**O DIREITO BRASILEIRO E A FAMÍLIA SOCIOAFETIVA:** o princípio do melhor interesse do menor na família socioafetiva[[1]](#footnote-1)

*Antonio Luiz Ewerton Ramos Neto*

*Guilherme Evangelista de Menezes[[2]](#footnote-2)*

*Anna Valéria de Miranda Araújo Cabral Marques [[3]](#footnote-3)*

**Sumário:** Introdução;1 Evolução do conceito de família ; 2 Paternidade (ou maternidade) socioafetiva; 3 O melhor interesse do menor na formação da família socioafetiva ; Considerações Finais.

**RESUMO**

Apresentar-se-á este trabalho com o objetivo de explanar a evolução que o conceito de família sofreu ao longo dos anos, onde passou de um pensamento machista no qual o homem que era o “chefe” da família, para uma concepção mais atual, onde ambos, pai e mãe, são os “chefes” da família. Após tal análise, falaremos acerca de filiação socioafetiva e por fim abordaremos o principio do melhor interesse do menor na formação da família socioafetiva, que é a grande realidade de hoje.

**PALAVRAS-CHAVE**

Família; Paternidade Socioafetiva; Princípio do melhor interesse do menor.

**INTRODUÇÃO**

A Constituição da República de 1988 foi à baliza inicial na efetiva transformação do Direito de Família, pois suprimiu alguns conceitos que até então eram tratados pelo Código Civil de 1916. Não existe mais a exclusividade da família matrimonializada, hierarquizada e patriarcal. Atualmente, a preocupação é com a preservação da dignidade da pessoa humana, e não mais com a centralidade do patrimônio sendo assim, podemos dizer que o Direito de Família passa a ser interpretado conforme a Constituição da República (OTONI, 2012, p.43).

Hoje o Direito de Família Brasileiro se fundamenta no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável ambos expressos na Constituição Federal de 1988, art. 1o, III, e art. 226 parágrafo 7º. Segue também, quando se refere aos jovens, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (CF art. 227 e Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), baseando-se também e cada vez mais no conceito de *afeto,* assunto esse que cada vez mais tem sido suscitado pela doutrina e jurisprudência (vide referência ao *afeto* no art. 1584, p. único do Código Civil Brasileiro de 2002) (FRANÇA, 2006, p.6).

1. **EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA**

O conceito de família muito evoluiu com o passar dos tempos. No início do século XX, conforme interpretação da norma, constituíam uma família apenas aqueles unidos pelos laços do matrimônio, e recebiam integral tutela e reconhecimento pelo Direito somente os filhos "de sangue", ou seja, aqueles que adviessem dessa união. A luz do antigo Código de 1916, família era a comunidade fundada no casamento, hierarquizada e patriarcal. Os filhos legítimos eram aqueles concebidos na constância do casamento, sendo que os demais eram considerados ilegítimos, sendo aqueles que provinham de uma relação extraconjugal eram considerados adulterinos e aqueles que nasciam de uma relação entre parentes em grau próximo eram os filhos incestuosos. Vale ressaltar que tanto os filhos adulterinos quanto os incestuosos eram chamados bastardos ou espúrios (CANEZIN; EIDT, 2012, p.10).

Assim, a lei apenas reconhecia como "família legítima" aqueles que se casassem pelo regime civil e os filhos que proviessem dessa união matrimonial. Todas as demais formas de união entre um homem e uma mulher eram desconsideradas pela lei, e os filhos que não adviessem de um casamento eram desprezados, marginalizados e recebiam tratamento distinto pela legislação. As várias diferenças entre os filhos legítimos e aqueles “ilegítimos” tinham repercussão não apenas nos direitos de família e filiação, como também no âmbito do direito sucessório (CANEZIN; EIDT, 2012, p.10).

Em meados do século XX, o casamento deixa de ser tão formalista, não ligando as pessoas somente por laços consanguíneos ou patrimoniais. Sendo atualmente a família constituída nas suas mais diversas formas, dando-se importância acima de tudo aos vínculos afetivos. Passando desta forma, a família a ser a base emocional do indivíduo, uma vez que o afeto era a estrutura fundante do seio familiar (ARRUDA, 2011, p.2).

Com a Constituição Federal de 1988, a união estável entre o homem e a mulher passou a ser agraciada pelo Estado (art. 226, § 3º), assim como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). O homem deixou de ser o chefe da família, ao qual a mulher era submissa, e ambos (homem e mulher) passaram a ter os mesmos direitos e deveres na sociedade conjugal (art. 226, § 5º). Os filhos, havidos ou não da relação conjugal, naturais ou tidos por adoção, passaram a gozar dos mesmos direitos e as mesmas qualificações, não sendo permitida a distinção de qualquer forma entre eles (art. 227, § 6º) (CANEZIN; EIDT, 2012, p.11).

Posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 2002, este regulou, com mais detalhes, as matérias já trazidas na Constituição Federal no que diz respeito à família e filiação, assim como adicionou novas transformações. Surge, nesta conjuntura, a paternidade socioafetiva, no qual o pai é aquele que compartilha do desenvolvimento intelectual, físico e moral da criança, que se faz presente em todos os momentos e, acima de tudo, que ama e tem como filho aquele que criou, mesmo este não sendo seu filho biológico (CANEZIN; EIDT, 2012, p.12).

1. **PATERNIDADE (OU MATERNIDADE) SOCIO AFETIVA**

Parentesco civil, no Código Civil antigo, sempre foi visto como aquele advindo somente de adoção, mas com essa nova redação Código Civil, que abordou tal assunto de maneira aberta, onde o parentesco civil é aquele resultante de outra origem que não seja a consanguinidade, possibilita outras interpretações. Entre tais interpretações, podemos dizer que o parentesco civil é aquele oriundo de relação socioafetiva, que não se restringe à adoção, sendo dentre tais relações socioafetiva aquelas, em que um homem registra filho alheio como seu (SILVA, 2005).

A paternidade socioafetiva, portanto, passou a ter apoio legal. Para que exista a paternidade socioafetiva, é imperativo que haja o preenchimento de alguns requisitos, sendo eles, a inexistência de vício de consentimento e que o pai trate o filho como seu, de modo a assim ser havido em sociedade (SILVA, 2005).

A paternidade socioafetiva, no entanto, ao contrário da biológica e da jurídica, não foi expressamente legitimada pelo Direito e, portanto, necessitava criar as estruturas de fortalecimento. Nesse contexto, surgiram a "posse de estado de filho", a "adoção à brasileira", a "filiação socioafetiva", todos termos que buscam a autenticar os relacionamentos entre pais e filhos, fundados estritamente na afeto (CANEZIN; EIDT, 2012, p.12).

A “posse de estado de filho”, elemento caracterizador da paternidade socioafetiva, é proveniente da função de pai e/ou mãe, bem como do almejar ser filho de alguém, ou seja, a partir do momento em que um casal, ou uma só pessoa se propõe a cuidar da criança, tratando-a como filho por meio do carinho, do respeito e da convivência. A paternidade se faz e se constrói, não surge por si só, e essa construção irá se basear na afetividade. (DIAS, 2006, p.306)

Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p. 512) a “adoção à brasileira” é como "declaração falsa" e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, casada ou não, sem observância das exigências legais para a adoção. Se a Constituição da República de 1988 constitui a igualdade entre os filhos em seus artigos, porque não se falar no instituto da adoção à brasileira se encaixando nos moldes do § 6º do art. 227, afinal, afora o princípio da igualdade entre os filhos, o que está em cheque é o princípio do melhor interesse da criança, sendo que tudo o que vier em prol desta dever ser considerado.

Por fim a “filiação socioafetiva”, nos ensinamentos de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2012, p.670-672), não esta vinculada ao nascimento, mas em um ato de vontade, construída no dia-a-dia, na tratativa e na publicidade, ou seja, a filiação socioafetiva é proveniente da convivência cotidiana, de uma construção paulatina, não sendo explicada por laços genéticos, mas sim pelo tratamento estabelecido entre pessoas que se colocam no papel de pai e filho.

Como forma de exemplificar esta mudança ocorrida nos dias de hoje, no que concerne a importância do afeto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão, adotou a prevalência da paternidade socioafetiva em face da verdade biológica:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - VERDADE REGISTRAL QUE DEVE PREVALECER SOBRE A VERDADE BIOLÓGICA - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO - O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da Lei nº 8.560/1992 e art. 1.609 do Código Civil. A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho. Ainda que exista a filiação biológica, descoberta anos após o registro da criança, e estando demonstrada nos autos a filiação socioafetiva que se estabeleceu entre o autor com a ré, até sua adolescência, o princípio da paternidade socioafetiva impera sobre a verdade biológica. Sentença de procedência reformada. Sucumbência invertida. Apelação provida (TJRS, Apelação Cível nº 70029637717, 7ª Câmara Cível, Rel. André Luiz Planella Villarinho, J. 16.12.2009).

1. **O MELHOR INTERESSE DO MENOR NA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA SOCIOAFETIVA**

O melhor interesse do menor representa o princípio norteador da proteção ampla à criança e ao adolescente. Previsto na Constituição Federal de 1988, o art. 227 assegura, como dever da família de toda a sociedade e inclusive do Estado, 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”, assim como a defesa contra todo tipo de desafeto, “além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. É considerada criança, de zero a doze anos incompletos, e adolescente, 12 a 18 anos de idade, art. 2° do Estatuto da Criança e do Adolescente. A esta proteção regulamentada pelo ECA e assegurada pela CF/88, há também o art. 3° do ECA que prevê também a garantia aos direitos fundamentais, sem prejuízo a proteção integral desta lei.

É neste contexto que hoje inúmeras decisões estão voltadas ao melhor interesse do menor, devendo este prevalecer em detrimento de outros direitos, até mesmo retirando da mãe ou do pai, a criança, visando à proteção e desenvolvimento da mesma, se os pais não se apresentarem aptos para tais deveres (TARTUCE, pag. 12-13, artigo retirado do site). Vide jurisprudência abaixo, que abarca a família socioafetiva que deve ser amparada juridicamente.

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente,

a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético

para definir questões relativa à filiação.

2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência

genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

[...] 7. Recurso especial provido (STJ. REsp 1087163/ RJ. Recurso Especial. 2008/0189743-0. Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). T3 - TERCEIRA TURMA. Julgado em 18/08/2011).

É quando rompemos com o conceito “ultrapassado” de família, como definição biológica, que chegamos ao conceito da mesma como uma comunidade de afeto. Devendo partir do afeto e do amor como primeiro pressuposto para a constituição de uma família, e não apenas do parentesco sanguíneo (BRUNO, 2002).

Assim, temos que seja a família biológica ou a família socioafetiva, o que deve preponderar é o princípio do melhor interesse do menor. Apesar da existência de métodos científicos que afirmem com certeza a ascendência genética, serem importantes para a confirmação do genitor em questões judiciais, o mesmo não deve prevalecer totalmente, pois ao contrario, estaria se considerando pai, aquele que apenas contribuiu geneticamente para a formação da criança, e não aquele que possui comprometimento ético, afeto e respeito com a mesma. Assim a paternidade não pode ser, pelo direito, abraçado apenas pelo lado biológico, mas também deve lembrar-se do lado socioafetivo, em respeito ao principio da dignidade humana, sempre levando em consideração o melhor interesse do menor (BARROS; MONTEIRO, pag. 7, 2010).

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É neste contexto que entendemos hoje a família de maneira muito mais abrangente. Não só como elo biológico que liga seus indivíduos, e que é hierarquizado patriarcalmente, onde os filhos havidos fora do casamento são considerados ilegítimos, a família hoje evoluiu, e nesta evolução abarcou inúmeras características positivas, como o fim da hierarquia patriarcal, a igualdade dos filhos, sejam eles unilaterais ou bilaterais entre si e a família socioafetiva.

Apesar desta evolução ainda não estar completa, diferente do direito que ficou “ultrapassado” e “parado” em alguns sentidos, as decisões judiciais já estão a sua frente, e entendem que nem sempre o melhor lugar, tendo em vista o princípio do melhor interesse do menor, é com os pais biológicos, a família socioafetiva ganha espaço no Brasil, pois apesar de não trazer o elo consanguíneo, traz um elo mais forte de afeto e amor.

A família socioafetiva não veio para retirar o lugar da família biológica, mas nos casos em que a mesma não se faz presente por motivos quaisquer e há anuência destes ou por decisão judicial, aqueles que estão mais preparados assumem este lugar e suprem as necessidades destas crianças, o que abrange o princípio da dignidade humana e do melhor interesse do menor surgindo assim às famílias socioafetivas.

**REFERÊNCIAS**

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **Responsabilidade civil no Direito de Família:** Da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>> Acesso em: 19 de maio de 2012.

BARROS, Erica Ludmila Cruz; MONTEIRO, Helena Telino. **A Democracia na família brasileira e a impossibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3787.pdf>. Acesso em: 20 de Maio de 2012.

BRASIL. STJ. **REsp 1087163/ RJ. Recurso Especial. 2008/0189743-0**. Ministra Nancy Andrighi (1118). T3 – Terceira Turma. Julgado em 18/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801897430&dt\_publicacao=31/08/2011>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL.TJRS, **Apelação Cível nº 70029637717**, 7ª Câmara Cível, Rel. André Luiz Planella Villarinho, J. 16.12.2009. Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRUNO, Denise Duarte. **Família Socioafetiva**. 4 de Julho de 2002. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=60>. Acessado: 19 de Maio de 2012.

CANEZIN, Claudete Carvalho; EIDT, Frederico Fernando**. Filiação Socioafetiva:** Um passo do Direito ao Encontro da Realidade. Revista Síntese Direito de Família. v. 13, n. 69, p.9-23, dez/jan. 2012. 1 CD-ROOM

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Direito das Famílias. 4 ed. v.6. Editora: Juspodivm, 2012.

FRANÇA, Antonio de S. Limongi. **A função subsidiária dos pais sócioafetivos em relação aos pais originais atuantes. Reflexões sobre o artigo 1.636 e outros do Livro sobre Família (Código Civil de 2002).** 2006. Disponível em: < http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigosc&totalPage=4> Acessado em: 20 maio 2012.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito a origem genética:** uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Afeto, ética, família e o novo Código Civil, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **A Filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de sua Desconstrução Posterior.** Revista Síntese Direito de Família. v. 13, n. 69, p 24-42, dez/jan. 2012. 1 CD-ROOM

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Paternidade Socio-Afetiva**. 2005. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigosc&totalPage=6> Acessado em: 20 maio 2012.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Disponível em: < http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>. Acessado em: 19 de Maio de 2012.

1. Paper apresentado a disciplina Direito de Família e Sucessões da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Acadêmicos do 6º período, vespertino da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professora, Mestra e Orientadora. [↑](#footnote-ref-3)