

O DIREITO DE FILIAÇÃO PELA AFETIVIDADE E A PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

THE RIGHT OF MEMBERSHIP FOR AFFECTIVENESS AND SOCIO-ECONOMIC PARENTALITY

Maria Angélica Netto Bellini¹

Érika Rubião Lucchesi²

RESUMO

Ao se discutir direito de família, logo vem à mente a “família tradicional” formada por mãe, pai e filhos – os quais, na maioria das vezes, oriundos da sociedade matrimonial. Entretanto, os modelos tradicionais de famílias vêm sofrendo alterações ao longo dos anos, e novas formações apareceram. E ainda que o direito positivo não preveja, expressamente, proteção à pluralidade de entidades familiares existentes da sociedade, não significa que referidas famílias não existam. Merece, pois, atenção especial as famílias que não possuem vínculo biológico ou jurídico, mas afetivo. Famílias estas que tomam por base a oportunidade de divisão de um lar, alimentação, educação, carinho, amor, cuidado e preocupação. Trata-se, pois, da filiação das emoções. E o reconhecimento das famílias afetivas, implica no reconhecimento do direito de filiação de filhos afetivos.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito civil. Direito das famílias. Entidade familiar socioafetiva.

ABSTRACT

At the same time, family law soon springs to mind, the traditional family formed by the mother, father and son, which is most often from the matrimonial society. However, traditional family patterns have undergone changes over the years, and new formations have emerged. And even if positive law does not expressly provide protection to the plurality of family entities existing in society, it does not mean that such families do not exist. Special attention should therefore be paid to families who do not have a biological or legal, but

¹ Graduando na Universidade de Ribeirão Preto – Curso de Direito. Email: angelica_bellini@hotmail.com

² Professora Universitária no Curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP; Oficial Registradora no Estado de São Paulo. Email: erikarubialucchesi@uol.com.br

affective, link. Families based on the opportunity to share a home, food, education, affection, love, care and concern. It is, therefore, the affiliation of emotions. And the recognition of the affective families, implies in the recognition of the right of affiliation of affective children.

Keywords:Constitutional right. Civil right. Family law. Family and socio-affective family.

1. INTRODUÇÃO

Evidente que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado reconhecia família unicamente aquela vinda do casamento entre homem e mulher, sendo a proteção à constituição familiar dedicada apenas àquelas formadas nos moldes “mulher, homem e filhos havidos dentro do casamento”. Os demais vínculos familiares, entretanto, eram ignorados, ficando à margem da sociedade e à margem da proteção constitucional.

Nas palavras de Sérgio Resende de Barros, em sua obra *A ideologia do afeto* (2002: p.7),

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendente à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo.

A partir do momento que as sociedades matrimoniais deixaram de ser vistas como única base da sociedade, a visão do conceito “família” se expandiu. Neste sentido, passou-se a serem reconhecidas as diversas possibilidades de arranjos familiares, as quais passaram a ser denominadas pela doutrina como “pluralismo das entidades familiares”.

O reconhecimento das diversas estruturas familiares advém do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como ao direito de filiação, previsto no artigo 227 da Constituição Federal. Neste sentido, continuar a excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que fogem do padrão, as quais são formadas unicamente por meio de um elo de afetividade e que geram compromisso mútuo, é clara violação de direitos da personalidade e, mais do que isso, é flagrante injustiça.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que, ainda que o direito positivado não preveja a existência de famílias paralelas, as quais não são formadas aos moldes do padrão esperado pela sociedade, não significa que referidas famílias não existam. Mais do que isso, pretende demonstrar as tímidas mudanças na base da sociedade, no que tange ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, e como os Tribunais vêm decidindo sobre o tema.

2. DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição Federal prevê princípios, ainda que não expressos em seu texto, que são aplicáveis a todos os ramos do direito, tais como o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, princípio da proibição do retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes.

Além dos princípios gerais, existem os princípios específicos, os quais são usados especialmente do que tange à matéria de família e filiação, sendo estes os princípios da solidariedade e da afetividade, os quais são a base da constituição da família.

No que tange ao Princípio da Liberdade, o Estatuto da Criança e do Adolescente se encarrega de prever direitos ao adotado, desde os doze anos de idade, em concordar com a adoção (artigo 45, §2º), ou o direito de opinião expressa (artigo 16, II) e a liberdade de participação da vida familiar e comunitária (artigo 16, V). O Código Civil também prevê a possibilidade de impugnação do reconhecimento do direito de filiação, enquanto ainda menor de idade (artigo 1.614). Insta salientar que todos esses direitos encontram base no artigo 227 da Constituição Federal, o qual prevê o direito à liberdade da criança e do adolescente.

O Princípio da Igualdade, o qual é previsto no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal, proíbe a diferenciação entre filhos adotados e filhos havidos dentro do casamento. O artigo 227, §6º da Constituição Federal é expresso no sentido de que independentemente da forma em que ocorreu a filiação – se por meio de laços biológicos, adotivos ou, simplesmente, afetivos – a distinção entre os filhos é constitucionalmente proibida.

Mais do que vedar a distinção entre filhos biológicos, adotivos ou afetivos, referido artigo tem como dever a proteção ao direito à dignidade, desenvolvimento e proteção integral da criança e do adolescente.

A origem do Princípio da Solidariedade Familiar parte dos vínculos afetivos, pois referido princípio traduz fraternidade e reciprocidade entre os membros de uma mesma família.

A proibição do retrocesso social toma por base o reconhecimento do pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção, é a consagração constitucional da igualdade entre todas as formas de família. Isso significa que nenhuma família pode sofrer limitações ou restrições provindas da legislação ordinária, pois a própria Constituição Federal reconhece a igualdade entre toda e qualquer entidade familiar. Este é, pois, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

A afetividade constitui princípio fundamental ao Direito das Famílias, pois representa a ideia da afeição entre duas ou mais pessoas com o objetivo de formar uma sociedade familiar. Mais do que vínculos biológicos ou jurídicos, existe um vínculo afetivo, resultando no amor e no carinho compartilhado entre os membros daquela família.

É possível, portanto, afirmar que o Princípio da Afetividade é o princípio norteador do Direito das Famílias, uma vez que constitui o núcleo de qualquer relação humana, especialmente quando tratamos de constituição de sociedade familiar.

3. DO DIREITO DE FILIAÇÃO

Ainda que a Constituição Federal vede, expressamente, a diferenciação entre filhos havidos dentro e fora do casamento, o Código Civil viola a norma constitucional e trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de casamento, por meio do capítulo “Da Filiação”, e dos filhos havidos fora do casamento, no capítulo “Do Reconhecimento dos Filhos”.

Já apontamos que, até a poucos anos, mais precisamente, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal. Logo, filhos havidos fora do casamento não tinham direito

à filiação, o que os colocava à margem da sociedade e da proteção legal. A lei, com o intuito de proteger os interesses da instituição do matrimônio, simplesmente fingia que as pessoas nascidas fora do casamento simplesmente não existiam.

Mesmo após a possibilidade de reconhecimento de filiação de filhos nascidos fora do casamento, unicamente com o escopo de buscar alimentos, esses filhos eram registrados como filhos ilegítimos, o que apenas acarretava, mais uma vez, na marginalização dessas pessoas e nova violação à dignidade da pessoa humana.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a distinção entre os filhos, havidos ou não dentro da sociedade matrimonial, passou a ser vedada.

A Constituição Federal trouxe em seu bojo grandes avanços no que tange ao direito de proteção às famílias, reconhecendo iguais direitos aos filhos biológicos e adotivos. Neste sentido, o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal:

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 reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercido sem qualquer restrição, em face de pais ou seus herdeiros, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27:

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

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, encontrado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, abrange em seu conceito o direito à identidade biológica e pessoal. Nas palavras de Maria Berenice Dias, em sua obra Manual de Direito das Famílias, a autora estabelece que “o princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva” (2015: p. 45), e acrescenta ainda que as condutas ativas do Estado devem ter o objetivo de promover essa dignidade, por meio de um mínimo existencial a cada ser humano.

Isso significa que é dever do Estado não apenas a proteção da dignidade da pessoa humana, por meio de condutas que não interfira na liberdade do ser humano, mas também na realização de condutas que promovam o alcance à dignidade humana, a qual, vale ressaltar, é subjetiva a cada pessoa.

Antes da atual Constituição, e dos avanços à proteção às entidades familiares, a paternidade e maternidade eram estritamente vinculados aos fatos biológicos. Hoje, com o advento da Constituição Federal de 1988, com os avanços sociais, o afeto passou a ser fator preponderante nas questões familiares.

As mudanças refletiram na identificação dos vínculos de parentalidade, o que levou ao surgimento de novos conceitos, dentre eles, “filiação socioafetiva”. Isso significa que passou a ser identificado o vínculo afetivo paterno-filial. Para Paulo Lôbo, em sua obra Código Civil Comentado (2010: p. 91): “a paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, se biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos”.

Neste sentido, apenas a título exemplificativo, os tribunais já têm decidido pela não diferenciação entre as diferentes filiações adotadas pelas famílias brasileiras:

PENSÃO– FILHA DE CRIAÇÃO DE MILITAR– DIVISÃO DO BENEFÍCIO. Comprovado, mediante justificação judicial, condição de filha de criação do instituidor militar, e sendo esta equiparada a filha adotiva, a apelante faz jus ao recebimento da pensão em igualdade de condições com sua mãe. (TRF-2ª Região– Ap. Cív. 910210227-7-RJ–Acórdão COAD 61938– 1ª Turma– Relª Juíza Lana Regueira– Publ. em 18-3-93) PENSÃO– MÃE DE CRIAÇÃO– DEFERIMENTO. O artigo 147, III, da Lei Complementar 180/78, ao se referir a “pais” não tem apenas um sentido biológico. Restrito, portanto. A expressão contida na Lei encerra um sentido finalístico, teleológico. Abarca a palavra “pais”, sem dúvida alguma, também aqueles que criaram, como se filho fosse, o servidor falecido. Afinal, mãe não é quem deu alguém à luz. Mas sim quem cria uma criança como se filho seu fosse. É sabença popular. (TJ-SP– Ap. Cív.

133.401-5/4– Acórdão COAD 108382– 5ª Câm. de Direito Público– Rel. Des. Alberto Gentil–Julg. em 4-9-2003)

Observa-se, portanto, que a função paterna é desvinculada das pessoas dos pais biológicos, uma vez que, contemporaneamente, “pai” e “mãe” são aqueles que não somente compartilham material genético com sua prole, mas aqueles que prestam auxílio material, proporcionando amor, carinho, cuidado e atenção.

Importa, pois, para o filho, a comunhão material e espiritual, assim como o respeito aos seus direitos de personalidade e à sua dignidade como ser humano de direitos. Mais do que isso, importa o afeto, a solidariedade e a convivência familiar, elementos essenciais para que o filho possa atingir seu pleno desenvolvimento físico e psíquico.

Sob essa égide, se a criança conta com valorização, proteção e compreensão no meio em que vive, encontrando mecanismos para se autodesenvolver, e firmando sua relação cultural dentro das dimensões da família, deve ela ter o direito de reconhecimento como membro da entidade familiar em que se encontra.

4. DA POSSE DE ESTADO DE FILHO

Com a evolução da ciência, não se pode mais dizer que a fecundação é a única forma de gerar uma vida. A manipulação genética popularizou a utilização de métodos reprodutivos, tais como a fecundação assistida homóloga e heteróloga, por exemplo. Logo, as facilidades proporcionadas pelos métodos de reprodução assistida permitiram a qualquer pessoa, solteira, casada ou vivendo em união estável, o sonho de ter um ou mais filhos. Partindo dessa premissa, a identificação do pai ou mãe biológicos se torna inviável.

Isso significa que o parentesco deixou de manter, necessariamente, correspondência com o vínculo biológico, e passou a se relacionar com a filiação socioafetiva. Neste sentido, o vínculo afetivo entre pais e filhos confere a estes a **posse de estado de filho**.

A posse de estado de filho, portanto, não se estabelece com o nascimento, mas por ato de vontade de ambos lados, tendo por base a afetividade compartilhada, a qual gera direitos e deveres.

Uma vez sendo a filiação reconhecida como direito fundamental de toda pessoa humana, referido direito estaria sendo cerceado se não fosse reconhecida a filiação de origem psicológica e afetiva.

O Código Civil, no capítulo que trata do direito de família, reconhecido na doutrina como “Direito das Famílias”, é expresso no artigo no sentido de que é reconhecido o parentesco natural ou civil, provindo do vínculo sanguíneo ou outra origem:

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Hoje a legislação reconhece os diversos tipos de filiação, seja ele sanguíneo, adotivo, ou socioafetivo. Logo, a paternidade ou maternidade socioafetiva tem por base a posse de estado do filho, sendo este estabelecido no reconhecimento desta posse.

O afeto, pois, não é fruto da biologia, mas solidariedade proveniente da convivência familiar. Assim, “a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como direito a ser alcançado” (Maria Berenice Dias, 2015: p. 53).

A posse de estado de filho, que a doutrina reputa presente quando verificados três requisitos básicos (não necessariamente concomitantes) são: *tractatus*, *nomen* e *fama*. O primeiro diz respeito aos personagens da relação de paternidade socioafetiva tratarem-se mutuamente como pais e filho, demonstrando que os pais adotivos sempre colaboraram nesta qualidade, dando suporte à formação como ser humano da autora.

O segundo ocorre quando pai socioafetivo dá seu sobrenome ao filho, mesmo sem adotá-lo formalmente.

Mais do que o trato e o nome, é preciso que a relação afetiva seja de conhecimento geral, tendo o relacionamento entre pais e filho de conhecimento de toda a sociedade. A fama, pois, é a exteriorização do “estado de filiação”. É a expressão do parentesco psicológico, da filiação afetiva.

Logo, uma vez que a família é protegida de forma especial pelo Estado, por ser a própria base da sociedade, devendo o Estado cuidar para que, dentro dela, as pessoas se mantenham protegidas em sua dignidade.

Apenas como forma de ilustrar o que defendido, segue jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades. - A adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente

registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar adotivo e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 833712 RS 2006/0070609-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/05/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.06.2007 p. 347RNDJ vol. 92 p. 77)

Conclui-se, portanto, que a filiação socioafetiva é aquela que se constrói e encontra base na afetividade entre pais e filhos, indo, pois, muito além do simples fator biológico.

5. DA AFETIVIDADE

O sistema brasileiro de parentalidade vem sofrendo intensa evolução nos últimos anos. Uma vez que a própria sociedade buscou afastar os tabus e preconceitos acerca das famílias socioafetivas, não poderia o Direito deixar de adaptar-se a essa nova realidade. A

filiação, pois, decorre das relações humanas, não sendo um dado da natureza, mas da cultura humana.

Nesse sentido, tendo como base o **afeto**, o qual se denomina como cuidado e atenção voltado a uma determinada pessoa, este deve ser amplamente tutelado, pois cuida-se de dever jurídico.

No Código Civil de 1916, a afetividade, enquanto critério dependia apenas de aplicação de doutrina e jurisprudência, reconhecendo-se a posse de estado de filho e consequentemente o vínculo parental.

A paternidade responsável, princípio protegido pela Constituição Federal, artigo 226, §6º, o qual toma por base o princípio da dignidade da pessoa humana, impõe o acolhimento jurídico dos vínculos de filiação constituídos pela relação afetiva entre os envolvidos.

Mais do que isso, atendendo ao clamor da sociedade, já existem diversas decisões judiciais em que se reconhece o **laço afetivo** superior ao biológico, conforme jurisprudências que seguem:

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)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. ART. 42, § 6º, DO ECA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. 1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem". 2. A comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. 3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. 4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias. 5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias. 6. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1500999 RJ 2014/0066708-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 12/04/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/04/2016)

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente promove, além da vedação à distinção entre os filhos, o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral. Entretanto, as inúmeras ações envolvendo direitos das famílias, atualmente em trâmite no Poder Judiciário, são prova de que tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa.

Neste sentido, é possível concluir que “o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação”, mas “é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue” (Maria Berenice Dias, 2015: p. 50).

6. FAMÍLIAS SOCIOAFETIVAS E O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO AFETIVA

O Código Civil determina, no artigo 1.593, que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Isso significa que a filiação que resulta da posse de estado de filho, a qual encontra alicerce na afetividade compartilhada entre pais e filhos, se encontra na categoria de parentesco de “outra origem”. Isso porque a relação socioafetiva entre pais e filhos não existe pelo simples fato biológico, ou por autorização legal, no caso da adoção, mas pela convivência afetiva.

Importa dizer que se trata de uma adoção de fato, pois não há formalização na adoção, uma vez que não foi observado o procedimento legal para adoção, porém o caso concreto demonstra que houve o preenchimento dos elementos que caracterizam a paternidade: a oportunidade de divisão de um lar, alimentação, educação, carinho, amor, cuidado e preocupação. Trata-se, pois, da filiação das emoções.

Outro ponto a ser levantado são os casos não raros em que há a adoção sem que exista a correta formalização, passando os adotantes a tratar os adotados como se filhos fossem, conduta caracterizada em nossa sociedade como “adoção à brasileira”, muito comum há algumas décadas. Exemplo muito comum, é o companheiro de uma mulher registrar o filho dela como se seu fosse.

A adoção a brasileira, portanto, também constitui vínculo e filiação socioafetiva, pois se encontram presentes todos os requisitos necessários para o reconhecimento do estado de posse de filho, assim como a afetividade entre o adotando e o adotado.

O reconhecimento da parentalidade socioafetiva assegura, aos filhos afetivos, todos os direitos pessoais e patrimoniais decorrentes dos filhos biológicos ou adotados.

Implica dizer que ainda que haja rompimento da convivência, o vínculo da filiação não é apagado. Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO: ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.604 e 1.609 do Código Civil. 1. Ação negatória de paternidade, ajuizada em fevereiro de 2006. Recurso especial concluso ao Gabinete em 26.11.2012. 2. Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes. 3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro. 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 5. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser pai da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. 6. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. 7. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp: 1383408 RS 2012/0253314-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2014)

Não pode, portanto, o Poder Judiciário ficar atrás dos avanços sociais, o reconhecimento das pluralidades de entidades familiares e a vedação à distinção de tratamento entre os filhos havidos ou não na constância da união marital. Ignorar a existência de famílias que fogem à tradicional composição familiar “mulher-homem-filhos biológicos”, é flagrante desrespeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

Por conta das mudanças sociais, e do direito ao reconhecimento da filiação afetiva, a qual não se encontra abaixo da filiação biológica ou adotiva – uma vez não existir hierarquia entre as filiações – o Poder Judiciário tem recebido ações que têm por objetivo o reconhecimento e a **declaração de paternidade afetiva**, ou, em outras palavras, a declaração da parentalidade socioafetiva, a qual se baseia, unicamente, nos laços de afeto construídos e desenvolvidos entre os membros de uma família. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário o reconhecimento à existência dessas famílias, e, mais do que isso, proporcionar aos filhos provindos de relações afetivas, os direitos que a eles comportam.

7. CONCLUSÃO

As mudanças das estruturas política, econômica e sociais refletiram diretamente nas relações jurídico-familiares. Isso implica dizer que a proteção à família, prevista na Constituição Federal e nas leis ordinárias, deve ser estendida às diversas entidades familiares e suas particularidades.

Apesar de as codificações anteriores somente as famílias constituídas por meio do casamento recebessem proteção Estatal, a Constituição Federal de 1988 trouxe princípios gerais e especiais que conferem igual proteção aos direitos das famílias, independentemente de sua composição.

Neste diapasão, merece atenção especial as famílias socioafetivas, as quais tomam por base o vínculo afetivo, e não o biológico ou jurídico. Isto porque o que deve prevalecer é o direito à dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, assim como o direito ao desenvolvimento integral e convivência familiar, direitos estes que não estão vinculados à origem biológica da filiação, mas estão estritamente ligados à relação afetiva entre os membros de uma mesma família.

Assim, uma vez que o direito a filiação é direito personalíssimo indisponível e imprescritível, que pode ser exercido sem qualquer restrição, em face de pais ou seus herdeiros, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, ignorar a existência de vínculos afetivos e, conseqüentemente, filiação afetiva, é colocar à margem da proteção estatal pessoa de direito.

Como apontado, a filiação que resulta da posse de estado de filho, a qual encontra alicerce na afetividade compartilhada entre pais e filhos, se encontra na categoria de

parentesco de “outra origem”. Isso porque a relação socioafetiva entre pais e filhos não existe pelo simples fato biológico, ou por autorização legal, no caso da adoção, mas pela convivência afetiva.

A “filiação socioafetiva” traduz a filiação derivada da afetividade, amor e carinho, sem ser submetida a determinismos biológicos. Neste sentido, partindo da premissa de que o parentesco deixou de manter, necessariamente, correspondência com o vínculo biológico, passou-se a se relacionar com a filiação socioafetiva. Logo, o vínculo afetivo entre pais e filhos confere a estes a posse de estado de filho.

E uma vez que a própria Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, proíbe a distinção de tratamento entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, é preciso estender a interpretação do referido artigo tomado por base os princípios da solidariedade familiar, da afetividade e da proibição do retrocesso social.

Uma vez sendo a filiação reconhecida como direito fundamental de toda pessoa humana, referido direito estaria sendo cerceado se não fosse reconhecida a filiação de origem psicológica e afetiva.

Conclui-se, portanto, que a filiação socioafetiva é aquela que se constrói e encontra base na afetividade entre pais e filhos, indo, pois, muito além do simples fator biológico.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2002.

Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>> Acesso em: 06 de junho de 2018.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

LOBÔ, Paulo. Código Civil Comentado. Famílias. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

Submissão: 20.06.2018

Aprovação: 01.12.2018