, diante das mencionadas transformações temos que o valor afetivo vem se sobrepondo ao vínculo biológico, é com essa fundamentação que nasce a chamada família eudemonista.

A ideia de família formal, decorrente do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que são relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. É o afeto que organiza e orienta o desenvolvimento da personalidade e assegura o pleno desenvolvimento do ser humano. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. (DIAS, 2014, p.58)

Nestes termos, a família eudonista está pautada pela felicidade individual de seus membros, mediante a construção de um relacionamento baseado no amor, respeito e lealdade, onde critérios jurídicos e preconceitos sociais não tem lugar, os membros desse núcleo familiar buscam a satisfação mediante a construção de um amor, não mais existindo o caráter hierarquizado da família, a mesma se revela como uma estrutura verdadeiramente democratizada.

### 3 FILIAÇÃO E AS POSSIBILIDADES DE PATERNIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

#### 3.1 CONCEITO DE FILIAÇÃO

O instituto da filiação possui origens bem remotas quando do seu estudo vinculado ao direito. Desde a antiguidade que os laços de filiação são utilizados para a construção de normatização jurídica, sendo fundamental para a configuração do direito atual, mediante o fato de que influi significativamente nas questões que envolvem os direitos relativos à família e as sucessões, resultando sua importância “*sui generes*”.

O termo filiação nas palavras de Maria Helena Diniz (2010, p.45) se caracteriza pelo vínculo existente entre os filhos e seus respectivos pais.

Quando se observa o instituto da filiação sob o véis do pai e da mãe surge uma nova denominação na forma como assevera Sílvio Salvo Venosa (2003, p. 266): “Visto sob o prisma dos ascendentes, o estado de filiação traduz-se na paternidade ou maternidade. Utiliza-se o termo *paternidade* de forma genérica para expressar a relação do pai e da mãe com relação aos filhos.”

Assim mediante o entendimento exposto, pode-se compreender que a filiação e a paternidade são termos que mantêm grande similaridade, sendo por vezes utilizados como expressões sinônimas diante da situação fática a qual se analisa.

A legislação pátria disciplina os presentes institutos jurídicos, que na atualidade ganha novos contornos em razão da nova configuração dirigida a família face a nova ordem constitucional, que lhe oferece um tratamento mais amplo e muito mais significativo ao reconhece-la como base da sociedade e entidade de responsabilidade perante o desenvolvimento dos filhos.

Além desse tratamento, o desenvolvimento científico tem provocando uma reviravolta neste campo ao introduzir as técnicas de inseminação artificial como método permitido para a concepção de filhos, apresentando uma nova conjuntura jurídica que vem sendo reconhecida e regulamentada pela legislação pátria, fazendo com o que o critério biológico seja cada vez mais relativizado frente as novas formas de paternidade que tem por base o vínculo afetivo.

### 3.2 CONTEXTO HISTÓRICO DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Historicamente a entidade familiar passou por uma série de transformações onde cada período vivido, diante da realidade social da época, influenciava significativamente na sua caracterização e normatização, uma vez que o Estado adentrou nas relações familiares com o objetivo de preservar a sua continuidade, mantendo como base a cultura religiosa que já se encontrava impregnada no contexto social.

Desta feita, a codificação do Direito de família no Direito Brasileiro não se manteve distante dessa realidade, visto que o Código de 1916 apresentava a entidade familiar por um véis hierárquico, patrimonialista, patriarcal, onde a instituição do matrimônio era a base para manter e preservar o núcleo familiar.

Nesse contexto, o estado de filiação era determinado mediante a existência do casamento, onde os filhos nascidos na sua constância eram reconhecidos como “filhos legítimos” e lhes eram garantidos juridicamente todos os direitos, já os nascidos fora dessa instituição eram rechaçados pela sociedade, assim como pela própria legislação que oferecia tratamento discriminatório, pois não era conferido aos “filhos ilegítimos” nenhum direito.

Assim, o reconhecimento do estado de filho ficava à mercê da legitimidade do relacionamento de seus pais. Ou seja: advindos de uma relação amorosa não legitimada pelo sistema jurídico, os filhos eram cruelmente discriminados e tolhidos de seus direitos essenciais. Não obstante sua inocência, esses filhos sofriam inumanamente a penalidade da relação proibida de seus pais e ficavam totalmente à margem desse sistema. (CARVALHO 2012, p. 30)

Esse tratamento discriminatório concedido aos filhos nascidos à margem do instituto matrimonial somente foi extinta com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que rompeu com o sistema jurídico conservador reconhecendo a pluralidade das entidades familiares frente a sua constante mutação, assim como a predominância do vínculo afetivo como caráter estruturante da família, tem-se assim a democratização do Direito de Família.

Assim no que concerne à filiação a inovação trazida pela nova ordem constitucional vigente foi expurgar do ordenamento jurídico o caráter discriminatório dirigido aos chamados “filhos ilegítimos”, dando ao estado de filiação novos

contornos jurídicos, conforme proclama o art. 227, §6º, com destaque para princípio da igualdade entre os filhos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 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.

O dispositivo transcrito supra foi efetivamente reafirmado pelo Novo Código Civil de 2002 que repetiu o texto constitucional no seu art. 1596. Desta feita, a filiação passa a ser normatizada mediante o nascimento da criança e consequentemente com o reconhecimento paterno de filho, não mais se utilizando de qualificação discriminatória, independentemente se a relação conjugal está ou não acobertada pela legislação mediante a existência de vínculo matrimonial, onde todos terão os mesmos direitos reconhecidos e garantidos pela lei.

Ainda que por vedação constitucional não mais seja possível qualquer tratamento discriminatório com relação aos filhos, o Código Civil trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de **casamento** e os havidos **fora do casamento**. O capítulo intitulado “Da filiação” (CC 1.596 a 1.606) cuida dos filhos nascidos na constância do matrimônio, enquanto os filhos havidos fora do casamento estão no capítulo “Do reconhecimento dos filhos” (CC 1.607 a 1.617). A diferenciação advém do fato de o legislador, absurdamente ainda fazer uso de presunções de paternidade. Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a manutenção da estrutura familiar. (DIAS, 2014. p. 360)

Deste modo, o legislador apesar de direcionar seu texto pautando no que dispõe a Carta Magna, que garante os direitos jurídicos a ambas as espécies de filiação independentemente de sua origem, manteve o caráter conservador definido no Código Civil anterior, com objetivo de manter a instituição familiar constituída pelo casamento, uma vez que conservou as chamadas presunções de paternidade e designou capítulos distintos para tratar das duas espécies de filiação, onde os filhos concebidos na constância do casamento são disciplinados no Capítulo II “Da filiação” e os nascidos através de relações extramatrimoniais o tratamento é regulamentado no Capítulo III “Do reconhecimento de filhos”.

### 3.3 PRESUNÇÕES DA PATERNIDADE (*PATER EST*)

Para tratar dos filhos concebidos matrimonialmente o Código Civil de 2002 manteve as chamadas presunções de paternidade, já previstas no Código de 1916, com o fim de manter a estabilidade familiar eliminando as possíveis incertezas mediante o estabelecimento de uma ficção jurídica, onde se presume a fidelidade da relação entre o homem e a mulher, em relação à temática:

Em matéria de filiação, o direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada. Essas presunções têm por finalidade fixar o momento da concepção, de modo a definir a filiação e certificar a paternidade, com os direitos e deveres decorrentes (...) (LÔBO, 2011, p.219)

As referidas presunções de origem latina se apresentam sob forma das seguintes expressões: “*mater semper cert*” (mãe sempre é certa) no que tange a maternidade, mediante o vínculo que se estabelece entre a mãe e o filho em face do processo de gestação e a “*est e pater is est quem nuptiae demonstrat*”, que é a presunção jurídica direcionada ao marido que se une a esposa por meio do casamento, a referida expressão determina que o pai seria o marido da mãe, assim ensina Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva ( 2010, p. 428):

O casamento gera a presunção da paternidade – *pater is est quem nuptiae demonstrat* – por presunções da coabitação e da fidelidade da mulher, ou, por outras palavras, porque a lei supõe relações sexuais entre os cônjuges e que a mulher as tenha tido somente com o marido.

As presunções acima apresentadas encontram-se dispostas no art. 1.597 do Código Civil, abaixo transcrito:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
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.

Neste diapasão, o art. supra elenca o rol das possibilidades de filiação, onde inclui as hipóteses de presunção de paternidade para fins de declaração da filiação.

Contudo se faz necessário previamente ressaltar, que algumas das referidas presunções fixadas com base no vínculo matrimonial, apesar de se manterem na atual legislação civilista possui pouca aplicabilidade, pois conforme já apresentado o campo da filiação sofreu grande avanço o que influenciou significativamente na determinação do estado de paternidade, por meios da utilização de técnicas laboratoriais mais viáveis e precisas que é o caso do exame de DNA, sendo assim algumas das presunções aqui estabelecidas encontram-se relativizadas, conforme será demonstrado a seguir.

### **3.3.1 Dos filhos nascidos entre os 180 dias contados da convivência conjugal e após os 300 dias de sua dissolução**

O prazo estabelecido no art. 1.597, I, do Código Civil, acima transcrito, apresenta como presunção para o estabelecimento da relação paterno-filial os nascimentos ocorridos em até 180 dias a contar da efetiva convivência marital, sendo este prazo instituído com base no período mínimo e máximo de gestação já conhecido pela ciência, motivo pelo qual o presente dispositivo é passível de críticas em face da dúvida quanto à ocorrência de períodos gestacionais de duração superior a 180 dias, conforme se ver no entendimento transcrito a seguir:

Nesse dispositivo, fixa o Código como limites os períodos da mais breve e da mais longa gestação para o gênero humano. Tais limites têm sido objeto de várias críticas. Afirma-se, por exemplo, que é muito curto o prazo mínimo de cento e oitenta dias, porque, nesse lapso de tempo, o feto não chega a ultimar a sua evolução, não se achando apto, destarte, para a vida extrauterina. (MONTEIRO; SILVA, 2010, p. 428)

No que concerne ao inciso II do mesmo dispositivo, a presunção por ele estabelecida se dar em face dos nascidos em até 300 dias a contar da dissolução do vínculo matrimonial, seja em decorrência de morte, separação judicial, de anulação ou anulabilidade do casamento, sendo que o presente lapso temporal será contado a partir da separação de fato, uma vez que após esse período não se pode prever

se existiu efetivamente a coabitação do casal, esse entendimento é colocado por Maria Berenice Dias (2014, p.368):

De modo geral, o fim da convivência não ocorre quando do trânsito em julgado da sentença que anulou o casamento ou decretou o divórcio. Às claras que não pode ser esse o marco para começar a fluir o lapso temporal para definir a paternidade por presunção. Portanto, apesar do que está dito, é necessário ler “**separação de fato**”, pois é o que sinaliza o fim da convivência ou, ao menos, gera presunção da ausência de contatos sexuais e a possibilidade de ocorrência de gravidez.

Desse modo, a sentença que decreta o divórcio não deverá ser levada em conta para o estabelecimento de tal prazo, visto que o dispositivo tem por base a efetiva convivência matrimonial através do contato sexual para a concepção do nascituro, não existindo essa configuração não se tem o substrato necessário para o reconhecimento da presente presunção.

As referidas presunções são estabelecidas por convenção jurídica e conseqüentemente não são absolutas para determinação da paternidade, pois não oferecem a confiabilidade necessária diante da nova realidade social vivida, onde se tem uma nova cultura social tanto em relação ao matrimônio quanto a própria fidelidade, sendo assim as presunções aqui tratadas são relativas ou *juris tantum* permitindo, portanto, prova em contrário. Nesse sentido, assevera Maria Helena Diniz (2010, p. 459):

Em virtude da impossibilidade de se provar diretamente a paternidade o Código Civil assenta a filiação num jogo de presunções, fundadas em probabilidades, daí estatuir (no art. 1597) que se presumem matrimoniais os filhos concebidos na constância do casamento dos pais. Esta presunção é relativa ou *juris tantum*, pois a prova a contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar filiação de alguém visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art. 1.601) [...]

Desta feita, a presunção relativa instituída nos dois incisos ora analisados, poderá ser elidida por prova em contrário, salvo em relação a terceiros diante do fato de que a contestação e a efetiva busca quanto verdadeira paternidade é de interesse privativo do pai e do suposto filho, podendo este ser representado por responsável legal quando incapaz.

Assim diante do fato da presunção ser relativa, destaca-se que na atualidade o exame de DNA torna-se um grande aliado para demonstrar com maior confiabilidade e precisão a verdadeira paternidade biológica, quando se tem dúvidas quanto a verdadeira relação filial, na realidade o referido exame fez com que as

presunções aqui apresentadas fossem definitivamente relativizadas, é que pode-se concluir das disposições a seguir:

Reitere-se que a posição moderna da tecnologia faz cair por terra o sistema de presunções de paternidade na maioria dos casos. O sistema de presunções de paternidade colocado no Código de 1916, e mantido em parte no novo Código, há muito se mostra anacrônico, não só porque a sociedade evoluiu nesse fenômeno, como também porque a ciência permite atualmente apontar o pai (ou mãe) com o mais elevado grau de certeza. (VENOSA, 2003, p. 273)

Desta feita, os incisos apresentados mediante o estabelecimento de prazos que presumem o tempo hábil para a efetiva gestação, com base no aspecto da fidelidade presumida durante o matrimônio ou a partir da sua efetiva dissolução, em decorrência da nova conjuntura social diante da nova concepção do Direito de família face o avanço científico, fez com que as presunções analisadas perdessem grandemente sua importância perante da insegurança das mesmas, visto que na atualidade a paternidade pode ser facilmente determinada pela realização do exame de DNA, em que através do estudo do código genético e com grande probabilidade se aponta o vínculo biológico, que serve como prova para elidir as presunções existentes de forma mais segura.

### **3.3.2 Inseminação artificial**

Tradicionalmente a paternidade era definida com base na origem genética, que se dava mediante um processo de fecundação realizada pela forma natural em consequência da convivência marital, mas com o desenvolvimento da genética humana surgiram novas formas artificiais para se realizar a reprodução humana, através da utilização de técnicas inovadoras apresentadas pela ciência, a qual passa a manipular os gametas masculinos e femininos em laboratórios e efetuar a chamada inseminação artificial que propicia o surgimento de novas formas de paternidade, esse é o entendimento exposto por Maria Berenice Dias (2014, p. 375):

Até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguida da concepção e posterior nascimento. A legislação ainda reproduz este modelo ao não prever todas as formas de desdobramentos das reproduções medicamente assistidas. Com isso a origem genética deixou de ser determinante para a filiação de paternidade.

Diante dessa conjectura, o legislador reconheceu no novo Código Civil que a reprodução assistida é meio idôneo para constituir o estado de filiação, contudo ressalta-se que a referida legislação civil não lhe regulamentou, ou seja, não adentrou na resolução dos possíveis conflitos surgidos face a inovação científica, apenas a reconheceu como forma de constituição de relação filial lhe atribuindo presunção quando realizadas na constância do casamento.

Deste modo, o art. 1.597 do Código Civil traz essas possibilidades em seu texto, conforme transcrito:

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

Dentre as referidas técnicas apresentadas pelo código, acima descritas, estão à fecundação homóloga e a heteróloga, essas formas de inseminação indicam a utilização de embriões advindos do próprio casal no caso da homóloga e no que tange a heteróloga o material genético é retirado de uma terceira pessoa alheia à relação matrimonial, assim proclama Salvo Silvio Venosa (2003, p. 277) “Denomina-se homólogo a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho [...]”. Essa definição também é apresentada por Maria Berenice Dias (2014, p. 375):

Chama-se de concepção homóloga quando decorre da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação heteróloga, a concepção é levada a efeito com material genético do doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente, Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será o pai, por presunção legal.

A utilização dessas técnicas de reprodução pelos casais se dar pelo fato de um ou de ambos serem impossibilitados de gerar de forma natural e que, por esta razão busca concretizar a construção do vínculo paterno-materno-filial por meio da introdução de técnicas laboratoriais que substituem a cópula natural e surtem efetivamente os efeitos desejados, face o sucesso atribuído a esse tipo de reprodução no que tange a geração de bebês.

Quanto à inseminação artificial homóloga tratada no inciso III do dispositivo supra, ressalta-se que é efetivamente reconhecida quando constatada a prévia anuência do marido, por consequência daquilo que instituiu o princípio da autonomia de vontade, o qual não se pode presumir sem o consentimento a realização do procedimento, dessa forma aduz Maria Helena Diniz (2010, p. 462):

[...] o uso do material fertilizante depende de anuência prévia do doador, uma vez que tem propriedade sobre as partes destacadas de seu corpo. Logo deverá estar vivo, por ocasião da inseminação, manifestando sua vontade, após prévio esclarecimento do processo a que se submeterá (Resolução CFM n. 1.358/92, II, 2).

Ainda sobre o inciso III, destaca-se a inovação legal trazida, onde a reprodução homóloga poderá ocorrer mesmo após o falecimento do marido ou companheiro, desde que se tenha o efetivo consentimento do mesmo quanto à utilização de seu respectivo material genético. É que se pode observar do enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ocorrida em 2002, que assim dispõe:

106 – Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

O inciso IV trata da reprodução homóloga realizada com embriões excedentários, em que estes sobrevivem do método que realiza a junção dos gametas feminino e masculino *in vitro*, ou seja, da fecundação feita fora do corpo através do implemento de técnicas laboratoriais, usualmente esses embriões passam a existir após a utilização de alguns no procedimento de fecundação, onde os que não foram utilizados para a fecundação, são armazenados podendo ser usados posteriormente. Assim por meio desse método os casais podem proceder o congelamento para ser aproveitado posteriormente em um novo procedimento, sendo também necessário para a sua utilização e efetiva fecundação a anuência do casal, em relação ao assunto:

A espécie de inseminação artificial homóloga é a utilização dos embriões excedentários, que são resultantes de manipulação genética, mas não introduzidos no ventre da mãe, permanecendo em armazenamento nas instituições especializadas. (LÔBO, 2011, p. 222)

Outra hipótese de inseminação artificial trazida pelo art. 1.597 do Código Civil é inseminação heteróloga, que conforme já demonstrado se utiliza de sêmen doado por uma terceira pessoa que se mantém anônima para todos os fins jurídicos, inclusive e principalmente quanto à paternidade. Assim, a reprodução ora analisada não é instituída com base no material genético dos genitores, portanto, o vínculo dessa relação não é biológico, mesmo assim está juridicamente reconhecida como filiação legal mediante a constituição do vínculo socioafetivo.

Assim como as demais já analisadas a reprodução heteróloga exige o consentimento por parte do marido ou companheiro para que seja realizada e conseqüentemente venha a gerar efeitos jurídicos, onde as partes devem estar ciente de que o vínculo a ser construído será baseado no afeto e principalmente na responsabilidade paterna de assim ser e agir. Esse entendimento pode ser observado no posicionamento de Maria Helena Diniz quanto à temática (2010, p.465):

A presunção do art. 1.597, V, visa instaurar a vontade procracional no marido, como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao autorizar a inseminação heteróloga de sua mulher. A paternidade, então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva. Seria torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentimento com a inseminação artificial com esperma de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade.

Quanto aos efeitos jurídicos à reprodução por meio heterólogo goza de presunção jurídica absoluta, em que o marido após a devida autorização não poderá posteriormente negar a paternidade e nem impugnar por meio da ação de investigação de paternidade, com base no que foi instituído pela III Jornada de Direito Civil, 2004, do Conselho da Justiça Federal que assim dispõe:

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

Esse entendimento traduz que, mediante a anuência do marido devidamente instruído sobre o procedimento realizado no qual não está presente o seu material genético, uma vez que a fecundação se dar pela doação de sêmen de um terceiro alheio a relação e conseqüentemente a paternidade, deverá diante da permissão está consciente de que não existe entre ele a criança um vínculo biológico, mas sim a construção de um vínculo socioafetivo que não poderá ser desfeito nem mesmo

por sua vontade, pois ao consentir traz para si a responsabilidade e os efeitos da paternidade.

Nestes termos, está visível a relativização do critério biológico que tradicionalmente se mantinha como superior ao critério socioafetivo, essa relativização se dar em função da nova ordem democrática e social em que o princípio da afetividade ganha importância na constituição das entidades familiares assim como na configuração da paternidade.

### 3.4 RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Conforme já exposto, o reconhecimento dos filhos é realizado quanto aos filhos havidos fora do matrimônio e que por esta razão não gozam das presunções de paternidade estabelecidas na determinação da filiação. Desta feita, para serem considerados filhos e gozarem dos direitos e garantias que a filiação oferece, devem ser legalmente reconhecido.

O reconhecimento dos filhos poderá ser feita de forma voluntária ou judicial, sobre as referidas espécies dispõe VENOSA (2003, p.293):

De plano, temos de fixar que existem duas modalidades de reconhecimento: o voluntário ou espontâneo e o judicial ou coativo. O reconhecimento é espontâneo quando alguém, por meio de ato e manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho. O reconhecimento judicial decorre da sentença na ação de investigação de paternidade, na qual se reconhece que determinada pessoa é progênito de outra.

Assim o reconhecimento voluntário ocorre de forma livre e espontânea, sendo um ato personalíssimo que pode ser efetuada mediante o registro de nascimento, escritura pública e particular, testamento ou manifestação direta e expressa perante o órgão judicante, assim realizado torna-se ato irrevogável, tais considerações encontram-se previstas no art. 1.609 do Código Civil:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

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

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

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

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

A irrevogabilidade trazida no dispositivo acima transcrito visa oferecer segurança jurídica ao ato realizado, principalmente face ao perfilhado que possui interesse maior quanto ao estado de filiação reconhecido, o que impede o arrependimento posterior por parte do pai que efetuou de forma espontânea o reconhecimento, que somente poderá ser impugnada pelo filho após atingir a maior idade, tudo isso com base naquilo que institui o art. 1.614 do Código Civil que assim coloca: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.”

A irrevogabilidade é corolário do reconhecimento do filho, havido fora do casamento. O reconhecimento, depois de realizado, passa a integrar o âmbito de tutela jurídica do perfilhado, convertendo-se em inviolável direito subjetivo deste. O reconhecimento certifica o estado de filiação e, como tal, é indisponível. Extingue-se com sua exteriorização. O interesse protegido é do perfilhado, sendo inadmissível o arrependimento posterior de quem reconhece. (LÔBO, 2011, p.261)

Quando o reconhecimento não se procede de maneira espontânea, o filho ou seu representante legal se for incapaz, promoverá ação para que seja feito o reconhecimento forçado mediante decisão judicial que determinará o estado de filiação, produzindo todos os efeitos de direitos e garantias inerentes à responsabilidade paterna, na forma do art. 1.616 da legislação civil que determina:

Art. 1.616 - A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

A ação proposta para proceder ao reconhecimento é personalíssima e indisponível de legitimidade do filho ou de seu representante legal, sendo efetivamente reconhecida a paternidade através da sentença o pai deverá arcar com as responsabilidades inerentes a relação de pai e filho, independentemente do filho residir em sua companhia, pois o estado de filiação no contexto de família editado pela atual ordem constitucional não se resume apenas em oferecer o nome paterno no registro de nascimento e muito menos de somente oferecer a ajuda financeira, a responsabilidade inerente a essa papel vai além, mediante a construção do vínculo afetivo da convivência familiar, zelo e a segurança a serem oferecidos aos filhos,

conforme conclama o art. 227, da Constituição Federal que traduz o verdadeiro sentido do reconhecimento do estado de filiação.

### 3.5 ESPÉCIES DE PATERNIDADE

O conceito de família foi amplificado em face da atual Constituição, que passou a adequar-se a nova realidade social vivenciada, em que o matrimônio deixa de ser sinônimo de família por força do surgimento de novas relações que tem por base o afeto.

Essas mudanças refletem significativamente nas questões parentais, mais precisamente no tocante a paternidade e ao estado de filiação, repercutindo na seara dos direitos da criança e do adolescente, onde prevalece o princípio da proteção integral, do melhor interesse do menor, da afetividade, da igualdade jurídica e da responsabilidade dos pais quanto ao desenvolvimento de seus filhos.

Conforme apresentado a conjuntura jurídica do Código Civil de 2002, que ainda mantém raízes tradicionalistas oferece como base para a determinação do estado de filiação a aplicação das presunções que se traduz por meio de uma ficção jurídica convencionalizada por lei com fulcro na manutenção das relações matrimoniais, dentre essas presunções encontram-se as técnicas de inseminação artificial homóloga e heteróloga que revelam outro aspecto da paternidade, inclusive no que tange a relativização do critério biológico.

Quanto às relações não constituídas por meio do matrimônio e nesta situação quando concebidos filhos, juridicamente a paternidade não é determinada mediante as presunções, mas sim através do reconhecimento de filhos que se dará de forma voluntária ou judicial por meio da investigação de paternidade.

Diante destes dois aspectos de presunções e reconhecimento de paternidade, se faz mister ressaltar as espécies existentes e reconhecidas pelo ordenamento jurídico de paternidade como é o caso da biológica e jurídica, assim como as que apesar de não apresentar tratamento na legislação pátria, está sendo amplamente aceita e reconhecida judicialmente, tendo por base os princípios que consagram o novo direito de família.

### **3.5.1 Paternidade Biológica**

A família tradicional apresentada no Código de 1916 tinha como sustentáculo o matrimônio que visava preservação da instituição familiar, onde a filiação era determinada mediante essa realidade e o critério biológico era fator prevaiente dessas relações. A Constituição Federal ofereceu a entidade familiar novos contornos, mas aquilo defendido pela legislação civilista anterior não foi totalmente abolida com a promulgação Código Civil de 2002, visto que manteve em seu texto as chamadas presunções que são aplicadas nas relações em que os filhos são concebidos na constância do casamento, inclusive no tocante a manutenção de prazos que presumem o período mínimo e máximo de gestação.

Nesta perspectiva, o fator biológico por um longo período foi o caráter definidor do vínculo paterno-filial, se sobrepondo a qualquer relação afetiva-sociológica, essa espécie de paternidade é caracterizada pelo fator sanguíneo, que liga os pais aos filhos pelo simples compartilhando do mesmo código genético, podendo ser comprovar sua autenticidade pela realização do exame de DNA, esse entendimento é colocado por Silvio Salvo Venosa (2003, p.268) que assim dispõe: “A filiação decorrente da natureza pressupõe um nexo biológico ou genético entre o filho e seus pais. A maternidade ou paternidade é certa quando esse nexo é determinado.”

### **3.5.2 Paternidade Jurídica**

O Código Civil 2002 a dispor do estado de filiação fixa regras jurídicas a serem observadas para a sua aplicação, tanto com relação aos filhos concebidos no casamento, quanto para os que nasceram em relações não reconhecidas juridicamente, para tais determinações têm-se as presunções e o reconhecimento de filhos seja voluntário ou judicial. Assim no que concerne à paternidade jurídica pode-se observar o que preleciona CARVALHO (2015, p.100) “(...) a vertente jurídica da

paternidade é aquela que o ordenamento jurídico determina através de presunções e do reconhecimento voluntário e forçado (...).”

Desta feita, diante do que apresenta a legislação pátria, pode-se constatar que a paternidade jurídica é aquela determinada por disposição legal estando, portanto, inseridas nesse contexto os filhos reconhecidos por meio das presunções e formas de inseminação artificial, os reconhecidos de forma voluntária ou judicial pela investigação de paternidade e os filhos advindos de processos de adoção, todas essas formas de paternidade está determinada e conseqüentemente impostas pelo ordenamento jurídico.

[...] A determinação da filiação, como categoria jurídica, procura assegurar a identificação pessoal em relação à identidade biológica. Nem sempre, porém, a identidade genética amolda-se a identidade jurídica. Essa questão, entre outras, depende de uma solução legal e marcadamente judicial, no campo da filiação.

Diante do entendimento acima apresentado ressalta-se que, o vínculo biológico até então prevalecente na constituição familiar nem sempre coincide com o que determina a legislação civil, essa colocação pode ser entendida quando, por exemplo, se observa a inseminação heteróloga, que conforme já apresentado foi uma inovação trazida pelo atual código civil, em que as partes que aderem a esse tipo de inseminação artificial está previamente ciente de que a criança ali concebida não possui material genético de um dos genitores não sendo, portanto, filho biológico, mas o ordenamento oferece a presunção e determina a constituição de vínculo afetivo que é revestido de reconhecimento jurídico.

### **3.5.3 Paternidade Socioafetiva**

O princípio da afetividade na atual conjuntura vivenciada pelo Direito de família é considerado critério norteador da constituição familiar, onde as relações são firmadas com base no afeto, carinho, companheirismo, cuidado e responsabilidade, visando à concretização do bem-estar dos filhos mediante o princípio do seu melhor interesse, da proteção integral e da responsabilidade paterna, constituindo a chamada paternidade socioafetiva que deve estar presente

nas relações paterno-filiais formadas por meio do critério biológico ou não, sobre a presente temática:

Pode-se afirmar que toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica. Tradicionalmente, a situação comum é a presunção legal de que a criança nascida biologicamente dos pais que vivem unidos em casamento adquire o *status* jurídico de filho. Paternidade biológica aí seria igual à paternidade socioafetiva. Mas há outras hipóteses de paternidade que não derivam do fato biológico, quando este é sobrepujado por valores que o direito considera predominantes. (LÔBO, 2011, p. 30)

Sob a perspectiva transcrita acima se observa claramente que a socioafetividade é uma realidade presente em qualquer modalidade de paternidade, sendo que em algumas relações o fator biológico se encontra ausente e mesmo assim não é destituída a existência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, pelo fato de que o Direito leva sempre em consideração o bem-estar da criança e do adolescente.

Assim, pode-se constatar que o critério biológico antes prevalecente para a determinação da paternidade passa a ser relativizado, esse fato torna-se perceptível pelo valor afetivo direcionado à família no que concerne a sua constituição.

Os avanços científicos a exemplo da inserção das técnicas de inseminação artificial heteróloga devidamente reconhecida pelo ordenamento jurídico é uma exemplo de paternidade jurídica em que o vínculo que une o pai ao filho não é sanguíneo, diante do fato de que a reprodução é realizada com material genético de uma terceira pessoa que permanece anônima e esse fato é conhecido e devidamente aceito pelo casal, onde entre o pai e a criança nascida pela presente técnica é construída uma relação puramente afetiva e que não poderá ser destituída em hipótese alguma.

Desta feita, a previsão constitucional que fixa a importância da responsabilidade paternal no desenvolvimento dos filhos, através da assistência material, moral e principalmente amorosa, tem contribuído para que paternidade socioafetiva seja amplamente difundida e reiteradamente aceita, sua conceituação pode ser apreendida das palavras apresentadas por Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz da Silva (2010, p.420) que em sua obra assim a define:

[...] o art. 1.593, ao utilizar a expressão “outra origem”, abre espaço ao reconhecimento da paternidade desbiologizada ou socioafetiva, em que, embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade que a sociedade reconhece como tão ou mais importante que o vínculo consanguíneo.

Assim apesar da paternidade socioafetiva não estar expressamente reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 2002 no art. 1.593 que dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, permite que a expressão “outra origem” presente no dispositivo estenda as possibilidades de interpretação contribuindo para o surgimento de novas relações que nascem alicerçadas pelo afeto e que não existem entre os sujeitos nenhuma relação genética, o que reflete significativamente nas questões parentais, mais precisamente no tocante a paternidade e ao estado de filiação.

## 4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E O SEU RECONHECIMENTO PERANTE OS TRIBUNAIS

### 4.1 HISTÓRICO E CONCEITO

Diante de toda evolução histórica e legislativa a qual passou o ordenamento jurídico brasileiro no que concerne ao Direito de família, destaca-se duas fases distintas, primeiramente a família era considerada uma instituição fechada e mantida com o objetivo de regular as relações humanas no que tange o caráter de procriação, em que o Estado institui o matrimônio como critério para a sua legalização e conseqüentemente para oferecer proteção jurídica. Posteriormente por conseqüência do desenvolvimento social, a família configura-se de maneiras diversas e o caráter meramente patrimonialista da mesma, dar lugar ao critério afetivo onde a sua constituição passa a ser construída baseada no respeito mútuo e no amor entre os seus membros.

Com base nos aspectos apresentados, temos que família constituída sob égide do Código Civil de 1916 se operava mediante o caráter conservador, em que a mulher contraía as núpcias com sua virgindade preservada, uma vez que caso fosse constatado o seu defloramento dava ensejo à anulação do matrimônio a pedido do marido, assim com base nesse regime jurídico nasce às presunções de paternidade, que segundo Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2010, p. 428) essa presunção surge em decorrência da seguinte suposição “[...] da fidelidade da mulher, ou, por outras palavras, porque a lei supõe relações sexuais entre os cônjuges e que a mulher as tenha tido somente com o marido”.

Nessa perspectiva, o critério biológico era o fator prevalecente para identificar as relações paterno-filiais e conseqüentemente terem o devido reconhecimento jurídico, ganhando ainda mais força com o avanço científico que trouxe o exame de DNA como uma solução que apontava a certeza da paternidade com uma probabilidade de 99% de chance.

A mais recente técnica do DNA, de múltiplas aplicações na medicina legal tem grande vantagem de compreender a individualidade biológica diretamente do código genético. [...] A técnica permite o exame com muito pouco material genético, sendo suficiente um pouco de saliva, sangue ou um fio de cabelo. Os cientistas são porém cautelosos, afirmando que não é possível a conclusão absoluta da paternidade, embora atinja a porcentagem de mais de 99% de certeza [...] (VENOSA 2003, p.278)

Assim o exame de DNA ressaltou ainda mais a prevalência do sentido biológico da paternidade, seguindo o que consignava a própria legislação ao oferecer reconhecimento jurídico apenas as relações paternas regidas pelo vínculo consanguíneo, com seu surgimento a aplicação das presunções perdem significativamente o sentido de manter-se no ordenamento jurídico pátrio, visto que sofrem total relativização diante da possibilidade das filiações serem atestadas mediante a simples realização do referido exame, que atesta com probabilidade acentuada a verdade biológica. Nesse sentido, são as palavras abaixo transcritas:

Atingiu-se a suprema veneração da descoberta do pai de sangue, em que se vê o exame de DNA como o único meio de prova para determinar a paternidade, como se ela fosse apenas biologicamente definida. Conseqüentemente, nessa situação perigosa, coloca-se a vertente biológica, inadequadamente, em patamar mais elevado. (CARVALHO 2012, p. 104)

Mediante o desenvolvimento social, a família foi modificando-se e conseqüentemente os critérios para a aferição da filiação também sofreram alterações significativas que influíram juridicamente, pois além do exame de DNA outros avanços científicos ocorreram no campo da genética como foi o caso das pílulas anticoncepcionais que ofereceram a mulher mais liberdade, assim como, o surgimento das técnicas de inseminação artificial homóloga e heteróloga através da manipulação de gametas em laboratório.

Nesse sentido, a família estabelecida pelo Código Civil de 1916 sofreu profundas transformações no âmbito social e ganhou novos contornos, apresentando novas formatações com o surgimento de novas espécies de família. Sobre o tema:

A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento dos métodos reprodutivos fruto da evolução da engenharia genética fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de servir para balizar o conceito de família. Caiu o mito da virgindade e agora – até o sexo pelas mulheres – pratica-se fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato social e o casamento deixou de ser o único reduto de conjugalidade. Relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional. (DIAS, 2014, p. 40).

Esses novos aspectos da família, somente foram devidamente reconhecidos com a promulgação da Constituição de 1988, que ampliou o conceito de família e trouxe uma série de princípios para nortear a sua constituição, onde o aspecto

afetividade e responsabilidade paterna passam a ser a base para o reconhecimento das novas modalidades de família.

As transformações mais recentes por que passou a família deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se firmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Tanto mais quanto é certo que esse movimento evolutivo, transportando a família de uma idade institucionalista para a idade eudemonista, ocorre em período de extraordinária floração da tecnologia biomédica. (VILLELA, 1979, p.412)

É nessa perspectiva que surgem outros desdobramentos para o estabelecimento das relações paterno-filiais, em que se a família se modifica conseqüentemente as relações mantidas com base nela também sofrem alterações e fazem surgir novas situações. É com base em toda essa reconstrução histórica que surge a chamada paternidade socioafetiva, que vem ganhando espaço e ocupando um lugar de importância significativa.

A construção da identidade familiar, no tocante a paternidade, abre espaço para os laços de afetividade, conjugando de forma mais flexível às relações biológicas e favorecendo, o espaço aos laços de afetividade. Esse entendimento pode ser apreendido nas colocações feitas a seguir:

A biologicidade passou a ser vista como uma verdade científica que não traduz a gama de sentimentos e relações que realmente forma a família. O fator que agora impera é a presença do vínculo de afeto. Quem dar amor, zela, atende as necessidades, assegura uma ambiente saudável, independentemente da presença de vínculo biológico, atende ao preceito constitucional de assegurar às crianças e adolescentes a convivência familiar. (DIAS, 2015, p.14)

Assim com base no exposto supra, pode-se conceituar como paternidade socioafetiva, a relação construída com base no vínculo afetivo existente entre pai e filho, em que o critério biológico não esteja presente e o respeito, o cuidado, o amor, e a responsabilidade sejam determinante para identificar tal relação.

[...] é cogente a necessidade de se repensar as relações filiais à luz da realidade social e dos valores introduzidos na Constituição Federal de 1988, de proteção ao filho e à convivência familiar, igualdade, afetividade, solidariedade, responsabilidade, liberdade. A filiação significa muito mais que mero laço de sangue. Ela se constrói nas relações humanas, passando a verdade afetiva a ganhar força no tema filiação. (CARVALHO, 2012, p. 109)

Desta feita, a paternidade socioafetiva é uma realidade fática existente no meio social que ainda carece de regulamentação legislativa, mas que encontra na própria legislação sucedâneo legal para o reconhecimento de sua existência, com base nos princípios constitucionais e infraconstitucionais e em dispositivos civis que dão margem a interpretação jurídica abrangente do verdadeiro sentido da paternidade e da possibilidade de reconhecimento da socioafetividade, esses fatores serão apresentados a seguir.

#### 4.2 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 trouxe uma série de inovações para o Direito de família, onde buscou regulamentar e seguir aquilo que determinava a Carta Magna de 1988, a qual ofereceu a família tratamento especial mediante o estabelecimento de princípios diante da importância que a família representa para a sociedade.

Contudo, apesar de seguir aquilo instituído constitucionalmente o Código Civil vigente deixou muitos fatos polêmicos relacionados ao direito de família sem a devida regulamentação. Neste sentido, dispõe Maria Berenice Dias (2014, p.32):

[...] Alguns avanços forma significativos, e os exemplos são vários. Corrigiu alguns equívocos e incorporou orientações pacificadas pela jurisprudência, como não mais determinar a exclusão do sobrenome do marido de nome da mulher. Em boa hora assegurou alimentos mesmo ao cônjuge culpado pela separação. No entanto, perdeu uma bela oportunidade de promover alguns avanços. A guarda compartilhada só veio depois. Mas continua carecendo de regulamentação a posse de estado de filho, a filiação socioafetiva, de há muito já reconhecidas em sede jurisprudencial [...] (grifo nosso)

Desta feita, apesar da paternidade socioafetiva ser uma realidade fática vivenciada socialmente, não foi expressa e legalmente tratada, pois, conforme transcrito supra, o Código Civil vigente não a regulamentou nem tampouco a reconheceu como modalidade paternidade. No entanto, ressalta-se que vários dispositivos contidos no Código Civil dão margem para a interpretação mais ampla, o qual acaba encontrando na própria legislação a base legal para defender o seu reconhecimento perante o judiciário. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 1.593 do Código Civil, que assim dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte

de consanguinidade ou outra origem”. Sobre o referido artigo, posiciona-se Whashington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2010, p.420):

[...] o art. 1.593, ao utilizar a expressão “outra origem”, abre espaço ao reconhecimento da paternidade desbiologizada ou socioafetiva, em que, embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade, que a sociedade reconhece como tão importante que o vínculo consanguíneo.

Neste sentido também, salienta Carlos Roberto Gonçalves (2014, v.6, p. 211): “A doutrina tem, efetivamente, identificado no dispositivo em apreço elementos para que a jurisprudência possa interpretá-lo, de forma mais ampla, abrangendo também as relações de parentesco socioafetivas.”

Desta forma, o dispositivo acima referido no que tange a expressão “outra origem”, abre um leque de possibilidades para a sua interpretação, uma vez que a intenção do legislador foi abarcar não só a adoção que é uma espécie de paternidade socioafetiva, mas também as filiações advindas das técnicas de inseminação heteróloga (art. 1.597, V, CC), uma vez que neste tipo de filiação em face da doação de material genético por um terceiro a anuência do marido gera presunção de paternidade que não pode ser desfeita posteriormente, além da paternidade socioafetiva pura construída com base na convivência afetiva das relações de padrasto ou madrasto e outras situações consignadas pelo o valor afetivo, através da posse de estado de filho. Nestes termos, trata o Enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil de 2002:

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

Seguindo a mesma linha, assevera o enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil de 2004: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

Desta feita, o sucedâneo legal oferecido pelo Código Civil de 2002 para o reconhecimento da paternidade socioafetiva ocorre de forma implícita, pois conforme demonstrado os dispositivos mencionados não reconhece a configuração da prevalência do vínculo afetivo como fator estruturante da relação. Quanto ao referido

tratamento e os respectivos dispositivos que supõe a existência da presente modalidade de paternidade apresenta Paulo Lôbo (2011, p.32) em sua obra:

No Código Civil, identificamos as seguintes referências da clara opção pelo paradigma da filiação socioafetiva:

a) art. 1.593, para o qual o parentesco é natural ou civil, “conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. A principal relação de parentesco é a que se configura na paternidade (ou maternidade) e na filiação. A norma é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade;

b) art. 1.596, que reproduz a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento (estes, os antigos legítimos), ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações. O § 6º do art. 227 da Constituição revolucionou o conceito de filiação e inaugurou o paradigma aberto e inclusivo, tendo inovado em todo o mundo;

c) art. 1597, V, que admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, pois o pai é exclusivamente socioafetivo, jamais podendo ser contraditada por investigação de paternidade ulterior;

d) art. 1.605, consagrador da posse do estado de filiação, quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou, “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”. As possibilidades abertas com esta segunda hipótese são amplas. As presunções “veementes” são verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da situação de fato;

e) art. 1.614, continente de duas normas, ambas demonstrando que o reconhecimento do estado de filiação não é imposição da natureza ou de exame de laboratório, pois admitem a liberdade de rejeitá-lo. A primeira norma faz depender a eficácia do reconhecimento ao consentimento do filho maior; se não consentir, a paternidade, ainda que biológica, não será admitida; a segunda norma faculta ao filho menor impugnar o reconhecimento da paternidade até quatro anos após adquirir a maioridade.

Assim, com base no art. 1.593 do Código Civil de 2002 e outros dispositivos ali presentes, conforme o entendimento transcrito supra, além do Estatuto da Criança e do adolescente e principalmente da Constituição Federal, é que o judiciário busca a efetividade das relações socioafetivas, para servirem de base jurídica para motivar as decisões jurisprudenciais que decidem pelo reconhecimento dessa modalidade de paternidade.

#### 4.3 ESPÉCIES DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O vínculo afetivo construído entre duas pessoas que se tratam respectivamente como pai e filho sem necessariamente estarem ligados pelo fator

biológico manifestam-se sobre diversas formas, alguns com reconhecimento jurídico previsto na própria legislação e outros buscando seu reconhecimento por meio de análises judiciais com base nos casos concretos. Assim são espécies do gênero paternidade socioafetiva as relações constituídas mediante a adoção, inseminação artificial heteróloga e a posse de estado de filho, conforme demonstra Paulo Lôbo (2011, p.31): “(...) verdade socioafetiva, quando já constituído o estado de filiação e parentalidade, em virtude de adoção, ou de posse de estado de filiação, ou de inseminação artificial heteróloga”.

Deste modo, destaca-se que a paternidade construída por meio de inseminação heteróloga instituída no art. 1.597, V, do Código Civil vigente e a adoção reformulada e regulamentada pela lei nº 12.010 de 2009, que alterou os dispositivos presentes no Estatuto da Criança e do adolescente, são filiações revestidas de reconhecimento jurídico, visto que o critério biológico encontra-se ausente, estando pautadas prioritariamente pelo valor jurídico, onde se faz mister ressaltar que as referidas relações paternas estão permeadas pelo critério afetivo.

Diante desses fatos, observa-se que o presente trabalho busca apresentar a espécie paternidade socioafetiva que não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, e que para encontrar o amparo e ser devidamente reconhecida gerando os efeitos inerentes das relações filiais legais, elas se pautam pela constituição da chamada posse de estado de filiação.

#### **4.3.1 Posse de estado de filho: Uma espécie da paternidade socioafetiva**

A priori se faz mister destacar, que a posse de estado de filho não é tratado expressamente no Código Civil de 2002, no que tange a sua conceituação e seu caráter probatório e protetivo, mas sua aplicação advém do tratamento oferecido pela doutrina em relação a resquícios deixados pelo Código Civil de 1916 e indícios presentes na atual legislação civilista no que concerne a posse de estado de casado, tratado nos art. 1.545 e 1.547, do atual Código Civil, que assim dispõem:

Art. 1.545. O casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado.

Art. 1.547. Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados.

Percebe-se claramente que os dispositivos supra transcritos não tratam da conceituação do que seria essa posse de estado de casado, onde a definição no entendimento de Carmela Salsamendi de Carvalho estaria ligada ao interesse de proteção dos filhos, em que existindo a dúvida sobre o real estabelecimento do vínculo matrimonial entre os cônjuges, se existisse e comprovasse a posse de estado de casado no sentido de como se portavam perante a sociedade em relação a fama, nome e tratamento, mesmo com a dúvida, o vínculo matrimonial seria julgado como presente. Sobre o tema:

O casamento pode ser provado quando não se possa apresentar a respectiva certidão, ou não se saiba onde foi feito o registro, ou quando este tenha desaparecido, nas hipóteses em que os cônjuges tenham falecido ou não possam manifestar sua vontade. Essa situação denomina-se “posse de estado de casado”, cuja declaração judicial supre a ausência da certidão de casamento. A posse de estado de casado deve ser declarada, em benefício da prole comum, salvo se ficar provado que um dos cônjuges já era casado quando contraiu o casamento dela objeto. O pressuposto é que os pais estejam mortos, mas a demência de ambos ou do sobrevivente, e a ausência declarada, devem equiparar-se para esse fim. A posse de estado de casado, tendo os cônjuges vivido pública e notoriamente como marido e mulher, resulta das evidências do uso do nome de um cônjuge pelo outro (*nominatio*), do fato de serem tratados como marido e mulher (*tractatus*) e de serem conhecidos publicamente como tais (*fama*). Essa norma, reproduzida no Código Civil atual, origina-se do art. 203 do Código Civil de 1916, quando era precário o sistema de registro civil de casamentos e ante o sistema de registros difusos atribuídos no Império às paróquias e dioceses da Igreja Católica. (LÓBO, 2011, p. 119)

Com base nesse entendimento é que se estabelece analogicamente a existência e a conceituação da posse de estado de filho, assim colocada por Christiano Cassettari (2015, p.39): “Dessa forma, devemos fazer uso da analogia nesse caso, verificando que a posse do estado de filho tem assento no Direito de Família pelo uso milenar da posse do estado de casado.”

Assim, a posse de estado de filho, a luz do que estabelece a doutrina e com base nos indícios implícitos presentes na legislação, o presente instituto é utilizado no âmbito probatório para confirmar a existência de um estado de filiação, em face da ausência de certidão de registro de nascimento é o que se extrai do art. 1.605, CC, que assim trata:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

A posse de estado de filho nas palavras apresentadas por Christiano Cassettari (2015, p. 39) se institui mediante a teoria da aparência diante de um fato que repercute na seara jurídica. Nesse mesmo sentido, se assenta o trecho a seguir:

A posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal. É uma combinação suficiente de fatos indicando um vínculo de parentesco entre uma pessoa e sua família que ela diz pertencer, como estabelece o art. 311-1 do Código Civil francês. A filiação pode ser provada se inexistente ou desconhecido o registro público, quando se constituir e se estabilizar na convivência familiar. A situação mais comum decorre da ausência ou falecimento dos pais, sem ter sido consumado o registro de nascimento dos filhos. Daí a razão de a norma legal (art. 1.605) exigir, como um dos requisitos alternativos, que haja “começo de prova por escrito, proveniente dos pais”. A posse de estado de filiação é uma situação de fato, uma indicação da relação de parentesco, uma presunção legal. Para constituir-se deve ser contínua e notória. A pretensão é imprescritível. (LÔBO 2011, p. 236)

Com efeito, a paternidade socioafetiva é estabelecida quando ausentes os critérios jurídicos e biológicos que indicam a existência de filiação instituída pelo ordenamento jurídico brasileiro, essa modalidade de paternidade se traduz pela construção afetiva, em face da troca de carinho, zelo, atenção e responsabilidade, presentes na relação paterno-filial, construída com base na convivência compartilhada onde se percebe a existência de aspectos presentes no estabelecimento da paternidade legal, assim para a sua configuração utiliza-se como parâmetro a posse de estado de filho onde os sujeitos da relação agem como se pai e/ou mãe fossem no sentido biológico, sobre a referida temática:

A posse de estado de filho revela os elementos sociológicos e afetivo da filiação, na qual os integrantes se comportam afetivamente como se fossem pai (ou mãe) e filho no âmbito privado e no meio social durante um período razoável de convivência, e, assim desejem ser. (CARVALHO, 2012, p. 129)

Desta feita, tem-se que não existe nenhum elo biológico e nem mesmo jurídico, a filiação é construída com base na relação de afeto em que se expressa pela vontade dos sujeitos em serem reciprocamente pai/mãe e filho e ambos com o

mesmo intuito se apresentam perante a sociedade como se assim fossem verdadeiramente, o que gera um fato sociológico que repercute na seara jurídica.

Como já apresentado à paternidade socioafetiva não está expressamente regulamentada pela legislação pátria e o seu reconhecimento se dar pelos dispositivos que são interpretados extensivamente com fulcro naquilo que estabelece os princípios constitucionais e infraconstitucionais, mediante a democratização do direito de família. Nessa perspectiva, à comprovação da existência da posse de estado de filho para sua configuração pode ser constatada com base no Enunciado 519 do Conselho da Justiça Federal aprovado na V Jornada de Direito Civil, com base no art. 1.593 do Código Civil, que visa prioritariamente orientar a interpretação de tal dispositivo no que tange o seu alcance:

Enunciado nº 519: 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.

Assim a posse do estado de filho passa a ser instituto de parâmetro para comprovar a existência da paternidade socioafetiva, conforme pode-se extrair do aresto jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. 4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão. 5. Recurso não provido. (STJ - REsp: 1189663 RS 2010/0067046-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2011) (grifo nosso)

Com base no posicionamento jurisprudencial acima transcrito, constata-se que existente a posse de estado de filiação o vínculo socioafetivo poderá ser reconhecido judicialmente, mas destaca-se que o referido instituto é estabelecido por meio de requisitos que traduzem a realidade fática vivida pelos sujeitos da relação materno-paterno-filial, tais requisitos pode ser extraído das colocações feitas a seguir:

De modo geral, a doutrina identifica o estado de filiação quando há *tractatus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como seus pais), *nomen* (a pessoa porta o nome de família dos pais) e *fama* (imagem social ou reputação: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram). (LÔBO 2011, p.237)

Mediante o que apresenta o entendimento acima exposto temos que os três requisitos que configuram o estado de filiação é o *tractus* (tratamento), o *nomen* (nome) e a *fama*. Ao tratar de cada um deles individualmente temos que: o tratamento, diz respeito à forma como o pai ou a mãe trata o seu respectivo filho, onde na ótica dos pais aquele é seu filho e sob o viés do filho aqueles são seus respectivos pais; o nome se configura através da inserção mediante a utilização do sobrenome do pai e/ou mãe pelo filho e a fama concerne no fato de como aquele filho é apresentado e conseqüentemente reconhecido no meio social como respectivo filho do pai e/ou mãe.

Os critérios apresentados acima se encontram devidamente dispostos em sede de jurisprudência, servido de base probatória para o reconhecimento de paternidade socioafetiva, conforme apresentado no seguinte posicionamento:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EXISTÊNCIA DA POSSE DE ESTADO DE FILHO. RECURSO PROVIDO. É cediço que o Direito de Família sofreu intensas modificações ao longo dos últimos anos, notadamente no que tange aos aspectos de reconhecimento e tratamento de filhos, não havendo mais quaisquer distinções entre filhos adotados ou biológicos, havidos fora do casamento, etc. Nessa esteira, a paternidade socioafetiva, ou seja, não biológica tem sido reiteradamente discutida e privilegiada em detrimento dos vínculos genéticos. É que a paternidade, mais do que um mero fato biológico, é um fato jurídico, dada a sua expressão social. No caso dos autos, é patente a existência de relação de estado de posse de pai e filho, elemento essencial no reconhecimento da paternidade socioafetiva. Sobre a posse de estado de pai e filho, é importante ressaltar que a mesma traz três elementos que a caracterizam e concretizam esta relação, onde um sujeito assume a responsabilidade

paterna e o outro assume a vontade de ser tratado como filho, são elas: O nome, o tratamento e a fama. O nome, não seria de grande relevância, mas o importante é que o filho seja tratado como tal, que seja garantido a manutenção, educação, carinho, assistência, o tratamento, e que essa relação paterno-filial seja notada pela sociedade, a fama. No caso dos autos, vários são os documentos e depoimentos que comprovam que os falecidos Sebastião e Dryade consideravam o autor como filho, apresentando-o assim à sociedade e reconhecendo, ainda, os filhos do apelante como seus netos, sendo inclusive um deles, Aliomar, o acompanhante ("cuidador") do avô afetivo até o dia da morte. Dessa forma, desconsiderar a paternidade socioafetiva pelo mero fato de não ter havido uma formalização dessa situação é desarrazoado, haja vista que o de cujus, mesmo sendo esclarecido e detentor de saber jurídico, como alegam os apelados, pode não ter vislumbrado que seus entes queridos - filho e neto afetivos - poderiam ficar em situação de desamparo com a sua morte, tendo em vista a disputa pela herança. APELO PROVIDO. (TJ-CE; AC 0097622-30.2006.8.06.0001; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Jucid Peixoto do Amaral; DJCE 31/05/2013; Pág. 62) (grifo nosso)

Por fim, destaca-se ainda que o posicionamento exposto acima deixa claro que não é necessário estarem os três critérios devidamente presentes para que a posse de estado de filiação esteja configurada, essa menção é feita com relação ao critério nome, onde o julgador ressalta que importância gira principalmente em torno do tratamento de amor, carinho, dedicação, assistência, assim como pelo fator fama, apresentando-se pela forma de como são reconhecidos pela sociedade, uma vez que não há previsão legal explícita que exija a configuração cumulativa dos três elementos e neste caso a filiação deve ser favorecida, conforme apresenta as palavras a seguir:

Frise-se novamente aqui que a noção da posse de estado de filho não é fechada, e a presença concomitante dos três clássicos elementos constitutivos não é obrigatória, cabendo devida apreciação em cada caso concreto. Mesmo faltando um dos elementos clássicos (nome, tratamento e fama) é possível estar caracterizada a posse de estado de filho. (CARVALHO, 2012, p. 147)

Assim o julgador tomando como base jurídica o que proclama a legislação, a doutrina conjuntamente com aquilo que anuncia os princípios constitucionais e de direito deverá analisar cada caso concreto, mediante a constatação da presença dos referidos critérios e sopesar a importância de cada um deles face a configuração da paternidade socioafetiva, mesmo que algum deles não esteja presente, frente a análise e a conclusão de que a ausência de algum dos requisitos não obsta o reconhecimento judicial.

#### 4.4 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

O Direito não permanece estático, a sua essência é acompanhar as transformações sociais adaptando suas normas a realidade fática vivenciada, desta maneira o Direito encontra-se em constante mutação, cabendo ao julgador interpretar e adaptar as normas vigentes no ordenamento mediante a realidade vivenciada no meio social, em face do caso concreto a ser decidido. Neste sentido, apresenta Maria Helena Diniz (2010, p.63):

Havendo lacuna, ou antinomia, o jurista deve, ao sistematizar o direito, apontar o critério solucionador. O processo de sistematização jurídica compreende a várias operações que tendem não só a exhibir as propriedades normativas, fáticas, axiológicas do sistema e seus defeitos formais (lacunas e antinomias), mas também a reformulá-lo para alcançar um sistema harmônico, atendendo aos postulados de capacidade total de explicação, ausência de contradições e aplicabilidade fecunda do direito a casos concretos. Logo, havendo lacuna ou antinomia, a sua solução é encontrada no sistema jurídico elaborado pelo jurista.

Desta feita, em face das transformações constantemente sofridas pelo meio social o legislador trouxe no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a solução para ser aplicada em caso de lacuna normativa no ordenamento brasileiro, onde preleciona o referido artigo: “ Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Nesta perspectiva, conforme apresentado, a legislação civilista não reconhece expressamente em nenhum dos seus dispositivos a paternidade socioafetiva como forma de filiação, entretanto o seu reconhecimento perante os Tribunais é favorecido por normas presentes no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mediante a aplicação da analogia, visto que em alguns dispositivos encontra-se similaridade por constituir o status de paternidade pautado pelo vínculo afetivo, como é o caso da inseminação heteróloga prevista na legislação que tem valor jurídico, o que acaba por propiciar o reconhecimento da existência da paternidade afetiva de forma analógica, além da utilização dos princípios gerais do direito que se encontram implicitamente presentes nas normas infraconstitucionais que tem caráter aberto e permite uma interpretação extensiva. O exposto pode ser encontrado na Decisão Judicial a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA ANULADA. 1. A literatura jurídica costuma afirmar a existência de três espécies de paternidade, quais sejam: A biológica que se origina de congresso sexual entre os pais e que redunde na filiação consanguínea, baseada no matrimônio, na união estável, ou nas relações entretidas por pessoas impedidas de casar; a jurídica, que decorre da presunção resultante da convivência com a mãe; e a socioafetiva, que se constitui em ato de opção fundado no afeto, e que teve origem jurisprudencial na denominada adoção à brasileira. 2. A paternidade ou maternidade sócio afetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 3. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação sócio afetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 4. Nesta esteira, o reconhecimento de paternidade se torna plenamente válido e reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. 5. Admitir-se a impossibilidade jurídica do pedido seria rejeitar o acesso à justiça e desprezar a igualdade que os tribunais reconhecem aos diversos tipos de paternidade. 6. Recurso conhecido e provido. Sentença anulada, para, em consequência, reconhecer a possibilidade jurídica do pedido, determinado a continuidade do feito, observadas as cautelas e regramento legal pertinentes. (TJ-CE; AC 0004060-34.2010.8.06.0095; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Bezerra Cavalcante; DJCE 08/04/2013; Pág. 57) ECA, art. 27. (grifo nosso)

Nestes termos, em que identifica-se na legislação a presença de paternidade pautada pelo vínculo afetivo e revestidas de cunho jurídico, observa-se que o legislador oferece base legal para considerar que a paternidade socioafetiva é uma realidade já existente no ordenamento jurídico, carecendo apenas de regulamentação expressa, a exemplo do seguinte julgado:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DEMANDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. (1) PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. INTERPRETAÇÃO SOCIOLÓGICA DO ART. 1.593 DO CC. RESPALDO DOUTRINÁRIO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. - A possibilidade jurídica do pedido, define-se "na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado" (GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 84). Inexistente vedação no ordenamento, presente a condição da ação referida. - Havendo precedentes e lição doutrinária dando conta da possibilidade jurídica de investigar e reconhecer a paternidade socioafetiva, urge desconstituir o ato judicial de extinção, de plano exarado. (2) PAI SOCIOAFETIVO FALECIDO. AÇÃO POST MORTEM. RECONHECIMENTO NÃO REALIZADO. IRRELEVÂNCIA. -

"Nada obsta o reconhecimento da filiação após a morte dos pretensos pai e mãe socioafetivos. Se ao filho biológico é franqueado o acesso à justiça na hipótese de investigação de paternidade ou de maternidade post mortem, ao filho socioafetivo, por força do princípio da igualdade entre as filiações (art. 227, par.6º, da Constituição da República), deve ser assegurado idêntico direito de ação." (TJSC, Apelação Cível n. 2008.064066-4, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 01-12-2011) SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RECURSO PROVIDO. (TJ-SC - AC: 20140571708 SC 2014.057170-8 (Acórdão), Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 12/11/2014, Quinta Câmara de Direito Civil Julgado)

Mediante o posicionamento supra, observa-se que o julgador ao fundamentar a sua decisão acolhe o que dispõe o art. 1.593 do Código Civil e permite ao filho socioafetivo promover ação de investigação de paternidade socioafetiva, face aquilo que pugna o art.227,§6º, da Constituição Federal e o art. 1. 596 do Código Civil vigente, que determina o estabelecimento da igualdade entre os filhos.

Dentro dessa situação fática prevista, ganha ainda mais relevância os princípios constitucionais, uma vez que os preceitos neles dispostos oferece o substrato necessário para a construção do ordenamento jurídico, frente à ausência de regulamentação de determinados fatos que repercutem significativamente na seara jurídica, mais precisamente no que concerne o Direito de família quanto à paternidade socioafetiva, onde os Tribunais a reconhece tomando por base o caso concreto analisado a luz das normas e princípios presentes na Constituição Federal.

Por conseguinte, na solução do caso concreto, sendo aventado o estado de filiação socioafetivo, o juiz deve decidir guiando-se pelos princípios constitucionais do Direito de Família e aplicando-se diretamente. Embora na lei se encontrem apenas indícios da posse de estado de filho, a interpretação sistemática do Código Civil à luz da Constituição, e a aplicação direta dos princípios constitucionais, embasam o reconhecimento da filiação socioafetiva. (CARVALHO, 2012, p.148)

Nesse ínterim, na qual a nova ordem constitucional pugna pela democratização do Direito de família, onde se reconhece a família como base para a construção da sociedade e assim sendo merece o respectivo tratamento para que seja devidamente tutelada juridicamente as suas novas configurações, os princípios constitucionais passam a ser norteadores das nuances em que a legislação civilista se mostra omissa.

Sob esse aspecto, ao tratar dos princípios basilares que embasam o reconhecimento da paternidade socioafetiva perante os Tribunais, se faz necessário destacar os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da afetividade, da igualdade jurídica entre os filhos, da paternidade responsável e do melhor interesse

do menor. É o que se extrai do aresto jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça *in verbis*:

ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MENOR QUE MORA, DESDE O CASAMENTO DE SUA GENITORA COM SEU PADRASTO, EM DEZEMBRO DE 2000, COM ESTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMONSTRANDO QUE O MENOR FOI ABANDONADO POR SEU PAI BIOLÓGICO, CUJO PARADEIRO É DESCONHECIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. As instâncias ordinárias apuraram que a genitora casou-se com o adotante e anuiu com a adoção, sendo "patente a situação de abandono do adotando, em relação ao seu genitor", que foi citado por edital e cujo paradeiro é desconhecido. 2. No caso, diante dessa moldura fática, a figura-se desnecessária a prévia ação objetivando destituição do poder familiar paterno, pois a adoção do menor, que desde a tenra idade tem salutar relação paternal de afeto com o adotante - situação que perdura há mais de dez anos -, privilegiará o seu interesse. Precedentes do STJ. 3. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1207185 MG 2010/0149110-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/11/2011)

Na decisão supra é nítido o reconhecimento judicial da paternidade socioafetiva existente da relação de padrasto e enteado, onde o vínculo afetivo se sobrepõe ao critério biológico com o objetivo superior de atender o melhor interesse do menor, uma vez que a relação encontra-se claramente pautada pela relação de afeto construída reciprocamente, ressaltando assim que a paternidade responsável se sobrepõe a realidade genética, onde o carinho, o zelo, a atenção e o compartilhamento de momentos especiais são indispensáveis na construção da verdadeira paternidade, o qual contribui decisivamente no desenvolvimento da referida criança como cidadão. Em igual sentido encontra-se a jurisprudência extraída do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, abaixo transcrito:

DIREITO DE FAMÍLIA. EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXCLUSÃO DE PATERNIDADE. INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO BIOLÓGICO. PRESERVAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO NEGATÓRIA. RECURSO IMPROVIDO. I. O vínculo parental não se restringe à relação consanguínea, adentrando-se, prima facie, na área afetiva, a fim de que prevaleça a constatação de que a paternidade deva ser, necessariamente, socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não. A rigor, o estabelecimento do vínculo de paternidade pauta-se, também, no critério socioafetivo, sobressaindo a verdade afetiva sobre a verdade biológica, com o intuito de resguardar as relações familiares já sedimentadas e de garantir a integral proteção à criança e ao adolescente, nos termos preconizados pelo artigo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c artigo 227, caput, da Constituição Federal. II. Na hipótese vertente, a relação afetiva de filiação não se abalou pela descoberta da verdade biológica, preservando o recorrente a condição de pai dos recorridos, notadamente ao declarar, de forma expressa, que "o resultado do exame de DNA não mudou seus sentimentos para com os

requeridos", bem como que "preferiria que o resultado confirmasse sua paternidade". III. Sendo certo que, para a exclusão do vínculo de paternidade, não é suficiente a prova negativa da filiação consanguínea, mas, sim, a demonstração da extinção da relação afetiva, forçoso concluir que, in casu, remanesce o parentesco declarado por ocasião do registro civil dos recorridos e vivenciado desde o nascimento dos menores, em virtude da preservação do vínculo socioafetivo entre as presentes partes. IV. Recurso conhecido e improvido, para preservar incólume o acórdão embargado exarado pela colenda terceira Câmara Cível deste egrégio tribunal de justiça. (TJ-ES; EI-APL 0005040-78.2007.8.08.0014; Primeiro Grupo Câmaras Cíveis Reunidas; Rel. Des. Namy Carlos de Souza Filho; Julg. 03/06/2013; DJES 13/06/2013) ECA, art. 1 CF, art. 227 (grifo nosso)

Na decisão acima apresentada temos a importância atribuída ao fator afetivo, onde mesmo após a realização do exame do DNA, em que a paternidade afetiva não coincidiu com a verdade biológica, o julgador preferiu de forma prioritária resguardar o interesse do menor com base no que apresenta o art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente cumulando-o com aquilo expresso constitucionalmente no art. 227, caput que proclama como dever da sociedade assegurar direitos que permitam a vivência plena e feliz da criança, assim a verdade biológica não modificou a relação construída há anos com base no afeto e na dedicação.

Assim, mesmo sabendo que o ordenamento jurídico não reconhece de forma expressa a paternidade ora referida, mas conforme já demonstrado oferece embasamento legal para o seu devido reconhecimento mediante a análise do caso concreto, a relação paterno-filial passa a ter em sede de jurisprudência o devido amparo legal, esse entendimento é reafirmado pela decisão jurisprudencial a seguir:

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA. ART. 249, §2º, DO CPC. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA RECONHECIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Dispõe o art. 249, § 2º, do CPC que "quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta". Assim, não se decreta a nulidade de sentença quando, em sede de apelação, for possível julgar o meritum causae em favor do apelante. 2. A filiação socioafetiva é aquela que se configura, independentemente de laços biológicos, como decorrência dos laços afetivos e da convivência familiar. Trata-se, pois, de um vínculo de parentesco de natureza civil que hoje encontra pleno amparo em nosso ordenamento jurídico. 3. Recurso conhecido e provido para julgar improcedente o pedido autoral. (TJ-ES; APL 0016886-82.2010.8.08.0048; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Ronaldo Gonçalves de Sousa; Julg. 11/06/2013; DJES 21/06/2013) CPC, art. 249. (grifo nosso)

Uma vez reconhecida à paternidade socioafetiva gera os mesmos efeitos decorrentes das relações biológicas e jurídicas, no que concerne a responsabilidade

paterna de oferecer a assistência material e moral ao sujeito da relação, seja criança ou adolescente, a responsabilidade patrimonial e moral é inerente ao reconhecimento jurídico da relação paterna, visto que o ânimo de serem pai e filho respectivamente repercute também na seara patrimonial, é o que pode ser apreendido do seguinte aresto jurisprudencial:

GRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 182/STJ. AÇÃO DECLARATÓRIA DE VÍNCULO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. 1. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada" (Súmula nº 182 do STJ). 2. A filiação socioafetiva, para ser reconhecida, depende da demonstração da vontade manifesta do adotante de estabelecer laços de parentesco com efeitos patrimoniais. 3. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no Recurso Especial nº 1.371.048/SP (2013/0055368-9), 3ª Turma do STJ, Rel. João Otávio de Noronha. j. 06.08.2015, DJe 12.08.2015). (grifo nosso)

Os efeitos patrimoniais também dizem respeito às questões inerentes ao Direito Sucessório, onde aquele que foi reconhecido como filho, mesmo que inexistente o vínculo biológico, lhe é transmitido os mesmos direitos de herança que cabe aos filhos de origem genética, não podendo esse vínculo após o seu devido reconhecimento judicial ser desfeito, salvo se comprovado o vício, esse entendimento pode ser extraído da seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA - FILIAÇÃO CONTESTADA PELOS IRMÃOS - EXAME DE DNA - RESULTADO NEGATIVO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR. REGISTRO DE NASCIMENTO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE PELOS COERDEIROS - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA FUNDADA EM ERRO OU FRAUDE (ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL) - AFETO COMO PARADIGMA DAS RELAÇÕES FAMILIARES - FILIAÇÃO RECONHECIDA - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO. Trata-se de medida cautelar inominada, proposta com o intuito de se determinar a indisponibilidade dos bens imóveis objeto do inventário de Francisco Reinaldo de Moura, tendo em vista a omissão na indicação do autor, como herdeiro, nos autos do procedimento de arrolamento. Processo extinto, sem o julgamento do mérito, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa. Provimento mantido em sede de apelação. 1. A alegada ofensa ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal não merece ser discutida em sede de recurso especial, porquanto o exame de ofensa a dispositivo constitucional é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, inciso III, "a", da Constituição. 2. Nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, "A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil." Assim, o estado de filiação se comprova por meio da

certidão de nascimento devidamente registrada no Registro Civil, a qual, na hipótese em tela, evidencia a legitimidade ativa do recorrente, enquanto herdeiro do pai registral, para o ajuizamento da ação anulatória de partilha, assim como da medida cautelar inominada - que visa à determinação de indisponibilidade dos bens imóveis. 2.1 A simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria - destinada à desconstituição do registro. 2.2 Jurisprudência e doutrina consagram a possibilidade de reconhecimento da socioafetividade como relação de parentesco, tendo a Constituição e o Código Civil, previsto outras hipóteses de estabelecimento do vínculo parental distintas da vinculação genética. Ademais, a filiação socioafetiva, a qual encontra respaldo no artigo 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, mas também "parentescos de outra origem", de modo a contemplar a socioafetividade. 2.3 As decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, ao desconstituírem o registro de nascimento com base, exclusivamente, no exame de DNA, desconsideraram a nova principiologia, bem assim as regras decorrentes da eleição da afetividade como paradigma a nortear as relações familiares. 3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, a fim de reconhecer a legitimidade ativa do recorrente e em consequência, determinar o prosseguimento do feito na origem. (Recurso Especial nº 1.128.539/RN (2009/0048999-7), 4ª Turma do STJ, Rel. Marco Buzzi. j. 18.08.2015, DJe 26.08.2015). (grifo nosso)

Desta feita, tem-se que para que a paternidade socioafetiva seja caracterizada independe da existência de vínculo biológico, uma vez que sua constituição se pauta por valores superiores, o sentimento é o elo mais forte que pode ser encontrado nas relações humanas, ele reflete no tratamento recíproco entre os seres sociais, além de que quando relacionados à filiação assume um papel primordial.

A assistência material oferecida por um pai biológico a seu filho não é capaz de suprir a sua ausência, o compartilhamento de momentos especiais através da construção de uma relação baseada em amor, carinho, atenção, cuidado e responsabilidade, até mesmo as dificuldades enfrentadas por pais e filho juntos, se sobrepõe a qualquer fortuna que visa propiciar o bem-estar de uma criança, esse entendimento é plenamente perceptível nas decisões judiciais apresentadas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, mediante o estabelecimento de novos princípios norteadores das relações familiares promoveu uma verdadeira reviravolta no Direito de Família, influenciando significativamente nos critérios para a determinação do estado de filiação pelo fato de que, o afeto existente entre os membros do núcleo familiar passa a ser elemento basilar para a sua constituição, fazendo com que o critério biológico antes prevalescente seja expressivamente relativizado.

Nessa Perspectiva, a paternidade socioafetiva construída em função de vínculos afetivos, em que o fator sanguíneo encontra-se ausente, torna-se um notável fato jurídico a merecer a devida tutela jurisdicional.

No ordenamento jurídico brasileiro pôde-se identificar como espécies do gênero paternidade socioafetiva, as relações constituídas pelo processo de adoção, pelas técnicas de reprodução assistida heteróloga e mediante o estabelecimento da chamada posse de estado de filho. Entretanto, de forma expressa somente é reconhecido de forma legal à adoção e a inseminação artificial heteróloga, onde são dotadas de prestígio jurídico e conseqüentemente denominadas doutrinariamente de paternidade jurídica. Apesar de não ser tratado expressamente, implicitamente percebe-se que o vínculo constituinte dessas relações é o socioafetivo com base no cuidado, amor, carinho, dedicação e reponsabilidade, uma vez que fator biológico encontra-se ausente entre os sujeitos dessas relações.

Assim, a lacuna presente no ordenamento jurídico brasileiro quanto o reconhecimento da paternidade socioafetiva, ocorre em face do não reconhecimento expresso da paternidade constituída mediante o estabelecimento da posse de estado de filho, ficando assim a cargo do judiciário manifestar-se quanto à possibilidade de sua admissibilidade como espécie de filiação capaz de gerar efeitos jurídicos.

A referida temática foi desenvolvida no presente trabalho, onde permitiu com base nos estudos realizados constatar que instituto da paternidade socioafetiva é uma realidade e que está sendo amplamente reconhecida e conseqüentemente aplicada em sede de decisão judicial, mesmo perante a omissão legislativa, onde os entendimentos jurisprudenciais proferidos pelos Tribunais Regionais e

principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça têm sinalizado de forma favorável ao seu reconhecimento, que gera consequências jurídicas de cunho personalíssimo, patrimonial e sucessório para a relação paterno-filial constituída.

Para posicionar-se quanto o estabelecimento da paternidade socioafetiva, o julgador na análise do caso concreto procurou identificar se posse de estado de filho estava presente na relação, diante do fato de que, além da afetividade deve-se estar clara entre as partes a intenção recíproca de serem respectivamente tratados como pai e filho e assim serem reconhecidos perante a sociedade.

Desta forma, a posse de estado de filho restará configura mediante a presença dos seguintes elementos: o tratamento que é estabelecido entre as partes diante da nomeação de pai e filho e de assim se tratarem respectivamente; da fama a partir do tratamento utilizado no meio social que o fazem ser reconhecidos com pai e filho e por fim do nome através do fato de que sobrenome do pai socioafetivo seja um identificador do filho no meio social, tais fatores contribuíram decisivamente para tal reconhecimento, sendo que a ausência de algum deles, de acordo com o caso concreto analisado, poderá não ser óbice para o reconhecimento da relação socioafetiva.

Partindo desse pressuposto, nas decisões judiciais analisadas, constatou-se que o vínculo biológico restou subjugado frente à comprovação da paternidade socioafetiva, onde o julgador ao favorecer a referida relação levou em conta o bem-estar do filho em relação ao pretense pai, perante a comprovação de que o elo constituído face a convivência amorosa, de cuidado, proteção e responsabilidade era de extrema importância para o desenvolvimento saudável dos filhos, e que estes elementos estavam claramente ausentes na relação com o pai biológico.

Ao se posicionarem quanto a presente problemática, diante da lacuna jurídica existente, os Tribunais se utilizaram analogicamente de dispositivos civis, constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que oferece o substrato necessário para a comprovação de que o vínculo socioafetivo está presente na constituição das relações paterno-filiais, a exemplo daquilo que dispõe o art. 1.593 quanto as modalidade de parentesco, em que reconhece o vínculo civil, natural e de outra origem, o termo “outra origem” dar margem para o julgador interpretar de forma extensiva e abarcar nessa colocação a paternidade socioafetiva.

Além dos indícios trazidos pelo Código Civil de 2002, os julgadores embasam seus posicionamentos com os princípios constitucionais norteadores do Direito de

família, representados pelo princípio da afetividade mediante a constatação do vínculo afetivo entre as partes, princípio do melhor interesse, da proteção integral da criança, da responsabilidade paternal e da dignidade da pessoa jurídica.

Desta feita, constatou-se que a paternidade socioafetiva constituída mediante a posse de estado de filho não encontra regulamentação legal expressa na atual legislação civil, mas, inúmeros dispositivos oferece fundamento para que essa relação seja devidamente reconhecida em sede de jurisprudência. Entretanto, ressalta-se que independentemente de qualquer legislação existente o julgador promoverá o reconhecimento jurídico da relação paterno-filial ora analisada, com base na comprovação da existência de laços afetivos frente o que conclama os princípios constitucionais, sendo estes fatores suficientes para demonstrar a sua existência independentemente do vínculo biológico.

## REFERÊNCIAS

ALBINANTE, Isabel Cristina. **Paternidade Socioafetiva** – Famílias, Evolução, Aspectos Controvertidos. Disponível em: <[www.emerj.tjrj.jus.br/...pdf/.../IsabelCristinaAlbinante\\_Monografia.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/...pdf/.../IsabelCristinaAlbinante_Monografia.pdf)> Acesso em: 15 abr. 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 12 nov. 2015

\_\_\_\_\_. **Código Civil**: Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 12 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Código Civil de 1916**: Lei federal nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 12 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)> Acesso em: 12 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. STJ - **REsp: 1189663 RS 2010/0067046-9**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2011 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21082296/recurso-especial-resp-1189663-rs-2010-0067046-9-stj>> Acesso em: 15 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. STJ - **REsp: 1207185 MG 2010/0149110-0**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/11/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21034162/recurso-especial-resp-1207185-mg-2010-0149110-0-stj>> Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. STJ - **REsp: 1087163 RJ 2008/0189743-0**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj>> Acesso em: 15 abr. 2016.

BENTO, Daniela Roberta; GODOY, Sandro Marcos. **A importância da paternidade socioafetiva frente ao direito brasileiro**. 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/669/692>> Acesso em: 02 de março de 2016.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 24, p. 111-126, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rfduerj/article/view/7284/0>> Acesso em: 16 de mar. 2016.

COSTA, Juraci. Paternidade socioafetiva. **Revista Jurídica**, v. 13, n. 26, p. 127-140, 2009. Disponível em: <<http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889>> Acesso em 16 de mar. 2016.

CAETANO, Juliana Aparecida Sanches. **Paternidade Sócioafetiva** Disponível em: <[tcconline.utp.br/wp-content/.../PATERNIDADE-SOCIOAFETIVA.pdf](http://tcconline.utp.br/wp-content/.../PATERNIDADE-SOCIOAFETIVA.pdf)> Acesso em: 05 abr. 2016.

CARVALHO, Carmella Salsamendi de. **Filiação socioafetiva e “conflitos” de paternidade ou maternidade**. 22ª. Ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e Brasil**. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

CONSTRUINDO MINHA MONOGRAFIA. Disponível em: <[lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo\\_186/EF3F8T2A98.pdf](http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_186/EF3F8T2A98.pdf)> Acesso em: 10 mar. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 9ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Multiparentalidade**: Uma realidade que a justiça começou a admitir. *Juris Plenum*. Ano XI – nº 65- setembro de 2015.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares; ELIAS, Margareth Pereira. **Paternidade sócio-afetiva**.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 5. Direito de família. 25ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1: Teoria geral do Direito Civil. 27ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, JSABN; RÖRHMANN, Konstanze. **As famílias pluriparentais ou mosaicos**. En. Pereira, R. da C.(Org), Família e dignidade humana. São Paulo: IOB Thompson, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Fam%C3%ADliasPluriparentaisouMosaicosJussaraFerreira.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2016.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 11ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2008.

GALDINO, Valéria Silva; WYSOSKI, Andreza Minamisawa. **Da Filiação Socioafetiva**. Disponível em: <[direitoebioetica.com.br/download/133](http://direitoebioetica.com.br/download/133)> Acesso em: 18 mar. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6: Direito de família. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012 Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2016.

JURIS PLENUM. Ano XI, n. 65 (set./out. 2015). Caxias do Sul/RS: Editora Plenum, 2015. CD-ROM.

LIMA, Adriana Karlla de. **Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.31839>> Acesso em: 31 mar. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Vol. 5. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MONTEIRO, Washington de Barros. DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil**. Vol. 2. Direito de família. 40ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo, 2010. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/RESUMIDA/\\_ADRIANA.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/RESUMIDA/_ADRIANA.pdf)> Acesso em: 10 abr. 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do direito**. 32ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: conceito e evolução histórica e sua importância**. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>> Acesso em: 25 de fev de 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. 1. Parte geral. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. Vol. 6. Direito de família. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da ESMESC, v. 18, n. 24, p. 511-536, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/41/45>> Acesso em: 27 de fev de 2016.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 21, p. 400-418, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>> Acesso em: 28 de mar. de 2016.

RAMOS FILHA, Iaci Gomes Da Silva. **Paternidade Socioafetiva e a impossibilidade de sua desconstituição posterior**. 2008. Disponível em: <[www.ceap.br/tcc/TCC12122008111148.pdf](http://www.ceap.br/tcc/TCC12122008111148.pdf)> Acesso em: 10 abr. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Jamile Porto. **A paternidade socioafetiva, seu reconhecimento e seus efeitos**. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Temas de teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Bahia: JusPodivm, 2007.

SANTA CATARINA. TJ-SC - **AC: 20140571708 SC 2014.057170-8** (Acórdão), Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 12/11/2014, Quinta Câmara de Direito Civil. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25323624/apelacao-civel-ac-20140571708-sc-2014057170-8-acordao-tjsc>> Acesso em: 16 abr. 2016.

SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. **Funções e transformações da família ao longo da história**. Maringá, 2003. Disponível em: <<http://www.institutounipac.com.br/aulas/2012/1/UBSOC05N1/000229/000/func%C3%B5es%20e%20transforma%C3%A7%C3%B5es%20da%20fam%C3%ADlia%20ao%20longo%20da%20hist%C3%B3ria.pdf>> Acesso em: 27 de fev de 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Vol. 5 Direito de família. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

\_\_\_\_\_. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro** Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_princfam.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc)> Acesso em: 06 abr. 2016.

TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais. In: **Tratado de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.