

**‘FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

SHAUMA SCHIAVO SCHIMIDT

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O SENTIMENTO
CONSTITUCIONAL PARA A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA**

**MARÍLIA
2015**

SHAUMA SCHIAVO SCHIMIDT

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O SENTIMENTO
CONSTITUCIONAL PARA A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado, linha de pesquisa: Construção do saber jurídico), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior.

MARÍLIA
2015

SCHIMIDT, Shauma Schiavo.

Paternidade Socioafetiva: o Sentimento Constitucional para a Família Contemporânea / Shauma Schiavo Schimidt; orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior; Marília, SP: [s.n.], 2015.

108 f.:

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Relações familiares. 2. Afeto. 3. Paternidade Socioafetiva

CDD 342.16321

Dedico este trabalho àqueles que recebi o mais profundo amor, aos meus pais José Carlos (in memoriam) e Salete e às minhas irmãs Fernanda e Shelsea.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela dádiva da vida, pela certeza de que não estou só e que se vivo é porque Ele me amou, planejou a minha vida, sonhou todos os meus sonhos e os fez realidade.

Aos meus avós, Luiz (*in memoriam*) e Odette pelo amor incondicional e sublime que especialmente me dedicaram, por sempre cuidarem de mim com tanta devoção e carinho. Vocês tornaram o meu mundo muito mais bonito.

Ao meu Orientador e grande Mestre, Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, presença marcante nos tempos de estágio, monografia de graduação, orientador dedicado desde o início dos meus estudos, pela confiança e oportunidade de trabalhar ao seu lado.

Aos Professores do Centro Universitário Eurípides de Marília/ Univem, pela excelência do ensino, me adentraram em um mundo novo de conhecimento, reflexão, pesquisa, crescimento pessoal e profissional incalculáveis.

A todos aqueles que, de algum modo, fizeram parte desta trajetória, me acompanharam neste aprendizado e torceram pela minha realização, os meus mais sinceros agradecimentos.

Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine.
E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.
E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria.
O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não trata com leviandade, não se ensoberbece.
Não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita, não suspeita mal;
Não folga com a injustiça, mas folga com a verdade;
Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta.
O amor nunca falha; mas havendo profecias, serão aniquiladas; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, desaparecerá;
Porque, em parte, conhecemos, e em parte profetizamos;
Mas, quando vier o que é perfeito, então o que o é em parte será aniquilado.
Quando eu era menino, falava como menino, sentia como menino, discorria como menino, mas, logo que cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino.
Porque agora vemos por espelho em enigma, mas então veremos face a face; agora conheço em parte, mas então conhecerei como também sou conhecido.
Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, estes três, mas o maior destes é o amor.

1 Coríntios 13:1-13

SCHIMIDT, Shauma Schiavo. **Paternidade Socioafetiva: o Sentimento Constitucional para a Família Contemporânea.** 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a família contemporânea, sob a perspectiva de sua diversidade social, inerentes a ela aspectos afetivos, jurídicos e biológicos. Com a emergência de novos arranjos familiares sob o manto constitucional da dignidade humana é necessário reconsiderar os novos pensamentos e alinhar o Direito às novas realidades sociais. Primeiramente, toma-se como ponto de partida o modelo de família patriarcal, até chegar à pluralidade das famílias contemporâneas que invocam tutela jurídica. Outrossim, o Estado Democrático de Direito legitima a pluralidade familiar, pela introdução de valores essenciais: igualdade, solidariedade e dignidade humana. Examinam-se os modelos de família na atualidade adotando como alicerce dispositivos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema. Em se tratando de metodologia, utiliza-se o método jurídico descritivo e qualitativo. Na contemporaneidade o afeto revela sua importância como valor jurídico necessário a constituir relações de parentesco, sobretudo, é critério de estabelecimento de paternidade. Analisa-se na família constitucional, berço do afeto, o compromisso da paternidade no exercício da parentalidade responsável. A partir dessas premissas, examina-se a paternidade socioafetiva enaltecendo a sua prevalência sobre os laços biológicos, uma vez que esta é decorrência do amor, da aceitação, do compartilhamento de vidas e não da consanguinidade. Por fim, verifica-se as funções do pai socioafetivo e as consequências jurídicas advindas do seu reconhecimento. As mudanças ocorridas na sociedade e no Estado refletem diretamente no desenho da família, nesse atual estágio é imperioso reexaminar as relações de filiação e avaliar que esta relação ultrapassa os laços consanguíneos.

Palavras-chave: Relações Familiares. Afeto. Paternidade Socioafetiva.

SCHIMIDT, Shauma Schiavo. Socio-affective Paternity: the Constitutional Sense for Contemporary Family. 108 f. Thesis (Master of Law) – University Center Eurípides de Marília, Foundation Education “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

ABSTRACT

This study aims to analyze the contemporary family, from the perspective of their current social, inherent in it affective, legal and biological aspects. With the emergence of new family arrangements under the constitutional cloak of human dignity is necessary to reconsider the retrograde positions and align the law to new social realities. First, it takes as its starting point the patriarchal family model, to reach the plurality of contemporary families who invoke legal protection. Furthermore, the democratic rule of law legitimizes the plurality family by introducing core values: equality, solidarity and human dignity. Examines family models today adopting a foundation legal provisions, doctrinal and jurisprudence on the subject. In terms of methodology, it uses the descriptive and qualitative legal method. In contemporary affection reveals its importance as a legal amount required to form family relationships, above all, is paternity establishment of criteria. It analyzes the constitutional family, affection cradle, fatherhood's commitment in the exercise of responsible parenthood. From these assumptions, examines the socio-affective paternity extolling its prevalence on biological ties, since this is a result of love, acceptance, sharing of life and not of inbreeding. Finally, there is the father's socio-affective functions and the legal consequences arising from the recognition. The changes in society and the State directly reflected in the family drawing, in this current stage it is imperative to re-examine the relations of membership and evaluate this relationship goes beyond the consanguineous ties.

Key words: Family relationships. Affection. Socio-affective Paternity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – NOÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA FAMÍLIA AFETIVA	13
1.1 Evolução Histórica da Família Patriarcal	13
1.2 A Compreensão Jurídica e Social da Família na Modernidade.....	21
1.3 O Afeto no Estado Democrático de Direito.....	26
1.4 Dignidade, Solidariedade e Igualdade como Fundamentos Constitucionais da Família	33
1.4.1 A Dignidade Humana nas Relações Familiares	38
1.4.2 Igualdade nas Relações Familiares.....	42
1.4.3 Solidariedade nas Relações Familiares.....	44
CAPÍTULO 2 – FAMÍLIA.....	47
2.1 Da Legitimidade da Pluralidade Familiar.....	47
2.2 Família Tradicional/Matrimonial	53
2.3 Família Monoparental	55
2.4 Família Anaparental	57
2.5 Família Paralela	58
2.6 Família Homoafetiva	61
2.7 Família Pluriparental	63
CAPÍTULO 3 – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	66
3.1 A Família Constitucional: O Berço do Afeto	66
3.2 Paternidade/Maternidade: Um Compromisso de Amor	73
3.3 Laços Afetivos Entre Pais e Filhos: A Socioafetividade.....	78
3.4 Função da Filiação Socioafetiva e suas Consequências Jurídicas.....	89
CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

A caminhada de um novo século conduz a mudanças na sociedade e no Estado que acabam refletindo no desenho jurídico da família. Tanto a família como o próprio direito são objetos de discussões e embates. Diante de tais transformações e da mudança de racionalidade do tratamento jurídico das relações de família faz-se imprescindível percorrer a sua evolução na história.

No primeiro capítulo destaca-se a família como a célula fundamental da sociedade, dentre todas as instituições, aquela que se reveste de maior significação. A partir daí, parte-se para a evolução social da família, perquire-se a evolução da família patriarcal, o embasamento familiar que antecedeu a Constituição Federal de 1988 como um modelo rígido de casamento legal em virtude das concepções morais da época até chegar nas famílias contemporâneas. Tratar-se-á do afeto, desde os tempos mais remotos, da necessidade de estar agrupado, de se sentir acolhido e suprir as suas carências.

A partir dessas transformações é imperioso verificar que o Estado passou a despertar interesse pelas relações de família. A Constituição Federal de 1988 releva a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Seguindo essa premissa analisa-se a legitimidade das novas famílias no Estado Democrático de Direito, o que se justifica pela ressonância dos valores da igualdade, liberdade e fraternidade.

A sociedade possui caráter dinâmico e está, continuamente, sofrendo avanços e retrocessos. Sabe-se que com o decorrer do tempo, os homens evoluíram e alteraram sua forma de pensar e de se relacionar. E, e em razão disto, modificaram o seu modo de estabelecer vínculos e constituir família. Necessário tecer algumas considerações a respeito das novas famílias da atualidade, instituídas por vínculos de afetividade, cooperação e assistência mútua.

No segundo capítulo, após percorrer a evolução da família, pesquisa-se com maior detalhamento os novos arranjos familiares, correlacionando-os com o afeto. Neste compasso é preciso averiguar cada uma dessas espécies de família. Dentre elas, inicia-se com a família tradicional, heterossexual, oriunda do casamento, formada pelos cônjuges e sua prole. A família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus

descendentes. A família anaparental, substanciada na convivência entre parentes ou não, dentro de uma estrutura de identidade de interesses e vida em comum. A família recomposta, aquela criada quando há a união oficializada entre um homem e uma mulher em que ambos ou apenas um deles já tenha sido casado anteriormente e seus respectivos filhos, se houverem. E a família homoafetiva, que se caracteriza na união entre pessoas do mesmo sexo, mas realça-se de comum entre essas modalidades familiares, a afetividade presente, como mola propulsora no estabelecimento de vínculos.

No terceiro e último capítulo, finalizando, pretende-se estabelecer ao final um elo com o primeiro capítulo que tratou da família afetiva e a sua proteção constitucional e o segundo o qual esmiuçou as espécies de família a fim de que se evidencie a supremacia do afeto nas relações familiares e a sua imprescindibilidade para as relações humanas. Analisa-se o afeto no contexto das relações familiares, mas sobretudo na relação paterno-filial, bem como a sua importância como valor jurídico seu significado semântico e jurídico. Objetiva-se examinar os três os tipos de filiação: a jurídica, biológica e a socioafetiva, tendo em vista que a lei reconhece suas inúmeras formas, ainda que implicitamente.

Destarte, logo surgem questionamentos acerca do assunto: Quais são os interesses que devem preponderar nas soluções a serem dadas pelo Direito diante do conflito entre a paternidade biológica e a socioafetiva? A filiação socioafetiva pode prevalecer sobre a biológica? Até que ponto o afeto interfere nas decisões judiciais e nas soluções dos conflitos? Existe direito ao afeto? Esses são alguns dos questionamentos que serão enfrentados na presente dissertação.

O estado de filiação decorre da paternidade seja ela biológica ou afetiva. Esse vínculo atribui aos pais o poder familiar com todos os seus direitos e deveres. Ao visualizar a complexidade dessas intrínsecas relações, os conflitos de paternidade e maternidade e os interesses dos sujeitos de direito em questão, almeja-se empreender uma pesquisa sobre o direito à filiação, à paternidade jurídica, biológica e à socioafetiva.

Pelo parâmetro acima descrito é necessário analisar a mudança na conceituação de pai e de filho e o compromisso da paternidade construído na relação afetiva,

passando-se a ser dada fundamental atenção à socioafetividade que ultrapassa os laços de consanguinidade.

A filiação socioafetiva será averiguada com maior enfoque, com o objetivo de verificar a sua construção na perspectiva constitucional. No entanto, ainda não consta nos elementos normativos de forma expressa e efetiva a sua aplicação o que vem causando dúvidas e um certo temor tanto para a sociedade quanto aos aplicadores do direito.

Ao tomar a metodologia como ponto de partida, será realizado um estudo minucioso de todo o ordenamento jurídico. O método jurídico descritivo será utilizado para aprimoramento do conhecimento científico, por meio do qual será analisado o problema exposto em todos seus aspectos. A pesquisa qualitativa será empregada na identificação de dados de difícil mensuração que se entende como: sentimentos, intenções, comportamentos e motivações, apreendidos no significado que adquirem para os indivíduos. Para que o tema proposto possa ser questionado e debatido, imprescindível que se faça uma pesquisa exploratória e bibliográfica com o intuito de solucionar a problemática apresentada.

CAPÍTULO 1 - NOÇÕES HISTÓRICAS: DA FAMÍLIA AFETIVA ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A família matrimonializada do século passado foi tutelada pelo Código Civil de 1916 de preceitos discriminatórios em função do contexto social da época em que o Código havia sido constituído para reger tais relações. O percurso da evolução das relações humanas acarretou em alterações legislativas que trouxeram um novo conceito de família e o primado do afeto.

A família afetiva surge com a Constituição Federal de 1988 e esta mudança alcança a sociedade e a família no que tange ao seu regramento de acordo com a realidade social. Esse novo posicionamento alcança diretamente o núcleo familiar na regulamentação de novas concepções de família, inaugurando a igualdade entre homem e mulher e a proteção a todos os seus integrantes.

1.1 Evolução Histórica da Família Patriarcal

O homem é um ser social. Ele precisa viver em sociedade, se relacionar com outros seres humanos para sobreviver e se desenvolver plenamente. A família constitui-se como célula estruturante do indivíduo. É o primeiro núcleo em que se encontra inserido, onde o ser humano cresce e se prepara para as relações interpessoais e para a convivência social. Os laços familiares são a principal forma de relacionamento com o mundo exterior. Desde os primórdios, a família tem sido elementar para garantir a evolução e a perpetuação da espécie humana.

Viver em sociedade sempre foi uma necessidade do homem na busca pela sobrevivência. O homem carece estar agrupado a outros da mesma espécie para a sua proteção e superação dos problemas inerentes à sua condição humana. Diante desta ponderação sobre a condicionalidade da existência humana, Arendt¹ elucida que:

A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. [...] O que quer que toque a vida humana

¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p.17.

ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição da existência humana.

A família, primeira expressão humana no que se refere à organização social, vem estabelecendo uma evolução progressiva desde os tempos mais remotos até a contemporaneidade. A família por anteceder o Estado constitui-se como célula germinal da comunidade estatal². A entidade familiar existe desde o surgimento do homem ainda que de forma involuntária, natural e comporta como funções basilares a reprodução, proteção e defesa de seus integrantes. “É certo que a história da família se confunde com a história da humanidade.”³ A família pode ser considerada como um organismo jurídico ou um organismo natural. Dessa maneira, pode ser compreendida como um agrupamento que se constitui naturalmente cuja existência é juridicamente reconhecida.⁴

A família é a célula estruturante da sociedade. “Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a família se reveste de maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.”⁵ O entendimento sobre a família requer uma análise evolutiva em relação à família como instituição a que foram agregados costumes e valores morais capazes de modelar sua estrutura.

Historicamente, a família apresenta fases evolutivas que conduziram a expressivas mudanças na sociedade até os dias atuais. Hoje, ela se modifica e delinea novos contornos, se comparados com a antiguidade. Venosa⁶ corrobora que "entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteram no curso dos tempos." Em época muito remota, as pessoas se agrupavam para garantir a sobrevivência e a perpetuação da espécie, além disso, buscava-se o fortalecimento e proteção das intempéries climáticas. Nesse sentido, Arendt⁷ pondera:

² MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997. p. 24.

³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 17.

⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. v.5. Rio de Janeiro: ed. forense, 2005, p. 23.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil - direito de família**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 459.

⁷ ARENDT, Op. cit., p. 41.

O que distinguia a esfera familiar era que nela os homens viviam juntos por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências. E a vida, para sua manutenção individual e sobrevivência como vida da espécie, requer a companhia de outros. O fato de que a manutenção individual fosse a tarefa do homem e a sobrevivência da espécie fosse a tarefa da mulher era tido como óbvio; e ambas estas funções naturais, o labor do homem no suprimento de alimentos e o labor da mulher no parto, eram sujeitas a mesma premência da vida. Portanto, a comunidade natural do lar decorria da necessidade: era a necessidade que reinava sobre todas as atividades exercidas no lar.

Em toda a trajetória muitos foram os motivos que uniram a família, a busca pela sobrevivência era um deles. Entretanto, o ato religioso e as crenças passaram a unila. Segundo Fustel de Coulanges⁸ na alusão aos antepassados, notava-se um altar em cada lar, pois acreditava-se na oferenda aos mortos e aos deuses. A família romana reunia-se nesses espaços diuturnamente para oração, ofertando preces de agradecimento. Diante dessa assertiva, o aspecto religioso modificou a família em um corpo.

Mormente, as relações tendem a se individualizar. Com o fortalecimento dos laços, cada um procura formar sua própria família com a finalidade de construir patrimônio. As pessoas deixaram de conviver em grupos, organizando-se em núcleos menores. No que tange à evolução da família, Noé de Medeiros⁹ tece algumas considerações sobre o patriarcado:

Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em *hordas promíscuas*, unindo-se ao outro sexo sem vínculos civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe.

Nesse momento histórico, destaca-se a ausência de laços afetivos entre os membros de uma família. Airés¹⁰ destaca:

Essa família antiga tinha por missão - sentida por todos - a conservação dos bens, a prática comum de um ofício, a ajuda mútua cotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher

⁸ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 47.

⁹ MEDEIROS, Noé. Op. cit., p. 31.

¹⁰ ARIÉS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978. p. 10.

isolados não podiam sobreviver, e ainda nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. [...] o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor.

O que levava as pessoas a constituir família era o desejo de conservar os bens e a necessidade de procriação para conservá-los. A imagem masculina do pai era retratada como autoridade, homem forte protegendo os seus descendentes, “o pai é além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos avós, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside no pai.”¹¹

Como se observa, a família patriarcal se organizava em torno da figura masculina. Reinava o autoritarismo, existia uma concentração de poder e quem o detinha era a figura do *pater*¹². Esse poder que o *pater familia* exercia sobre os demais membros da família é o denominado *patria potestas* ou pátrio poder, reconhecido por Assis¹³, nos termos:

O direito do poder que temos sobre nossos filhos é próprio dos cidadãos romanos, porque não há outros homens que tenham sobre os filhos poder como nós temos. Portanto, aquele que nasceu de ti e de tua mulher dele, isto é, teu neto ou neta e também o bisneto e a bisneta e assim os demais.

Ao considerar a família patriarcal, fica evidente que o afeto não foi um elemento a ser considerado, porém a autoridade perante a mulher e os filhos tornou-se fundamento.¹⁴ A família centrava-se em uma unidade econômica, religiosa, política. A mulher como não tinha capacidade jurídica era impossibilitada de possuir bens, sendo assim totalmente dependente do marido. A ela cabia apenas a realização dos afazeres domésticos.

Com a influência do cristianismo as uniões livres passam a ser censuradas e o casamento é cercado de solenidades a fim de sacramentá-lo perante autoridades

¹¹ COULANGES, Op. cit., p. 36.

¹² *Pater familias* era o mais elevado estatuto familiar (*status familiae*) na Roma Antiga, sempre uma posição masculina. O termo Latim significa, literalmente, “pai da família”. O termo *pater* se refere a um território ou jurisdição governado por um patriarca. O uso do termo no sentido de orientação masculina da organização social aparece pela primeira vez entre os hebreus no século IV para qualificar o líder de uma sociedade judaica; o termo seria originário do grego helenístico para denominar um líder de comunidade.

¹³ ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lumen Editora, 2002, p. 433

¹⁴ COULANGES, Op. cit., p. 36

religiosas. A Igreja desempenha relevante papel, impondo vários dogmas. Pereira¹⁵ menciona que o casamento sofreu alteração em sua essência, visto que o cristianismo o elevou a sacramento:

[...] O homem e a mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel. O sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes, somente a morte separaria a união indissolúvel entre um homem e uma mulher, simbolizada através da troca de alianças.

No curso das relações humanas o homem elege as relações individuais e monogâmicas que consolidam o poder paterno em benefício da prole. Venosa¹⁶ acrescenta que a formação do patrimônio começa com a aquisição de bens e a preocupação com a sua transmissão, impõe a necessidade de se ter certeza sobre a filiação.

Com o fortalecimento da família patriarcal esta passou a ser considerada instituição e como tal merecia a tutela estatal. Na verdade, não pontualmente para proteger os indivíduos, mas o grupo, conservando a ideia de obediência e certo temor aos pais como ícone de respeito e ao irmão mais velho; seguindo a hierarquização de uma família patriarcal.

A base do modelo familiar patriarcal tem início em uma sociedade conservadora. A família tinha como prerrogativa o matrimônio, visto que voltada unicamente ao casamento, inadmitindo qualquer outra forma de constituição familiar. Ela seguia os moldes patriarcais, era hierarquizada, verticalizada, com a figura do homem gerindo a unidade de produção e patrimonializada, porquanto seus membros correspondiam à força de trabalho, cujo fim era a formação e a perpetuação do patrimônio. Essa família de outrora, representava os valores presentes na sociedade de seu tempo, quais sejam, casamento, patrimônio e hierarquia masculina.

A chefia da família pertencia ao marido, a esposa e os filhos possuíam posição inferior, pois a vontade da família se traduzia na vontade do homem que se transformava na vontade da entidade familiar. Estes são os poderes da família matrimonializada. Os filhos, aqueles ditos ilegítimos, não possuíam espaço e reconhecimento nessa família tipificada, somente os legítimos é que faziam parte

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 12.

¹⁶ VENOSA, Op. cit., p. 3.

daquela unidade familiar de proteção. Nesse período, a indissolubilidade do casamento era regra. E quando alguém manifestava o desejo de desmanchar esse matrimônio que não havia dado certo, a única saída era o desquite que colocava um fim a comunhão de vidas, mas não ao vínculo jurídico.¹⁷

Em face desse perfil conservador de família, sob o enfoque que lhe era dado pelo Código Civil de 1916, a desigualdade e o machismo eram latentes, uma vez que era permitida a anulação do casamento por defloração da mulher, na hipótese de ignorância pelo marido. Além disso, entendia-se que apenas o marido poderia exigir o cumprimento da prestação sexual, nunca a esposa. Em verdade, pouco importava a realização e a felicidade dos membros da família. A sua dignidade era um dado secundário.

No início do século passado, o conceito de família que imperava era aquele elaborado por Beviláqua¹⁸ “a associação do homem e da mulher em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidados pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito.”

Apresentadas essas tipologias, já é possível qualificar o modelo de família imposto pelo Código Civil de 1916, conforme a transcrição de Tepedino¹⁹:

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.

O que, de fato, tinha relevância era manter as aparências e a superficial paz doméstica, com a união formal da família, ainda que em detrimento da concretização subjetiva de cada um dos seus integrantes, principalmente a figura da mulher. A família era concebida como um fim em si mesma e, aquele modelo fechado era o único adequado. Logo, assim teria que ser a sua estabilidade a qualquer preço,

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 18.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 87.

independentemente do sacrifício pessoal de cada um. Seguindo essa premissa, a subordinação e o sofrimento da mulher seriam compensados com uma estima de maior importância: a manutenção do vínculo familiar perante a sociedade da época.

Importante salientar que a afetividade na família patriarcal tem suas peculiaridades, ele encontra suas raízes no modelo romano. Como preconiza Carbonera²⁰:

A *affectio*, no modelo de família patriarcal, tinha sua existência presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida. Desta forma, o casamento já trazia consigo a *affectio maritalis*, justificando previamente a necessidade de continuidade da relação. Não se questionava tal elemento, uma vez que ele fazia parte da estrutura do matrimônio. [...] O compromisso de manter a vida em comum não revela necessariamente, a existência de afeto. A continuidade da relação podia ser motivada por outros elementos como, por exemplo, a impossibilidade de dissolução de vínculo: neste caso a *affectio* presumida se fazia presente. A noção de afeto [...] representa uma forma de se dar visibilidade às relações de família, uma vez que é em sua função que elas se formam e se desfazem.

Já foi o tempo em que havia somente o modelo de família patriarcal, aquela tradicional composta pelo varão, sustentáculo econômico e moral da família, a varoa, reflexo de candura e dedicação integral da sua prole e aos filhos cabia, tão somente, cumprir as ordens do pai. Transformações sociais e a inclusão de novos valores refletiram no desenho da família. Esse modelo institucionalizado e tradicionalista começou a perder forças com a Revolução Industrial que teve início na Inglaterra em meados do século XVIII e expandiu-se pelo mundo no século XIX. A inserção das máquinas provocou a desagregação do trabalho familiar e começa com a ruína da diferença de papéis entre homem e mulher.²¹

O trabalho predominantemente artesanal não teve vigor para a concorrência da produção maquinária. A crescente necessidade de mão de obra para esta nova demanda converte a atribuição da mulher que deixa sua ordem doméstica para o ingresso ao mercado de trabalho, deixando o homem de ser único provedor do lar e isso confere à mulher uma posição de igualdade e equivalência ao homem no ambiente familiar. A estreia da mulher no mercado de trabalho e a sua conseqüente saída do trabalho

²⁰ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Rio de Janeiro:Renovar, 1998. p. 247.

²¹ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 184.

doméstico foi o limiar de um caminho a ser trilhado e isto leva a família a um processo de repersonalização.²²

A transição da família reafirma a sua nova feição. Ela passou a ser um núcleo predisposto a promover o desenvolvimento dos seus membros e como não poderia deixar de ser, a sua estrutura mudou. Surgiu um novo modelo de família com o desenvolvimento de valores morais, afetivos e de assistência recíproca entre seus membros. Marido e mulher passam a ter o mesmo papel na sociedade conjugal, dirigida e mantida por ambos.

Engels²³ ao analisar a sociedade de sua época afirma que após duas guerras mundiais, a mulher assume um novo papel, começa a ter acesso ao mercado de trabalho, diminuindo, progressivamente o patriarcalismo existente nas famílias. Para Bittar²⁴, “a sociedade patriarcal deu lugar a uma sociedade complexa e integrativa, em que mulher e jovens participam decisivamente de todo seu contexto”.

É certo que a família se modifica consoante a transformação da sociedade. Sobretudo, ideais modificam a forma de agir e de pensar das pessoas. A família, por se tratar de um agrupamento cultural, não é imutável no tempo. O casamento ao longo dos séculos passados era em geral, desprovido de afeto, eminentemente patrimonial. No entanto, o sentimento começa a despontar, as pessoas passaram a se casar por amor, não somente por convenções sociais. A partir daí, a família foi deixando de ser basicamente uma unidade econômica e reprodutiva e, a afetividade se consolida como um valor jurídico.

A preferência e a escolha que unem gerações em todos os tempos são de pertencer a uma família, na constituição de laços que se intensificam e se enraízam na medida em que ela se torna mais autêntica e verdadeira, no aprofundamento de valores na busca de proteção e bem estar do indivíduo.

O álbum de família moderno se transforma com grande velocidade. Depara-se com relações muito delicadas e situações nunca antes imaginadas; é sinônimo da complexidade das relações humanas. As conflagrações silenciosas da família com novos

²² NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23.

²³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: ed. Centauro, 2002, p. 87.

²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 66.

arranjos em curso são o reflexo da expansão no mercado de trabalho da era globalizada e de uma organização jurídica direcionada para a proteção do indivíduo. O amor e a autonomia de vontade tem sido fonte de ampliação de horizontes. A legenda da família na atualidade é cada vez mais complexa. Para tentar explicar este novo contexto, analisa-se as relações familiares intrínsecas ao novo tempo.

1.2 A Compreensão Jurídica e Social da Família na Modernidade

Para a formação da personalidade humana é inegável a influência do ambiente social e a família, indubitavelmente, é a mais relevante pela sua magnitude. É na família que se garante o provimento das crianças. É ela que acalenta e proporciona as condições necessárias para atravessar os primeiros obstáculos da vida, para que na idade adulta possam exercer atividades produtivas, sejam cidadãos conscientes de uma moral e valores compatíveis com a sociedade em que vivem. Certamente é o núcleo no qual a pessoa humana encontra no seu âmago o amparo irrestrito.

A entidade familiar se modifica no decorrer da história do homem e é diversificada na ocorrência de mudanças sociais. A família patriarcal, a qual a legislação tomou como modelo, começou a sofrer alterações ao longo do século XX, até por independência das mulheres cada vez mais se impondo diante da família, como também pela ressonância dos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988. Nos tempos modernos, as pessoas manifestam o desejo de constituir uma família, em razão de um sentimento de amor, união, para estabelecer uma vida em conjunto. Dessa maneira se fez a reconstrução da família patriarcal e foi então que o afeto avigora-se como um valor jurídico.

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, grande relevância. Parte-se de sua estrutura patriarcal, legitimadora do exercício do pátrio poder sobre a mulher e os filhos. A Igreja e o Estado deixaram suas marcas na sociedade e na família dos dias de hoje, mantendo sua preponderância na história, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pelo compartilhamento e comunhão de vida.

A família, na modernidade, encontra sua identidade na solidariedade como um dos fundamentos da afetividade. Após o triunfante individualismo dos dois últimos séculos que predominou no mundo antigo, visualiza-se com clareza o contraste da

sociedade antiga em que seu cerne era a família, ao passo que na sociedade moderna é o indivíduo. Acerca desta mudança de paradigma, Lôbo²⁵ pondera que:

A consideração da socioafetividade como categoria jurídica e a consequente pluralidade de verdades reais da filiação e de entidades familiares têm marcado a evolução do direito de família contemporâneo no Brasil. As flutuações de entendimento e a viva controvérsia existente tanto na doutrina jurídica quanto na jurisprudência dos tribunais refletem o impacto dessa ainda novidade. É comum no direito que as categorias se afirmem com avanços e recuos. No estágio em que nos encontramos, na primeira década do século XXI, emerge sua crescente conformação como fato jurídico, e não apenas como fato social.

A família vem sofrendo expressivas mudanças, sobretudo após o advento do Estado Social. O Estado Social é o corolário do compromisso histórico entre os detentores do capital e a classe trabalhadora, como resposta a uma dolorosa história recente de guerras, lutas sociais e crises econômicas. O Estado de Bem-Estar ou Estado Social pode ser definido como o modelo de Estado que tem por escopo a garantia das condições mínimas de alimentação, educação, saúde e habitação que devem ser asseguradas a todos os cidadãos não como benesse estatal, mas como direito político inerente ao ser cidadão.²⁶

O Estado passou a despertar interesse pelas relações de família em suas múltiplas facetas. A Constituição Federal de 1988 aclama a família como base da sociedade a ela conferindo proteção especial do Estado. A tutela constitucional ampliou os interesses protegidos, definiu modelos, mas que nem sempre acompanharam a célere evolução social que engendra novos valores e tendências consolidadas a despeito da lei. Essa família da contemporaneidade parte de premissas básicas, de conteúdo substancialmente mutante conforme as vicissitudes históricas, culturais e políticas.

Igualdade, liberdade, solidariedade e afetividade: sem elas, é impossível compreendê-la. A família se sustenta em um fundamento que corresponde a sua função atual, a afetividade. Ante o descrito, onde houver afeto estará uma família com características próprias que lhe tornam única, unida por laços de afetividade, responsabilidade, consolidada na simetria e na colaboração. A família que existe hoje

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. Magister Editora. vol. 5, 2008, p. 5.

²⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. vol. I/II, 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 416.

começa a ser uma nova classe de família, nem sempre composta por pai, mãe e irmãos. Instituídas pelo contexto social que muitas famílias vivem hoje, por uma lacuna de sentimentos de pais que trabalham fora o dia todo, mães que nunca estão presentes, ou pela ausência de ambos.

As tendências inovadoras que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a apreensão tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna requer um modelo familiar mais democrático, descentralizado, igualitário e, até mesmo, desmatrimonializado. A finalidade precípua da família passa a ser a solidariedade social ao alcance do progresso humano, regido pelo afeto como estímulo propulsor.

Agora não mais considerada uma instituição com fim em si mesma, a família ostenta caráter instrumental, alçado a meio de promoção da pessoa humana. Nesse diapasão, para Farias e Rosenvald²⁷:

Os membros de uma família passam a viver em espírito de solidariedade e cooperação, buscando auxílio recíproco, promovendo a realização pessoal daqueles com quem dividem o espaço mais íntimo e privado. Nessa nova ótica de interação, a família estruturada sob a orientação afetiva encontra ambiente favorável ao desenvolvimento de potencialidades, à formação integral da pessoa, uma vez que, construída sobre o cuidado, o respeito, o afeto e o amor – palavras semanticamente próximas – passam a merecer especial conteúdo valorativo na perspectiva da família constitucionalizada deste novo milênio.

A partir daí, nota-se que as relações familiares se tornaram muito mais verdadeiras uma vez que são construídas e não impostas. O ser uma família, finalmente supera o ter. O afeto se torna um elemento propagador da convivência familiar e o relacionamento entre os membros de uma família ganha uma nova roupagem. O convívio passa a ser mais harmônico, democrático e plural por oportunizar ao indivíduo a sua realização particular. A Constituição Federal exaltou a dignidade da pessoa humana como supraprincípio, principalmente por ter alçado na família moderna a mais sublime forma de propagação, pois em suas entranhas o indivíduo cresce e adquire as condições suficientes para a vida em sociedade.

A família contemporânea já não pode ser concebida como um fim em si mesmo. Aquele modelo fechado era a única possibilidade, antes do advento da

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 6.

Constituição de 1988. A entidade familiar deve funcionar como o exercício de um instrumento de afetividade e de realização da pessoa humana. O ser humano, como um ser social, deve ser considerado em seu aspecto individual que merece proteção do Estado, como também em sua exteriorização social por ser a família o primeiro e mais privilegiado núcleo de interação com o mundo exterior.

Isso posto, atendendo aos parâmetros ético-jurídicos imiscuídos na Constituição Federal impõe-se um novo tratamento jurídico aos arranjos familiares emanados no seio da sociedade que constituem a família contemporânea, plural e funcional que deve ser amparada na medida em que é capaz de proporcionar uma boa vivência e dignidade aos seus membros.

A esse respeito é precisa a lição trazida por Santos²⁸ sobre a mútua assistência e busca da felicidade daqueles que se unem, que merece ser transcrita:

Concluimos que a finalidade essencial de todos aqueles que se casam é a realização pessoal, sendo a mútua assistência o principal instrumento para que os cônjuges atinjam esse fim ou objetivo primordial. Isso porque os seres humanos, originalmente limitados, buscam no casamento a superação de suas deficiências, para que se realizem e alcancem a felicidade, o que depende de uma conduta de mútuo auxílio e respeito, a qual é imposta, juridicamente, pelo dever recíproco de assistência imaterial entre os cônjuges. Como enfatizam Jorge Adolfo Mazzinghi, doutrinador argentino, e Puig Peña, autor espanhol, o matrimônio complementa a limitação da pessoa humana, que procura a própria perfeição e a perfeição do cônjuge, na busca da mútua realização, razão pela qual os consortes devem observar uma conduta de satisfação recíproca, própria de duas pessoas que se amam.

Subentende-se que sentimentos sucessivos da afetividade, amor, carinho, compreensão, passam a estar presentes na entidade familiar. Logo, respeitar e amar são verbos conjugados incessantemente na família, ou melhor, são seus principais valores. Para Aranha²⁹ o amor e pode-se dizer o afeto em suas várias formas é visto “como identificação entre dois seres e a troca recíproca entre seres individuais e autônomos. Dentro desta última perspectiva, a troca recíproca, emotivamente controlada, de atenções e cuidados tem por finalidade o bem do outro como se fosse o próprio.”

A excelência da instituição familiar e da vida em conjunto como pilares de sustentação não pode ser contestada. Porém, não há como ignorar as mudanças que vem

²⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62.

²⁹ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Temas de filosofia**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1998, p.143.

ocorrendo na sociedade e em seu processo de evolução cria novos agentes, novas relações e conseqüentemente surgem outros conflitos. Destaca-se a convivência das pessoas sem vínculo consanguíneo, mas de afinidade, como todas aquelas que frequentam e se relacionam em um ambiente familiar, em sua territorialidade ou extraterritorialidade, mas de vivência e compartilhamentos comuns. As uniões livres e o casamento legalmente instituído sucedem novos modelos familiares que decorrem da instabilidade e da efemeridade dos primeiros.

O que se apresenta como o melhor modelo de família em determinado tempo, já não ocupa a mesma posição privilegiada logo depois, em tempo ainda próximo. Apenas uma coisa é certa e não parece mudar: a preferência das pessoas pela vida em família seja de que molde ou tipo se constitua. Nesse sentido, é o que afirma Dias³⁰:

Há, sim, uma imortalização na ideia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade: a atávica necessidade de que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este *locus* que se renova sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. Na ideia de família o que mais importa, a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo, é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

A família é valor constitucionalmente assegurado nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos preceitos constitucionais, especialmente a dignidade humana. Mesmo que diversas possam ser as suas modalidades de organização é finalizada ao desenvolvimento e promoção daqueles que a ela pertencem. O mérito de tutela da família não reside exclusivamente na evidência das relações de sangue mas, sobretudo, na fragilidade das relações afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.

Casamento, sexo e reprodução foram elementos estruturadores da família tradicional, servindo de protótipo para a sua organização jurídica. No entanto, não mais é necessário ato sexual para a concepção e o casamento deixou de ser o único meio

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª edição. Belo Horizonte; Del Rey, 2003, p. 57.

legitimador das relações de família. Desse modo, ao se dissociar esses elementos impõe que se reveja o conceito de família. Seguramente, não se pode afirmar que a família sofreu um processo de desagregação, permanece irretorquível a premissa de que a família é o que sempre foi e continuará: a célula basilar da sociedade, o ponto de partida a proporcionar o desenvolvimento das outras relações sociais em que o ser humano está inserido.

Depara-se com uma nova realidade: a família atual é um mosaico composto de forma harmoniosa, a retratar a complexidade das relações sociais. Não mais se concebe a família como estrutura única, engessada pelos sagrados laços do matrimônio. Também ela não mais se caracteriza pela presença de um homem, uma mulher e sua prole. Nem sequer necessita haver parentesco em linha reta entre seus integrantes ou diversidade de sexo entre seus partícipes para caracterizar uma entidade familiar.

O traço principal que a identifica é o vínculo de afetividade. Onde houver envolvimento de vidas, com mútuo comprometimento, formando uma estruturação psíquica, isto é, onde houver afeto é imperioso reconhecer que se está no âmbito de proteção do Direito de Família. Para assegurar a existência de múltiplas famílias analisa-se a legitimidade da pluralidade familiar no Estado Democrático de Direito.

1.3 O afeto no Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República de 1988, em seu artigo inaugural, batizada de Constituição Cidadã, tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico. Enquanto razão primária, o Estado Democrático de Direito adquire densidade normativa ante as atuais tendências no Direito Constitucional. Essa valoração dos princípios denota a passagem do positivismo para o pós-positivismo, possibilitando um maior exercício quanto à defesa e efetivação dos direitos fundamentais.

Alexy³¹ visualiza os direitos fundamentais como estrutura primordial de qualquer constituição de um Estado de Direito. A sua teoria dos direitos fundamentais

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 169.

surgiu no pós-positivismo e sua concepção permitiu que os direitos fundamentais fossem constitucionalizados na forma de princípios, ocupando o topo da pirâmide normativa com a máxima normatividade.

No pós-positivismo pretende-se a aproximação da ética com o Direito por meio de um conjugado de premissas que se inovam, sem excluir a legalidade dando-lhe, contudo, uma nova aplicação bem como o retorno dos preceitos jusnaturalistas. Para Alexy³²:

Um sistema desprovido de pretensão à correção não possa ser considerado sistema jurídico, e que na prática os sistemas jurídicos a formulam. Que os elementos outrora descritos (legalidade em conformidade com o ordenamento, eficácia social e a correção material) referem-se além da constituição, às normas postas em conformidade com essa constituição, existindo uma estrutura escalonada, excluindo-se normas extremamente injustas da seara do direito. E por fim, que incorpora-se ao direito o procedimento de sua aplicação, pois tudo aquilo em que se apoia ou que tem que se apoiar alguém que aplica o direito almejando sua correção o direito abarca. Ou seja, que princípios não identificados como jurídicos sobre as bases da validade de uma constituição bem como demais argumentos normativos fundamentadores de decisões pertenceriam ao direito.

Alexy aproxima o Direito da moral na aplicação justa do Direito na coligação de princípios e da argumentação jurídica. Em sua teoria da argumentação jurídica com a contenção da moral em conjunto com normas e princípios, na aplicação racional do Direito são capazes de ofertar a melhor decisão para o caso em concreto.

Ao percorrer os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania, a dignidade humana e o pluralismo jurídico se entrelaçam e admitem a concepção de um conceito plural de família, assentada em um núcleo central de afetividade. Ao traçar esse panorama, percorrem-se os caminhos dos próprios fundamentos do Estado Democrático, cujas matrizes são os direitos à liberdade e igualdade.

Com o pluralismo político garante-se a coexistência pacífica de várias opiniões e ideias com o respeito por cada uma delas. O pluralismo político, como base no Estado Democrático de Direito, assinala o reconhecimento de que a sociedade é formada por vários grupos, por conseguinte composta pela multiplicidade de vários centros de poder em diferentes setores. O pluralismo político deve assegurar os valores de uma sociedade pluralista. Isso quer dizer, a livre formação de correntes políticas, econômicas, sociais e

³² Ibidem, p. 126.

culturais, permitindo a representação e a afirmação dos diversos grupos existentes em diferentes segmentos. Seguindo esta premissa, pode se falar em pluralismo social ao permitir a livre associação e constituição familiar como premissa fundamental.

Modernamente a família brasileira se revela na sua pluralidade, a entidade familiar vem se transformando continuamente, consoante a evolução da sociedade. O pluralismo político, fundamento do Estado Democrático de Direito assume papel primordial no reconhecimento e na legitimidade das novas formas de família. Confirmando esse novo cenário, ganha espaços as famílias recompostas, uniões consensuais e famílias mantidas por mulheres. Definitivamente, a família na era moderna ganha uma nova roupagem é o afeto que desponta como elemento identificador dessas novas famílias.

Lôbo³³ assinala o que já se sabia, mas que se encontrava na penumbra da ilegalidade ou desconsideração pelo direito:

A Constituição de 1988 abriu as comportas, permitindo a inclusão das demais entidades familiares, represadas pela exclusividade que o direito atribuía à família matrimonial. A pluralidade familiar, de lá para cá, cresceu e o direito ainda tem muita tarefa de adaptação pela frente.

O entendimento da família, do ponto de vista axiológico, que parece ser mais condizente com a razão pela qual se ampliam consideravelmente as alternativas disponíveis das pessoas que pretendem constituir uma família viabiliza-se na eleição do modelo que lhes pareça mais adequado aos seus propósitos pessoais e existenciais, sem qualquer tipo de interferência externa.

Da mesma forma a cidadania significa não apenas a titularidade de direitos políticos como, também, civis. Ela qualifica os indivíduos como integrantes da sociedade estatal. A concepção moderna de cidadania está, intimamente, vinculada à noção de direitos humanos e assim fala-se em direitos de cidadania e num Estado Democrático de Direito deve predominar o interesse em concretizar os direitos humanos.³⁴

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**. In Carlos Alberto Bittar (coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63.

³⁴ CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. 3ª ed. Ijuí: Ed. Unijui, 2002, p.160.

Na visão de Dagnino³⁵ a qualificação do sujeito em tornar-se cidadão:

[...] aponta para a ampliação do alcance da nova cidadania, cujo significado está longe de ficar limitado à aquisição formal e legal de um conjunto de direitos e, portanto, ao sistema político-jurídico. A nova cidadania é um projeto para uma nova sociabilidade: não somente a incorporação no sistema político em sentido estrito, mas um formato mais igualitário de relações sociais em todos os níveis, inclusive novas regras para viver em sociedade.

Entretanto, frente às tensões dialéticas da modernidade para prevalecer as garantias da cidadania e dos direitos humanos com vistas a uma política de igualdade e de inserção dessas novas famílias no contexto social, independente dos vínculos ou subordinações ao modelo de família legal, deve-se buscar a essência do próprio conceito de Estado Democrático Social de Direito, e não apenas prescrições estabelecidas num corpo legislativo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana transformou-se em valor supremo, visto que declarado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Esse é o entendimento de Dias³⁶ ao anotar que o princípio da dignidade da pessoa humana “é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal”.

No mesmo sentido, seguem os ensinamentos de Sarlet³⁷ a preceituar que:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui uma norma jurídica positivada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.

Pode-se afirmar, segundo Bonavides³⁸ que “as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas

³⁵ DAGNINO, Evelina. **Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, p. 88.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.59.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237.

constitucionais.” A partir do momento em que o ser humano passou a ser declarado como valor supremo de uma sociedade, consagra-se o princípio da dignidade da pessoa humana como condições e prerrogativas garantidas aos seres humanos, pelo Estado e pela sociedade para que eles possam desfrutar de uma vida saudável, criando assim, direitos e obrigações.

Diante dessas considerações, fundamenta Reale³⁹ acerca da grandeza da dignidade humana:

Toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista como simples momento de um ser transpessoal ou peça de um gigantesco mecanismo, que sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo monstro frio: coletividade, espécie, nação, classe, raça, ideia, espírito universal, ou consciência coletiva.

Com efeito, ao percorrer os fundamentos do Estado Democrático de Direito verifica-se a consagração da pluralidade familiar, uma vez que o Direito não pode abster-se diante dessa realidade tão evidente. Mais do que isso, legitima-se o afeto como valor jurídico e elemento primordial na identificação das novas famílias.

Com a evolução dos tempos e o progresso da sociedade, deu-se origem a novos costumes, assim como novos valores e em consequência tais mudanças influenciaram e requereram novas interpretações e transformações jurídicas e sociais, sobretudo nas relações familiares. O convívio de uma entidade familiar passou a constituir laços, calcando sua relação na afetividade, especialmente com a evolução do mercado de trabalho e com a passagem das famílias para o meio urbano.⁴⁰ A transformação da família levou Levy⁴¹ a assentar que:

O século XX foi palco de uma grande transformação ocorrida na seara familiar. A família deixa de ser um núcleo chefiado pelo “cônjuge-

³⁹ REALE, Miguel. **Pluralismo e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73.

⁴⁰ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 284.

⁴¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

varão” auxiliado pelo “cônjuge–varoa”, de cunho patrimonialista, e assume um novo perfil igualitário baseado nos laços afetivos. A mulher e a criança ascendem socialmente e juridicamente, tornam-se focos de atenções e leis aparadoras de seus direitos.

No Estado Democrático de Direito a análise da concepção familiar sob o enfoque da inclusão denota-se que as relações jurídicas privadas perderam o caráter estritamente privado e conseguem incluir-se em um contexto mais abrangente de relações a serem experimentadas e vivenciadas. O novo perfil desta família igualitária com a aproximação dos membros dessa entidade familiar permitiu a criação de mais vínculos, os quais passaram a ser mais duradouros e essenciais para a vida do ser humano, porquanto os relacionamentos tanto paterno-filiais como matrimoniais passaram a ter como base a afetividade.

O afeto, nada mais é que o sentimento inerente à vida dos seres humanos. É a troca recíproca entre os sujeitos de cuidados e de atenção, buscando apenas o bem da outra pessoa, ou seja, é a forma de expressar e externalizar sentimentos e emoções.⁴² A afetividade é a liberdade de um indivíduo afeiçoar-se a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade que o Estado deve assegurar, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum.⁴³

Barros⁴⁴ elucida que a liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição Brasileira de 1988, senão vejamos:

A liberdade de afeiçoar-se um a outro é muito semelhante à liberdade de contratar um com outro. Daí, não raro, confundir-se afeição com contrato, ensejando a patrimonialização contratual do afeto. Não se deve reduzir o afeto ao contrato para o fim imediato e ora até exclusivo de reduzir e impor às "partes contratantes" efeitos patrimoniais, às vezes nem sequer desejados por ambas. Mas a analogia entre afeição e contrato serve para um fim justo: mostrar que, como a liberdade de contratar, também a liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição Brasileira de 1988, cujo § 2º do art. 5º não exclui direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios por ela adotados. É o que ocorre com a liberdade de contrato e a liberdade de afeto.

⁴² ROSSOT, Rafael Bucco. **O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da afetividade**. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister, n.º 9, abr./maio 2009, p. 08.

⁴³ BARROS, Sergio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>. Acesso em 05/02/14. Acesso em: 08 out. 2014.

⁴⁴ BARROS, Sergio Resende de. *Ibidem*.

A dignidade da pessoa humana recebeu posição ativa nas constituições democráticas. Toda a ordem jurídica deve ter seu cerne na pessoa, em detrimento do patrimônio. A família, afinal, é lugar privilegiado que se propicia a realização da pessoa, uma vez que é nela que se inicia e se desenvolve todo o processo de formação da personalidade do ser humano. A família deixou, portanto, de ser um núcleo econômico e eminentemente reprodutivo, para ser o espaço do amor e do afeto.

Conforme disposto Nogueira⁴⁵ dispõe:

O afeto ocupa o lugar central nos amorosos, trançando cidadania, como ingrediente para a compreensão do outro, vitamina para o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos, antídoto contra os efeitos mais perversos e nocivos dos conflitos, tinta para o planejamento do futuro compartilhado e, no crepúsculo da relação, se ele não foi suficiente ou se findou, reveste-se como derradeira gota de expressão de respeito para um desenlace digno e saudável.

Neste atual estágio é prescrito perquirir um Direito das Famílias mais adequado às novas realidades sociais de convivência humana e buscar uma estrutura familiar mais autêntica e verdadeira, que não seja impregnada do formalismo das convenções sociais, mas regada pela afeição, igualdade e solidariedade. O Direito deve apenas concretizar a realidade fática sob pena de restringir-se a um mero tecnicismo formal. É um grande marco o fato de que as constituições democráticas atuais reconhecem as diversas formas de famílias, das tradicionais às mais diferentes formas de constituição familiar.

A liberdade afetiva é inerente ao relacionamento social. A sua negativa ou tolhimento fora do bem comum importam na desconfiguração do Estado Democrático de Direito e das suas liberdades fundamentais. Denegar essa liberdade, ainda que não de maneira expressa é renunciar ao regime e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito estabelecidos pelo art. 1º da Constituição. É a negação da Constituição Federal desde o princípio. Incontestável, pois, que o direito ao afeto, é uma liberdade individual implícita na Constituição.

⁴⁵ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 66.

1.4 Dignidade, Solidariedade e Igualdade como Fundamentos Constitucionais da Família

A Constituição Federal representa uma infindável sequência de escolhas as quais enseja perquirição se deve ser abalizada textualmente, como uma intenção, uma ordem de deduções estruturais ou uma série de premissas políticas e morais. A Constituição de 1988 desvela-se em valores de solidariedade e igualdade, referendando um novo Direito de Família.

O art. 226, *caput*, do texto constitucional, ao instituir que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, certifica a supremacia do núcleo familiar para a formação e desenvolvimento da sociedade. O modelo unitário da família patriarcal foi expandido para modelos plurais de família que não se exaurem no rol constitucionalmente previsto. Sem família não há sociedade, nem organização social, daí a especial proteção que o Estado deve conceder às famílias, não mais alçada à instituição independente, mas aclamada em razão da tutela da pessoa humana, independentemente do molde escolhido ou existente.

A entidade familiar passou a ser o meio de concretização das potencialidades de seus membros e, a efetividade das normas constitucionais implica na defesa dos organismos sociais e familiares, que cumpram esse papel maior. Destarte, com o advento da Constituição Federal de 1988, a família ocupa, finalmente, o verdadeiro lugar que lhe é devido no ordenamento jurídico. Primeiramente, cuida-se de uma correção de rumos com a sua previsão constitucional expressa, atribui-se a sua condição por excelência, no intento de exercer sua real função e principalmente a efetividade de suas regras, nos valores e princípios constitucionais.

A grande mudança do protótipo da família no ordenamento jurídico brasileiro deve-se, inegavelmente, à introdução de outros valores essenciais nativos da Constituição de 1988: igualdade, solidariedade e dignidade humana. Nesse compasso, abre-se caminho para a família plural e democrática, que proporcionou avanço ao colocar fim ao modelo único de família, patriarcal e discriminatório. A mudança de

foco, a família deslocada para a Constituição é colocada no centro de toda a ordem jurídica. Faz-se interessante, aqui, transcorrer o pensamento de Canotilho⁴⁶:

Constituição é, uma lei, configurando a forma típica de qualquer lei, compartilhando com as leis em geral um certo número de características (forma escrita, redação articulada, publicação oficial etc). Mas também, é uma lei diferente das outras: é uma lei específica, já que o poder que a gera e o processo que a veicula são tidos como constituintes, assim como o poder e os processos que a reformam são tidos como constituídos, por ela mesma; é uma lei necessária, no sentido de que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; é uma lei hierarquicamente superior – a lei fundamental, a lei básica – que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis têm de submeter-se; é uma lei constitucional, pois, em princípio, ela detém o monopólio das normas constitucionais.

É cediço que a família recebeu novos contornos a partir da Constituição Federal de 1988, despontando princípios e direitos conquistados. Nessa nova perspectiva, o modelo de família tradicional passou a ser apenas mais uma forma de se constituição familiar e o formalismo legal cede diante da importância da igualdade e do afeto na construção da família.

Na Constituição Federal os princípios e garantias fundamentais são a expressão denotativa de garantias, direitos e deveres assegurados aos cidadãos da República Federativa do Brasil que sistematizam e regulam a vida social, política e jurídica. Alexy⁴⁷ pontifica os princípios como mandados de otimização:

Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos. As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados de um mesmo objeto.

Os direitos fundamentais têm natureza de princípio que se constituem por sua vez em mandatos de otimização que inevitavelmente submetem o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva que pode ser chamado de princípio à tutela jurisdicional

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 40.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais no Estado Democrático**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, p. 275.

efetiva o qual também integra um mandato de otimização que deve ser empreendido em todo caso em concreto a depender somente das possibilidades e da consideração de outros princípios ou direitos fundamentais que com ele possam entrar em choque.⁴⁸

Na descrição de Ferraz Filho⁴⁹ “os princípios são as normas que expressam os valores mais altos da sociedade de tal forma que integrados na ordem constitucional passam a orientar todas as demais normas e regras do ordenamento jurídico que ela baliza.” Os princípios regentes do direito de família possuem prestígio de fundamental valor social, já que são eles que organizam conceitos e orientam todo o sistema jurídico.

Da família, há direitos que garantem a infraestrutura física, como o direito à moradia e ao bem de família. Há direitos que lhe promovem a estrutura social, como o direito ao parentesco, o direito de contrair casamento ou de permanecer em união estável, o direito à igualdade entre os cônjuges, o direito ao planejamento familiar, o direito ao poder familiar, o direito à obediência filial, o direito à paternidade, à maternidade e à adoção. Há direitos cujos objetos se voltam para a estrutura econômica da família, como o condomínio patrimonial, a herança, a sucessão, os alimentos, as pensões. Há direitos pertinentes à superestrutura cultural, como o direito à vivência doméstica e à convivência familiar, o direito ao apoio da família. Enfim, há direitos que zelam pela estrutura psíquica da família: o direito a conhecer o pai ou a mãe, o direito ao respeito entre os familiares, e outros mais.⁵⁰

O legislador constituinte faz uma opção, elege como fundamento a dignidade da pessoa humana e como princípios constitucionais, a igualdade e a liberdade. Por esse comando, nenhuma regulamentação infraconstitucional sobre família pode contrariar tais premissas. A Constituição Federal de 1988 colocou fim há anos de preconceito, discriminação e hipocrisia.

No contexto de intensas e progressivas alterações sociais, a Constituição Federal de 1988 “deu legitimidade familiar a um modo de vida que por muito tempo recebeu tratamento dispersivo e incerto, embora nem sempre condenatório: as uniões concubinárias ou uniões livres estáveis, a partir das quais se constituem família sem casamento.” Assim, a Constituição Federal de 1988 inovou ao romper o paradigma e conduzir a uma maior preocupação com a família, garantindo a ela uma série de direitos

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 228.

⁴⁹ FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Comentários ao artigo 1º da Constituição Federal**. Constituição Federal Interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. COSTA MACHADO, Antonio Claudio da (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). Barueri: Manole, 2010, p. 05.

⁵⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **O direito ao afeto**. Belo Horizonte: Del Rey, ano IV, n. 8, 2002, p.37.

ao conceder a formação de outros tipos de entidades familiares, sendo portanto, esse rol meramente exemplificativo.

Habermas⁵¹ elucida sobre a existência do pluralismo, na coexistência de diferentes grupos e indivíduos:

O mundo se revela e é interpretado de modo diferente segundo as perspectivas dos diversos indivíduos e grupos. Uma espécie de pluralismo interpretativo afeta a visão do mundo e a autocompreensão, além da percepção dos valores e dos interesses de pessoas cuja história individual tem suas raízes em determinadas tradições e formas de vida e é por elas moldada.

Uma das expressões mais acentuadas do Direito de Família constitucionalizado está no ingresso jurídico de uma realidade emergente dos fatos, a família não comporta definição única no plano das relações sociais como passa a não mais sê-lo também para o Direito. “A família é um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação a cada geração, que se transforma com a evolução da cultura de geração para geração.”⁵²

Não existem critérios que diferenciem as entidades familiares. Para Lôbo⁵³ o precursor da ideia, a transformação se deu no *caput* do art. 226 da Constituição Federal. Não há a definição de determinando tipo de família, isto significa que é colocada sob a tutela constitucional a família, como gênero, incluindo qualquer tipo de família.

Os tipos de família elencados no art. 226 da Constituição Federal são os mais triviais e as outras formas são tidas como tipos implícitos que se incorporam ao *caput*. A hermenêutica constitucional deve tomar como base os princípios da igualdade e da liberdade e atendendo a esse preceito, esse rol não pode ser taxativo porque não seria justo e legítimo denegar proteção aos outros modelos familiares que não os taxativamente previstos.

O atual momento para o Direito de Família é de transição, consolida-se novos formatos a serem conferidos à família a fim de que se adequem aos anseios da sociedade. Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 é um marco nesse processo

⁵¹ HABERMAS, Jünger. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 09.

⁵² GROENINGA, G. C. **Família: um caleidoscópio de relações. Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia**. (Coord.) Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Rio de Janeiro: Imago, 2003 p. 125.

⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**. In Carlos Alberto Bittar (coord.). O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 57.

evolutivo de adaptação ao ampliar o conceito de família. A hermenêutica constitucional abre espaço para que a família na concepção contemporânea do Direito se inclua como aberta e plural. É o que proclama a efetivação da cidadania que postula a pluralidade constitucional da família não exclusivamente matrimonializada, mas diárquica, eudemonista e igualitária.

A doutrina eudemonista tem o propósito da felicidade como objetivo primordial da existência humana. É um conceito de família que está intimamente ligado a valores fundamentais que elegem com prioridade a realização e desenvolvimento de seus membros, numa comunhão de afeto e consideração mútuos que independem de vínculo biológico.

O direito moderno já cuida do “direito à felicidade”, conferindo inegável enfoque jurídico ao amor, à afetividade, cujos laços repercutem na órbita jurídica, evidenciando que os vínculos subjetivos estabelecidos pelo afeto tem o condão não apenas de implementar os preceitos constitucionais que norteiam o direito de família, senão também de permitir ao indivíduo buscar sua identificação pessoal em fontes outras que vão além do mero vínculo biológico.⁵⁴

“Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”, afirma Fachin⁵⁵. Esse é o caráter eudemonista que aspira a projeção pessoal de felicidade em um ambiente de relacionamento marcado pela afetividade e solidariedade que se articula dentro das diversas formas de entidades familiares. A dimensão da família institucionalizada perde espaço para a realização pessoal de seus integrantes.

Nesse sentido é a opinião de Dias⁵⁶ sobre a família eudemonista:

Ainda que se quisesse considerar indiferentes ao Direito os vínculos afetivos que aproximam as pessoas, são eles que dão origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao *status* de família. Imperioso reconhecer o surgimento de uma nova família, a chamada família ‘eudemonista’, expressão dicionarizada como doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral.

⁵⁴ TOLEDO, Iara Rodrigues de. **Da afetividade e do direito personalíssimo ao patronímico/matronímico.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50a074e6a8da4662>. Acesso em 05 de out. 2014.

⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família:** curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 10.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a Justiça.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 68.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como o mais alto valor aclamado e reconhecido pela ordem jurídica vigente eleva o ser humano ao centro de todo o sistema jurídico; as normas devem atender as suas necessidades e viabilizar sua realização existencial, devendo garantir-lhe um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.⁵⁷

Desta feita, no momento presente é insuficiente a simples previsão do direito à vida, reivindicando-se a garantia de uma vida digna. Tal evolução de valores requer dos civilistas modernos a adoção de uma nova postura, tanto em relação à interpretação quanto à aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurando a vida humana de forma integral e prioritária. Vislumbra-se ainda que vagarosamente que o Direito de Família vem sendo cada vez mais tutelado pelo Estado em seu preceito de inclusão. A família moderna, embora em diferentes concepções vem se destacando por um valor inerente a qualquer modalidade: o afeto.

1.4.1 A Dignidade Humana nas Relações Familiares

Em consonância com o momento histórico latente, a Constituição Federal sustentada pela noção do constitucionalismo moderno, engrandece a supremacia da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III; a liberdade, a igualdade, em seu art. 5º, e em seu art. 3º, IV, visa promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, valorizando assim o ser humano como sujeito de direitos e visando-lhe outorgar de forma mais ampla a inserção e o respeito à cidadania.

A dignidade da pessoa humana é o respeito à dimensão espiritual do outro, precisa-se de sensibilidade. Por conta disto é que o instituto familiar requer dedicação e análise. A dignidade na primazia da preservação do afeto nas mais íntimas relações. Machado⁵⁸ conjuga desse entendimento:

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVELD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 116.

⁵⁸ MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/865>. Acesso em: 16 mai. 2014, p. 10.

Deve-se destacar, por oportuno, que embora a dignidade humana não seja criação constitucional, a partir do momento que o legislador decidiu elevá-la à condição de fundamento da ordem jurídica, mostrou a sua preferência do nosso ordenamento pela pessoa humana e por sua dignidade.

A pluralidade das entidades familiares abriga quantas formas forem possíveis, com o intuito de preservação e cuidado assentadas essencialmente no afeto, no carinho e no bem querer; em que haja uma real intenção de ser família. Não pode ser outro o entendimento de que o afeto é a mola propulsora na formação da família plural e democrática, permitindo que se efetive o princípio da dignidade da pessoa humana.

As relações familiares, portanto, passaram a ser estruturadas na dignidade de cada integrante. A efetividade das normas constitucionais refletem na tutela das instituições sociais que desempenham o seu papel maior. A dignidade, no vértice do ordenamento jurídico, desvela na família o solo fecundo para o enraizamento e desenvolvimento humano, o qual emana o comando constitucional dirigido ao Estado de conceder especial proteção à família, independentemente do seu molde. Com a repersonalização das entidades familiares preserva-se aquilo de mais relevante entre os familiares: o afeto, o companheirismo, a solidariedade, a união, e o projeto de vida comum, com base em ideais democráticos e humanistas.

Nas lições de Sarlet⁵⁹, a dignidade da pessoa humana:

[...] o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.

O princípio basilar da dignidade humana vem posicionado no ápice do ordenamento jurídico e permeia, intrinsecamente, o Direito de Família propondo-se a realização dos seus membros. O Estado protege a família independente de sua formação, visto que a Carta Magna legitima a pluralidade familiar, apresentando uma norma de inclusão para outras modalidades, ainda que não expressamente previstas é dela que decorrem os demais princípios na ordem atual.

A Constituição Federal de 1988 ao fixar a dignidade como princípio central do Estado, jurisdicizando o valor humanista, disciplinou a

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 124.

matéria ao longo do texto através de um conjunto de princípios, subprincípios e regras, que procuram concretizá-lo evidenciando os efeitos que deste devem ser extraídos.

A dignidade humana consiste em retirar o foco do patrimônio, remetendo-o para a proteção da pessoa em um movimento de repersonificação apto a alçar a dignidade humana como ápice valorativo da ordem jurídica. Esse movimento solidifica-se por meio de um processo que teve início em tempos longínquos, na era cristã, que passou a ser observado no Brasil com a vigência da Constituição Federal de 1988 que impulsionou uma reestruturação dogmática jurídica com a afirmação da cidadania.⁶⁰

A afetividade no âmbito das relações familiares especifica o macroprincípio da dignidade humana que dirige todas as relações jurídicas e o ordenamento jurídico pátrio. Kant⁶¹, em preleção que se mantém atual tenta diferenciar aquilo que tem apreço daquilo que é dotado de dignidade, que é indisponível e inestimável:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Na qualidade singular de que a valorização da pessoa humana é imanente, ascendem-se os direitos de personalidade, derivado da dignidade humana propulsora de incomparável tutela que na categoria valorativa eleva o homem no ápice do ordenamento jurídico. “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela.”⁶²

A dignidade humana, fortalecida e amparada pela Constituição Federal, sobreleva-se aos outros princípios na ponderação de que a ela devem estar em consonância. A existência digna da pessoa é valor universal para a vida em sociedade no caminho para a preservação da identidade e dos direitos de personalidade.

⁶⁰ CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. Direito das Famílias e Sucessões nº 26 – Fev-Mar/2012, p. 50.

⁶¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p.77.

⁶² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 156.

Entretanto, a previsão principiológica não se justifica apenas abstratamente. Mais do que isso é preciso a sua concretude, como acentua Hesse⁶³:

Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe de sua força material no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. A Constituição, entendida aqui como Constituição jurídica, não deve procurar construir o Estado de forma abstrata. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente. Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Nesse contexto do Estado Democrático de Direito no qual o respeito à dignidade humana é o bem maior, está na hora de deixar de lado a intolerância. Na medida em que a ordem constitucional alçou a dignidade humana a fundamento de seu Estado, optou-se ali, expressamente, pela pessoa, interligando todos os seus institutos à realização de sua personalidade. “Nesse mundo, ainda que tão segmentado, tão dicotômico, tão maniqueísta, não há mais espaço para manifestações de repúdio aos vínculos afetivos que fogem do parâmetro homem e mulher.”⁶⁴

A pluralidade humana, na afirmativa de Arendt⁶⁵, “tem esse duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença.” Justamente essa alternância constitui-se na plenitude ou no insucesso da experiência humana sobre a terra como causa e em consequência da efetiva disposição de auxílio mútuo, na diuturna aplicação do princípio da solidariedade na consecução de escopos comuns e, em última análise, da própria preservação da espécie humana, qualificada e condicionada à qualidade do relacionamento com seus iguais.

Deve-se compreender a pluralidade e aceitar as diferenças com a aquiescência do novo e nesse intelecto, estar desprovido de qualquer forma de discriminação. A aceitação da diversidade é a conjuntura do êxito nas relações interpessoais.

Sem dúvida, a diversidade é o que caracteriza a espécie humana. Não existem duas pessoas ou duas culturas iguais. O outro existe e é sempre um diferente. Mesmo os gêmeos idênticos ou os clones não conseguiriam ser iguais, quando muito poderiam ter alguma

⁶³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 17.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável**. In Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis. Organizador PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 305.

⁶⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 188.

semelhança ou coincidência. Está claro hoje para todos nós que o ser humano é da ordem do inclassificável, do irreduzível, do irrepetível e a sua diversidade é mesmo infinita.⁶⁶

A espécie humana é caracterizada pela diferença. Uma pessoa nunca será igual à outra o qual redundará na infinitude da diversidade humana. Essa diferença não pode levar a um tratamento desigual. O exercício da diferença deve promover a igualdade no sentido de ter acesso a direitos e garantias, no respeito às liberdades e à autonomia privada do indivíduo.

Na família patriarcal de outrora, a cidadania plena e a autonomia concentravam-se no patriarca que era dotado de direitos negados aos demais membros da família, vedada a intervenção pública. No panorama corrente, a estabilidade entre a esfera pública e privada é centrada na garantia plena da dignidade humana da entidade familiar ainda vivamente violada. A concretização da dignidade humana é um desafio imensurável diante da resistente cultura tradicionalista de séculos.

A dignidade humana “não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.”⁶⁷ Na refinada ótica da família constitucionalizada e no arquétipo em que ela hoje se externaliza, na sua verdadeira dimensão e no cumprimento do seu papel mais sublime de efetivar a dignidade humana, torna-se prescritivo a sua conexão com outros valores os quais fluem, naturalmente como consequência a igualdade e a solidariedade.

1.4.2 Igualdade nas Relações Familiares

O princípio da igualdade previsto no artigo 5º, I da Constituição Federal foi elevado a direito fundamental e incidiu nessa imensa transformação no Direito de Família, sobretudo no que tange à igualdade entre homem e mulher, entre os filhos e as entidades familiares, rompendo assim com o dogma da família tradicional, principalmente quando diz respeito à legitimidade familiar.

⁶⁶ TODOROV, T. **Nós e os outros: reflexão francesa sobre a diversidade humana**. Trad. C. G. de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1993, 41.

⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. In *A família na travessia do milênio*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Ibdfam: OAB-MG, Del Rey, 2000. p. 245-254.

A igualdade na lição de Mello⁶⁸ “é princípio que visa a um duplo objetivo: propiciar garantia individual e tolher favoritismos”, tendo em vista o homem a quem é destinado o ato e o momento histórico em que está inserido.

Para Arendt⁶⁹, “a igualdade não é um dado, mas um construído.” De modo que a aplicação e a consolidação de direitos, notadamente quando alçados ao *status* constitucional em um regime democrático de direito, conta com a participação de todos.

A igualdade a que se refere conjectura a igualdade formal, a que se possibilita o exercício pleno da liberdade, por não condicionar o sujeito ao corolário pretendido pelo ordenamento jurídico. O princípio da igualdade pressupõe a igualdade formal e a igualdade material, no direito à equivalência na redução das desigualdades.

Nomeadamente, o artigo 1.511, do Código Civil reconhece o casamento numa comunhão plena de vida, traçado pela igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, estendendo-se da mesma forma na união estável, reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal e pelos artigos 1.723 a 1.727, do Código Civil.

Como corolário do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, assenta-se que o comando do poder familiar deve ser executado com sincronismo tanto pelo homem quanto pela mulher, de modo que, além disso, os filhos atuem e contribuam em favor da manutenção familiar e dos vínculos afetivos.

Neste mesmo norte, acrescenta Dias⁷⁰:

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

A proeminência do princípio da igualdade ascendeu, também, os vínculos de filiação, ao ser banida qualquer designação discriminatória e vexatória dos filhos

⁶⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 23.

⁶⁹ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro: o conceito de história antigo e moderno**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 123.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55.

havidos ou não da relação de casamento, por adoção ou extraconjugal. “Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais.”⁷¹

A Constituição Federal de 1988 ao conferir a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, entre os filhos oriundos ou não do casamento, bem como o reconhecimento de novas famílias, favorece uma nova interpretação do Direito.⁷² As inúmeras mudanças ocorridas intensificaram o movimento de valorização da pessoa e na supremacia de sua proteção, a dignidade humana e a igualdade são princípios norteadores.

1.4.3 Solidariedade nas Relações Familiares

A Constituição Federal elenca a solidariedade como um dos objetivos da República Federativa do Brasil na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

“Os vínculos afetivos são a origem e a inspiração do princípio da solidariedade.”⁷³ A solidariedade se torna indispensável àqueles que estabelecem vínculos afetivo, que dividem mais do que um espaço físico e vivências emocionais, compartilham o dia a dia de ser família, dor, felicidade, agonia e sucesso, com o objetivo de atender mutuamente às necessidades e garantir pleno desenvolvimento. Lecionam Farias e Rosenthal⁷⁴ ao assentar:

Assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, construída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver efetivada a dignidade humana, constitucionalmente assegurada.

O sentimento de solidariedade se lança na esfera jurídica em uma oferta de auxílio, sustentado em uma similitude de objetivos. A solidariedade avilta-se na medida em que o homem toma consciência de que ele precisa do outro para viver; da interdependência social. Na contemporaneidade, a estabilização entre o público e o

⁷¹ DIAS, *Ibidem*.

⁷² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10.

⁷³ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. *Direito das Famílias e Sucessões* nº 26 – Fev-Mar/2012, p. 51.

⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

privado se dá com a interação entre os sujeitos e a solidariedade aponta com a formação de direitos subjetivos. Para Sandel⁷⁵, “as obrigações de solidariedade são particulares e não requerem consentimento, como uma imposição legal de ajudar determinado grupo social ou pessoa específica.”

O homem é um ser social em constante interação com o meio em que vive. A premissa maior da solidariedade é a alteridade, na interação e interdependência do outro. Sandel ilustra um exemplo de solidariedade familiar em que duas crianças estão se afogando e só haverá a possibilidade de salvar uma delas, por conta do tempo. A escolha, por certo será pelo filho, “por trás dessa reação está a noção de que os pais tem responsabilidades especiais em relação aos filhos. Algumas pessoas dizem que essa responsabilidade é fruto do consentimento. Ao optar ter filhos, os pais voluntariamente aceitam a responsabilidade de cuidar deles com atenção especial.”

A despeito de a dignidade humana ser um valor universal, a heterogeneidade sociocultural e as disparidades entre os sujeitos, todos são detentores de igual dignidade muito embora persista a individualidade. Essa contingência permeia a condição humana que contenta as mesmas necessidades e faculdades vitais. O respeito não pode ser sinônimo de generosidade, mas um dever de solidariedade imposto pela ética, e não forçosamente, pelo Direito.

O princípio da solidariedade é proclamado como uma das bases do Direito de Família contemporâneo, na chamada solidariedade familiar:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio que tem origem nos vínculos afetivos dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.⁷⁶

⁷⁵ SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 277.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

A solidariedade se principia no lar, na assistência e no amparo aos familiares como desdobramento do princípio maior da dignidade humana na formação e desenvolvimento dos filhos como elucida Lôbo⁷⁷:

O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.

No plano das relações humanas, a convivência no ambiente familiar para o compartilhamento de afetos e responsabilidades. A deferência de uns com os outros juridicamente impuseram a definição de novos direitos e deveres.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade.

Nesse passo, os membros de uma família devem conviver em um espírito de solidariedade e cooperação, propício a realização pessoal de cada um deles de pertencer ao seu âmago familiar, onde é agasalhado essencialmente pelo afeto daqueles com quem compartilham no recinto mais íntimo, sentimentos, sonhos e valores no caminho da realização de seu íntimo projeto de felicidade e isso independe da lei ou do vínculo sanguíneo.

⁷⁷ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM. Disponível, para associados, em:<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

CAPÍTULO 2 – FAMÍLIA

Com a evolução do tempo e das mudanças socioeconômicas, o ser humano gradativamente altera seu estilo de vida abandonando os costumes e a tradição das antigas civilizações. Essa mudança na racionalidade atinge as relações humanas e na sociedade atual o conceito de família se torna variável até porque é influenciado por preceitos éticos, morais e religiosos. A Constituição Federal de 1988 remodela o instituto da família e afasta-se da antiga conceituação que a estruturava pelo poder patriarcal.

A família é o amor maior no plano de existência terrena. Não é rótulo proveniente de casamento ou união estável. Família é um conceito afetivo moldado pelo afeto. A família é um fato social e o direito não pode moldá-la em um conceito único. A família é abalizada não apenas como uma instituição jurídica, mas na sua relevância social e nas suas variadas formas.

A afetividade é o elemento que compõe a família na atualidade na premissa de proteção e reconhecimento de todas as entidades familiares. O afeto ultrapassa a própria família e os laços sanguíneos. É um componente que engendra as relações familiares na busca da promoção e no desenvolvimento da personalidade dos seus membros. Assim, com o sustentáculo do afeto, do princípio constitucional da igualdade, da solidariedade e da dignidade humana, a família é gênero que comporta inúmeras espécies.

2.1 Da Legitimidade da Pluralidade Familiar

A família, conforme a teoria estruturalista do direito⁷⁸ é a base da sociedade. Ela vem se transformando ao longo do tempo e isso se projeta nas novas formas de arranjos familiares. Essas inovações refletem-se diretamente com os que interagem com

⁷⁸ A teoria pura do direito de Hans Kelsen concebe-se numa teoria geral de direito que delimita o objeto do direito, conferindo-lhe o *status* de ciência, afastando-o de elementos e ciências estranhos à ciência jurídica, tais como os valores, a ética, a ciência política, dentre outros. A teoria de Kelsen considera o ordenamento jurídico como um sistema de normas. Para essa teoria estruturalista do direito, a Constituição Federal como norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas do ordenamento jurídico, no sentido de que se deve conduzir como a Constituição prescreve.

ela. Petrini⁷⁹ aponta que “apesar da variedade de formas que assume e das transformações que passa ao longo do tempo, a família é identificada como o fundamento da sociedade”.

Uma das mais importantes inovações da Constituição Federal de 1988, referentemente ao Direito de Família, é o pluralismo das entidades familiares e na inexistência de hierarquia axiológica entre elas, que reside no fato de não constituírem elas *numerus clausus* ao extrair o sentido das normas constitucionais na utilização dos critérios de interpretação constitucional.

O ditame da dignidade da pessoa humana confere ao indivíduo a liberdade de eleger e compor a entidade familiar que corresponda à sua realização ideal de felicidade particular e o Estado não pode interferir nessa escolha, nem dizer qual seria a mais adequada. O direito, ao elencar os moldes legítimos de família, cerceia o direito de liberdade dos indivíduos, pois os impede de escolher a composição familiar compatível aos seus interesses e a sua própria concepção de vida.

Afora o princípio da igualdade das entidades, decorrência natural do pluralismo jurídico, fundamento do Estado Democrático de Direito, há de se mencionar o princípio da liberdade, como derivado do princípio da dignidade da humana. Atribui-se ao indivíduo a liberdade de escolher unir-se ou não a alguém e constituir o modelo familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Certamente, não pode o legislador defini-la, uma vez que não cabe a ele essa escolha. É o que assevera Multedo⁸⁰:

A Constituição de 1988 modificou o paradigma no qual se assentava o conceito jurídico de família no Brasil, adotando-se, a partir de então, uma concepção meramente instrumental da comunidade familiar. O direito de família brasileiro passou a ser o tripé composto dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da solidariedade social.

Para Amartya Sen⁸¹, as liberdades política, econômica e social são influência e instrumentos para o desenvolvimento da pessoa, porque permitem que ela realize em sua vida o que mais valoriza. Por conseguinte, um relacionamento afetivo bem sucedido é algo que muitas pessoas aspiram, mas nem todas possuem as condições materiais de

⁷⁹ PETRINI, João Carlos. **Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão**. Bauru: EDUSC, 2003, p. 65.

⁸⁰ MULTEDO, Renata Vilela. **A judicialização da família e a proteção da pessoa dos filhos**. In *Direito das Famílias: por juristas brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 355.

⁸¹ Sen, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010, p. 25-26.

alcançá-lo, mesmo porque, para tanto, é necessária a liberdade de afeto em uma proporção suficiente que torne a aspiração realizável e tangível.

A Constituição estabelece preceitos os quais a partir de sua interpretação alcança-se a inclusão das entidades familiares não expressamente previstas. O artigo 226, *caput* é uma cláusula geral de inclusão:

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

[...]

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

[...]

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

A grande mutação operou-se no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal quanto ao enunciado de tutela constitucional à família: não há qualquer alusão a determinado modelo de família, como ocorreu nas constituições anteriores. A supressão da expressão “constituída pelo casamento” da Constituição de 1967-69, artigo. 175, sem substituí-la por outra, colocou sob a tutela constitucional a família, isto quer dizer, qualquer família que seja. É o esse o entendimento de Lôbo⁸²:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

O termo ductibilidade para Zagrebelsky é um predicado dos Estados Constitucionais, com a proposição semântica de abertura da Constituição, dentro dos limites constitucionais que possibilite e viabilize a fluência de uma sociedade pluralista e democrática. E, para isso, os princípios constitucionais não devem ser admitidos como normas absolutas, mas preconizados na harmonização com outros valores que compõe a

⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 12, jan./mar., 2002, p. 40-55.

sociedade atual, considerando-se que o pluralismo é incompatível com a noção de imposição.⁸³

O conceito de ductibilidade para referido autor sugere uma dogmática jurídica líquida e fluída adequada ao momento que se vive, que resulta na flexibilização de valores e princípios de Direito Constitucional que são diversificados, não havendo espaço para a aceção de uma rigidez constitucional.⁸⁴

O entendimento de que o rol constitucional é meramente exemplificativo⁸⁵, implica em um incremento significativo de liberdade substancial na esfera existencial. Ao possibilitar a incidência de tutela jurídica, também sobre outras entidades familiares, para além das expressamente previstas, fornece condições materiais para que as pessoas possam, efetivamente, escolhê-las.

Em consonância com os princípios constitucionais que informam o Direito de Família moderno, o preceito normativo do artigo 1513 do Código Civil ao dispor sobre a impossibilidade de intervenção de qualquer pessoa de direito público ou privado na esfera da vida privada familiar, oferece às pessoas que integram a entidade familiar, um espaço de liberdade negativa.

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Apesar disso, é importante consignar que a ausência de intervenção do Estado e da sociedade em âmbito familiar, não implica na consolidação de uma abstinência absoluta. O Estado não só pode, como tem o dever de intervir para garantir a aplicabilidade das normas e princípios constitucionais.⁸⁶ Contudo, não pode, jamais, imiscuir-se em relações privadas de intersubjetividade familiar de maneira inócua e injustificada.

Para Fachin⁸⁷, “o Estado deve ser forte o suficiente para assegurar a observância dos princípios e direitos fundamentais e, ao mesmo, tempo, fraco o bastante

⁸³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002, p. 14.

⁸⁴ ZAGREBELSKY, Ibidem, p. 17.

⁸⁵ Paulo Luiz Netto Lôbo é firme em seu posicionamento a respeito do princípio da pluralidade familiar, ao defender não há qualquer hierarquia entre as entidades familiares e, ainda, que o rol disposto no art. 226 da Constituição Federal não constitui *numerus clausus*, sendo meramente exemplificativo.

⁸⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 309.

⁸⁷ FACHIN, Ibidem.

para não obstaculizar aos indivíduos em suas relações privadas na realização de suas aspirações coletivas e pessoais.”

A família promana como a única instância capaz de assumir esse conflito de tantas inovações e contradições a favorecer o surgimento de uma nova ordem simbólica. Sobre a família, comenta Roudinesco⁸⁸:

Eis por que ela suscita tal desejo atualmente, diante do grande cemitério de referências patriárquicas desafetadas que são o exército, a Igreja, a nação, a pátria, o partido. Do fundo de seu desespero, ela parece em condições de se tornar um lugar de resistência à tribalização orgânica da sociedade globalizada. E, provavelmente, alcançará isso – sob a condição, todavia, de que saiba manter, como princípio fundador, o equilíbrio entre o um e o múltiplo de que todo sujeito precisa para construir sua identidade. A família do futuro deve ser mais uma vez reinventada.

O novo conceito de família assinala para uma concepção muito mais verídica, constituindo-se em uma atmosfera que esteja apta a proporcionar o pleno desenvolvimento dos seus membros. Partindo dessa premissa, a família conjuga diversas formações e o Direito das Famílias deve ser cada vez mais protetivo e abrangente.

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. 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.

Na contramão do tempo, da história e das previsões dos menos afeitos à constante alteração do comportamento social, vê-se que as pessoas buscam a aproximação da normalização de suas relações sociais, familiares e sexuais, aconchegando-se nos ninhos familiares, não necessariamente sob o mesmo teto, mas nem, por isso, deixa de se constituir em verdadeiro núcleo familiar.⁸⁹

Deve-se alcançar o abrigo da proteção jurídica da vida em comum, ao criar condições de proteção da constituição familiar. É inolvidável que o Direito de Família é

⁸⁸ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 199.

⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 69.

um terreno em construção, marcado por cláusulas gerais que deverão ser interpretadas, compreendidas e aplicadas em consonância com as evoluções sociais e humanas.

A sua construção se consuma se antes lhe anteceder a desconstrução proposta por Derrida⁹⁰: “desfazer sem nunca destruir um sistema de pensamento hegemônico ou dominante, resistir à tirania do um, resultante da força natural de mudança do ser humano.” Ademais, é inexecutável abnegar a dificuldade de perseguir tal objetivo, como afirma Steinem⁹¹: “O primeiro problema para todos, homens e mulheres não é aprender, mas desaprender.”

Na modernidade, “a cara da família mudou. O seu principal papel, é de dar suporte emocional ao indivíduo. Ela foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, seguramente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos.”⁹² O novo conceito de família assinala para uma concepção muito mais abrangente e acolhedora, constituindo-se em uma atmosfera que possa favorecer o desenvolvimento sadio de seus integrantes.

Correlaciona-se a gênese da pluralidade familiar à valorização do afeto, como valor jurídico preponderante para a composição do estado familiar, “e que por sua vez inscreve o homem numa trajetória de direitos subjetivos onde o espaço do poder se abre para o terreno da liberdade de ser, ou de estar, e como se quer ser ou estar.”⁹³

“Eles foram felizes para sempre” foi, há muito tempo, o emblema dos enlaces. Tão logo, que seja infinito enquanto dure. E, na atualidade palpitante, assume-se o caráter da temporariedade dos que viveram felizes por um certo tempo. Sustenta-se a percepção de família democrática e pluralista que, de alguma forma, acalente, abrigue e sustente durante a jornada de cada um e de todos considerados. Nela se apetece o deleite sem perder a percepção poética da própria existência.

A análise da família, enquanto organismo social afere-se na sua complexidade pela flagrante transformação que tem transitado a estrutura familiar na contemporaneidade. Outrora, firmada na ditadura tradicional e conservadora, hoje é

⁹⁰ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que amanhã...diálogo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 9.

⁹¹ STEINEM, Glória. **A revolução interior**. Tradução Myriam Campelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 1992, p. 78.

⁹² WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *In* Direitos de família e do menor. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 83.

⁹³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 36.

direcionada para a tutela das prerrogativas do ser humano e pela valorização da individualidade. Redefinir a família é um imperativo existencial, no intuito de posicioná-la no novo modo de relacionamento entre seus membros é condição indispensável para o aprimoramento da convivência humana.

No prelúdio deste século, com o rompimento de obstáculos e preconceitos, e no limiar de novas trajetórias pela abertura semântica impelida pelo Código Civil e suas normas de inclusão, esquadrinha-se o novo conceito de família e a verdadeira face da paternidade, da filiação e das razões determinantes que fazem com que as pessoas permaneçam unidas em pequenos núcleos de convivência, sem qualquer tipo de imposição legal ou moral que o determine.

Os arranjos familiares obedecem a uma enorme escala de denominações a saber: família tradicional, monoparental, anaparental, paralela, homoafetiva dentre outras que possam existir, com suas peculiaridades e repercussões no Direito, mas em comum em todas elas, o sentimento pulsador do afeto, o anseio de inserção no mundo jurídico e de tutela específica no Direito de Família, em um *locus* de proteção do ser humano para que possam desenvolver suas potencialidades.

2.2 Família Tradicional/ Matrimonial

A família, núcleo social primário, vem conjecturado constitucionalmente em capítulo específico no Título da Ordem Social e em alguns dispositivos esparsos. A tutela estatal conferida à família se funda na sua suprema importância na formação psicossocial do indivíduo. A família é o berço para as primeiras orientações para a vida e é neste agrupamento humano que os atos de solidariedade e de assistência mútua acontecem mais intensamente.

Na precisa lição de Dantas⁹⁴, “na sociedade moderna ocidental, o matrimônio monogâmico é a base geral sobre a qual se assenta a família.”

A tipologia da família tradicional é fundada:

O elemento basilar da sociedade não é o indivíduo, mas sim a entidade familiar monogâmica, parental, patriarcal, Isto é, a tradicional família romana, que veio a ser recepcionada pelo cristianismo medieval, que reduziu a entidade familiar à família nuclear e consagrou como

⁹⁴ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 13-14.

família-modelo a Sagrada Família: pai (José), Mãe (Maria) e filho (Jesus).⁹⁵

A família matrimonial é aquela procedente do casamento entre homem e mulher, e os filhos havidos na constância do casamento, prevista pelo Código Civil de 1916 como forma de instituição de vínculo somente por meio do casamento, que assegurava direitos e deveres na esfera pessoal e patrimonial do indivíduo. Segundo Hironaka⁹⁶ trata-se do “mais forte paradigma do conceito de família.”

Madaleno⁹⁷ enaltece que:

O casamento identifica a relação formal consagrada pelo sacramento da igreja, ao unir de forma indissolúvel um homem e uma mulher, cujos vínculos foram solenizados pelo Estado, que, durante largo tempo, só reconheceu no matrimônio a constituição legítima de uma entidade familiar, marginalizando quaisquer outros vínculos informais.

Para Gonçalves⁹⁸ a finalidade precípua do casamento é o estabelecimento de uma comunhão plena de vida como prevê o artigo 1.511 do Código Civil, na relação de amor entre o casal, baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência”, seus demais objetivos seriam tão somente secundários como a procriação e satisfação sexual, uma vez que muitos casais optam por não terem filhos.

O casamento, em sua mais larga expressão, contempla a união "voltada para a criação de uma plena e duradoura comunhão de vidas." ⁹⁹ As principais finalidades do casamento seriam: a constituição da família tradicional, pai, mãe, uma prole e a realização da comunhão de vidas e de interesses.

A aceção dessa sintonia de vidas abrange um universo recheado de sentimentos que se reduzem em direitos e obrigações recíprocas em prol da entidade familiar, aliados à vontade, ou seja, ao *animus* de constituir uma vida conjugal, são o

⁹⁵ BARROS, Sérgio Resende. **Matrimônio e patrimônio**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 8, p. 05-12, jan./mar., 2001, p. 08.

⁹⁶ HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Do direito de família**. In Direito de família e o novo código civil. DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001, p. 218.

⁹⁷ MADALENO, Rolf. **Filiação Sucessória**. In Família e solidariedade. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008, p. 402.

v.6.

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 136.

⁹⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 130.

sustentáculo para a existência do casamento e decorrem do estabelecimento da sociedade conjugal. O grande diferencial é a *affectio maritalis*, que pode simplesmente ser traduzida no afeto, companheirismo, abnegação, doação, ou inevitavelmente amor. O casamento não se constitui apenas em um vínculo formal, rico em regras ditadas por lei, deve ser analisado em seu aspecto subjetivo, pois foi este que motivou o casal a trocar alianças.

O afeto é presente na família tradicional, é ponto de partida para o casamento. “O casamento chama para si, o ponto de partida e a ancoragem. A sua própria finalidade está na celebração do matrimônio como componente essencial da família matrimonializada.”¹⁰⁰ Define-se em um negócio jurídico bilateral, mas com a presença notável de afeição especial, um tanto diferenciado do contrato.

2.3 Família Monoparental

A família monoparental é novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, no § 4º do art. 226. Foi o reconhecimento da família constituída por um dos pais e seus descendentes. Nessa espécie de família vigora o vínculo de parentesco entre ascendente e descendente. Com a consagração do reconhecimento da união estável e da família monoparental, a Constituição de 1988 rompeu definitivamente com o dogma da família matrimonial.

A positivação constitucional da família monoparental garantiu o direito à proteção estatal, sobretudo para combater o preconceito e a discriminação:

Seu reconhecimento na Carta Magna foi uma evolução legislativa, com o fim de adequar a realidade a este fenômeno tão significativo. Embora a legislação ordinária não tenha acompanhado tal iniciativa, a proteção decorrente do texto constitucional prova o interesse em combater a discriminação e o preconceito e auxiliar a integração dos membros destas famílias à sociedade. A partir do reconhecimento jurídico da família monoparental pela Constituição Federal, o Estado se tornou responsável pela proteção destas famílias.

O legislador regulamentou uma relação afetiva preexistente que abrange nessa categoria mães solteiras, os pais que assumem sozinhos os filhos, como os divorciados, separados, viúvos; aqueles que, por alguma razão, se encontram sem companheiro, mas

¹⁰⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, p. 127.

na convivência com os filhos. Um dos objetivos é também a proteção do menor, com fundamento nos preceitos de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê o direito fundamental da criança e adolescente ao convívio familiar, mesmo na falta de um dos pais, como condição necessária ao seu crescimento e desenvolvimento sadio.

A monoparentalidade pressupõe a inexistência da convivência biparental, não se caracterizando quando, embora tenha a presença de só um dos pais, este se encontra em união com outra pessoa ou já tenha constituído nova família. Portanto, a formação de uma nova família, pelo casamento ou não, de um homem e uma mulher com os descendentes de cada um, havendo ou não prole comum, será caracterizada como uma nova entidade familiar, distinta da monoparental.¹⁰¹

Sobre a entidade familiar denominada família monoparental Wald¹⁰² explica:

A Constituição Federal limita-se a dizer que reconhece como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Não faz qualquer distinção, o que inibe o intérprete. Isso permite concluir que ela pode ser estabelecida desde sua origem, ou decorre do fim de uma família constituída pelo casamento. Neste diapasão é possível que ela estabeleça porque a mãe teve um filho, mas a paternidade não foi apurada, ou porque houve adoção, ou pode resultar da separação judicial ou do divórcio. Nesta linha temos a família monoparental formada pelo pai e o filho, ou pela mãe e o filho, sendo que nos exemplos há o vínculo biológico ou decorre da adoção por mulher ou homem solteiro. Nada impede que o vínculo biológico que une os membros dessa família, não decorra de congresso sexual, mas resulte a procriação artificial. A mãe solteira submete à inseminação artificial, não sabendo quem seja o doador.

Nessa direção, observa-se que a entidade familiar advinda do casamento, união estável ou da família monoparental ultrapassam as balizas da previsão jurídica para acolher o grupo de pessoas que vivem como uma família e que permeie o elemento afeto como bases de sua constituição. Sendo assim, deve-se reconhecer juridicamente como família todo e qualquer núcleo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como ente familiar em um ambiente favorável que propicie os meios para alcançar a sua realização pessoal e uma vida digna, o que, afinal é a finalidade precípua da família e alcançada esta, é ela, também, uma entidade familiar merecedora da proteção especial do Estado.

¹⁰¹ BEZERRA, Érika Lima. **Entidades familiares e união civil entre pessoas do mesmo sexo**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000, p. 35.

¹⁰² WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 32.

2.4 Família Anaparental

A família anaparental se encontra entre os arranjos familiares não consagrados expressamente na Constituição Federal. Etimologicamente anaparental significa família sem pais. Barros¹⁰³ é o criador da expressão:

São as famílias que não mais contam os pais, as quais por isso eu chamo famílias anaparentais, designação bastante apropriada, pois “ana” é prefixo de origem grega indicativo de “falta”, “privação”, como em “anarquia”, termo que significa falta de governo, ou seja, se caracteriza pela família sem a presença dos pais.

A família não mais se baliza ao modelo tradicional, ela ganhou as mais variadas estruturas. De fato, deve-se admitir que a família anaparental é uma espécie familiar bem distinta da concepção clássica de família e obviamente seria impossível concebê-la juridicamente antes da Constituição de 1988, no intuito de gerar os mesmos efeitos civis de uma família oriunda de um casamento.

A família monoparental se concebe pela liberdade e autonomia de vontade de unir-se e afeiçoar-se a alguém, conforme explica Oliveira¹⁰⁴ na seguinte passagem:

Como primeiro fator responsável pelo fenômeno monoparental pode-se citar a liberdade com que podem as pessoas se unir e se desunir, seja através de formalidades cogentemente estabelecidas, como decorre do casamento, seja de maneira absolutamente informal, como acontece na união estável.

A anaparentalidade é um formato familiar que é capaz de adquirir as mais diversas configurações em que cada qual desempenha um papel não preestabelecido. A convivência longa e duradoura entre dois irmãos que foram abandonados pelos pais ou que estes faleceram, na relação em que o tio para o sobrinho é tio e pai, uma irmã mais velha é também a mãe para os demais irmãos, ou seja, cada um desempenha um papel psicologicamente definido. É o amparo e suporte não só material, mas, também, emocional, de carinho, afeto, amor e cuidados que só em uma família pode ter.

A verticalidade nos vínculos dos parentes em linha reta resulta na família monoparental; já a família anaparental reside em uma modalidade pluriparental, que incide na colateralidade de vínculos. Então ela pode ser composta por vários irmãos ou

¹⁰³ BARROS, Sergio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em: 08 out. 2014.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 215.

pelos tios e sobrinhos, ou então duas primas, dentre tantas outras possibilidades possíveis. Como ressalta Dias¹⁰⁵ “[...] não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica.”

Entretanto, deve-se levar em conta que não é qualquer agrupamento humano que pode ser considerado família anaparental. Para Lôbo¹⁰⁶, uma família para que seja considerada com tal, tem de obrigatoriamente possuir características, quais sejam: a afetividade, como fundamento e finalidade, estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, esporádicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que assim se apresente publicamente. Finalmente, faz-se crucial a existência do *animus* de constituir família, é fundamental a vontade de se sujeitar aos deveres e direitos a que pertencer a uma família proporciona.

2.5 Família Paralela

Apesar de não haver reconhecimento concreto da família paralela como uma família a ser protegida pelo Direito nota-se que esse não é um novo modelo familiar, ela é a realidade de muitas famílias que se mantem na obscuridade. O que é mais atual é a busca pelo reconhecimento desse arranjo como entidade familiar. As famílias paralelas há muito já existem no mundo fático, porém, por não serem legalmente amparadas, são camufladas na sociedade.

Denominada de concubinato impuro ou adúlterino, a família paralela é aquela decorrente de uma relação extraconjugal quando um dos pares ou os dois são casados, o que configura impedimento para sua conversão em casamento. É uma relação de caráter não eventual, contínua e constante. Assim, é possível que durante a relação os concubinos venham a adquirir bens comuns. O único direito que tem sido garantido à concubina, pelos Tribunais, é a restituição do valor empregado com juro e correções,

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 72.

quando ela comprovadamente demonstrar que houve esforço mútuo para a aquisição dos bens comuns.¹⁰⁷

Fachin¹⁰⁸ entende que a monogamia é princípio orientador das relações familiares, atuando como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, advertindo que não se trata simplesmente de uma norma moral ou moralizante. Um pouco mais adiante, o autor registra que o negativo ou o avesso a esse princípio, não significa necessariamente o horror de toda a organização social, ou seja, a promiscuidade. Traição e infidelidade não significam a quebra do sistema monogâmico. Somente se considera a ideia da ruptura da monogamia se por acaso a relação extraconjugual resultar na constituição de uma família que venha correr em paralelo com aquela outra família anteriormente constituída. E essa família tornou-se uma realidade jurídica.

Para Silva¹⁰⁹, a distinção entre família legítima e ilegítima estaria inteiramente ligada ao princípio da monogamia. Segundo este princípio, aclama-se uma família merecedora da tutela estatal e a outra ficaria de fora desse âmbito de proteção e reconhecimento. A monogamia como um princípio estruturante encontra-se superado em função do reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, como também da superação da família matrimonial como modelo superior de família.

Do mesmo modo para Fachin¹¹⁰, a família sem qualquer rotulação discriminatória deve propiciar o desenvolvimento e a realização dos seus membros:

A família foi funcionalizada ao desenvolvimento da personalidade e à realização das pessoas que integram o núcleo familiar. Não é mais tutelada como instituição que tem, em si, valor jurídico, independente das pessoas que a integram. Se assim é, não subsiste razão para se seguir afirmando que prevalecesse no ordenamento jurídico o princípio da monogamia. Este se presta, antes, a fomentar a construção de um lugar de não-direito. Sua utilização conduz especialmente as mulheres designadas pela pecha de concubina a uma condição de invisibilidade jurídica.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Comentários - Família pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em <http://www.public.html/article.php?story=20081114094927519&mode=print>. Acesso em 08 Out. 2014.

¹⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127.

¹⁰⁹ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 63.

¹¹⁰ FACHIN, Op. cit., p. 129.

Na medida que o *caput* do art. 226 da Constituição Federal é uma norma geral de inclusão de tutela da família, não há razão para preterir uma em razão da outra. A visão da tutela institucionalista da família foi ultrapassada. Hoje se funcionaliza a família no desenvolvimento e na realização da personalidade das pessoas que compõe o núcleo familiar.

É pertinente o entendimento de Villaça¹¹¹ de que não se deve tutelar as relações extraconjugais, exceto quando da ruptura da afeição entre os cônjuges e o casamento é uma mera aparência.

Embora não se devam tutelar as relações de convivência que estejam em contradição com a família fundada no matrimônio, com a separação de fato dos cônjuges desaparece a *affectio* indispensável à estruturação da família, seja de fato, seja de direito, e, assim, com a passagem do tempo, leva-se à verdadeira ruptura do casamento, fazendo com que desapareçam os deveres pessoais dos cônjuges.

No entanto, na contemporaneidade é impossível negar a situação fática que se delinea nas famílias paralelas e vedar-lhes as consequências jurídicas do afeto existente. As famílias simultâneas são estigmatizadas, concebe-se ainda hoje o entendimento dessas relações como estritamente “adulterinas”, “moralmente reprováveis” e, como tal, são generalizadas; a esposa é a pobre vítima e a outra mulher é a adúltera, da mesma forma pode acontecer com o marido, em que o outro é o amante.

Todavia, antes de ideias preconceituosas e estigmatizantes, essas relações devem ser reguladas à face da situação real do caso a caso, mas com o referencial da afetividade, além dos elementos que se desvelam numa entidade familiar: amor, companheirismo, assistência recíproca e cuidado. Não deve o sistema jurídico deixar de lado esses fatos.

Esse é o pensamento claro de Teixeira e Rodrigues¹¹² que escrevem:

Afinal, a *ratio* justificadora da ampla tutela familiar é que este núcleo de pessoas, unidas pela afetividade e reciprocidade, proporcione aos seus membros a estruturação familiar necessária para sua formação biopsíquica enquanto sujeito. Só assim, será capaz de servir à promoção da personalidade de seus membros.

¹¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto de família de fato**. 2 ed. São Paulo: Ed. Jurídica Atlas, 2002, p. 162.

¹¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 94.

A tutela jurídica seria absolutamente iníqua a uma família que existe apenas por uma questão formal onde não há mais comunhão de vidas, em depreciação à relação familiar fundada no afeto. Borda¹¹³ adverte que o estado de família se resume na posição que uma pessoa ocupa dentro de um núcleo familiar e, essa concepção se trata da família lastreada na cooperação, respeito, cuidado, amizade, carinho, afinidade, atenção recíproca entre todos os seus membros. A família é plural e, nesta pluralidade há espaço para as famílias paralelas, tão antigas quanto a história da humanidade e que apenas deixaram o lugar sombrio da obscuridade.

2.6 Família homoafetiva

A união de pessoas do mesmo sexo marcadas pelo amor, respeito e comunhão de vidas, preenchem os requisitos constitucionais quanto ao reconhecimento da entidade familiar, na medida em que consagra a afetividade como valor jurídico¹¹⁴. As normas constitucionais repelem o preconceito e a família formada por casais homossexuais, paulatinamente, vem encontrando seu reconhecimento como entidade familiar.

Emoldurar as uniões homoafetivas, no âmbito de proteção das relações familiares, significa mais do que uma questão constitucional. Como prega Dias¹¹⁵:

Ao contrário do que se pensa, considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade e deixar de ser marginalizadas.

O direito à liberdade sexual é inquestionável e ele integra um direito de personalidade, direito fundamental e como tal deve ser tutelado pelo Estado. Consoante anuncia Bittar¹¹⁶, os direitos de personalidade são aqueles direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra e a intelectualidade.

¹¹³BORDA, Guillermo Antonio. **Manual de Família**. 12ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 24.

¹¹⁴FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 82.

¹¹⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

¹¹⁶BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.11.

A terminologia utilizada à referência a relações homossexuais como relações homoafetivas iniciou-se por um neologismo criado por Maria Berenice Dias. Assim, atualmente tem se preferido o termo homoafetividade, pois certamente é uma referência mais adequada para se referir às relações de afeto existentes entre pessoas do mesmo gênero, além de o outro termo homossexualidade já possuir atrelado a si certa carga preconceituosa.¹¹⁷

Assim, os casais homossexuais que possuem o sentimento afetivo, têm o mesmo sentimento que outra pessoa heterossexual, mas direcionado para alguém do mesmo gênero que o seu como uma manifestação natural de cada indivíduo.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, no Supremo Tribunal Federal, realizada no dia 4 de maio de 2011, foi reconhecida a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Esse julgamento certamente foi um marco para as uniões homoafetivas e traçou um novo rumo para o Direito de Família, pois a decisão do STF significou o reconhecimento constitucional da relação entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela Corte máxima do país, sanando qualquer dúvida ou polêmica existente, até porque essa decisão tem efeito vinculante para todos os órgãos judiciais.

Vale a transcrição do trecho do voto do Ministro Relator Ayres Britto, no qual que ele se vale do termo homoafetividade, em que esclarece o significado do termo:

[...] dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro.¹¹⁸

Assim, o Ministro Ayres Britto reconheceu em seu voto que a relação entre pessoas do mesmo sexo é baseada na ligação afetiva e duradoura, passível de

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

¹¹⁸ STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 4.5.2011, voto do Rel., p. 8 e 9.

constituição de família e merece proteção jurisdicional como tal. O Ministro Relator ampara sua decisão no estabelecido no art. 3º, IV, da Constituição Federal, sob o fundamento de que não houvesse critérios preconceituosos em razão de sexo ou qualquer outra discriminação para que a entidade familiar fosse reconhecida, pois é dever do Estado promover o bem de todos.

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual, como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.¹¹⁹

Para Konrad Hesse¹²⁰, “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata.” O intérprete não pode deixar de elucidar as novas relações que emergem da realidade dos fatos, sob a alegação de omissão da norma.

A discriminação com base na orientação sexual do indivíduo configura desrespeito à dignidade humana. Preconceitos infundados não podem restringir direitos, isso fortaleceria os estigmas sociais, causaria sofrimento e rejeição.

A família homossexual e a união estável homossexual como entidades familiares, embora não expressamente enumeradas na Constituição Federal, devem ter a sua existência reconhecida pelo Direito. Uma lacuna legal não pode impedir que o Estado, atentando-se para as minorias, estenda sua proteção para as relações familiares entre pessoas do mesmo sexo, que devem sair da clandestinidade, assegurando a sua existência no plano legal com o seu enquadramento abrangente de entidade familiar.

2.7 Família Pluriparental

Em meio a encontros e desencontros tem sido cada vez mais comum entre as pessoas que se divorciaram ou aquelas solteiras com filhos a tentativa de se realizarem

¹¹⁹ RIOS, Roger Raupp. **Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade**. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº 6, dez. 1998, p. 34.

¹²⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 62.

afetivamente em novas relações familiares uma vez que a primeira união chegou ao fim. É nesse contexto que surge a família pluriparental como uma entidade familiar que se constitui com a dissolução de um vínculo familiar e com a criação de novos vínculos. Ela pode receber a denominação de família reconstituída, recomposta, sequenciais, heterogêneas, em rede, pluriparentais e mosaico.¹²¹

Nesse sentido Dias¹²² explica que:

A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos.

A modalidade da família pluriparental se configura no mosaico de anteriores relações familiares. Mesmo com o dissabor experimentado de uma relação familiar que se rompeu, os sujeitos continuam a acreditar no amor e na constituição de uma vida em conjunto e unem-se novamente, cada qual trazendo os filhos oriundos da relação anterior.

Ferreira e Rorhmann¹²³ tratam da afetividade na família pluriparental:

A multiplicidade de vínculos familiares vem definida, de modo excepcional, pelo amor e pela afetividade, diferentemente da família clássica onde a vinculação pelos laços consanguíneos, com ou sem afeto, predomina. O elemento afetivo é indispensável à subsistência da família mosaico, exigindo de seus membros extraordinária capacidade de adaptação, considerando o fato de serem egressos de famílias anteriores, (des)construídas e, portanto, guardando o conjunto de valores da experiência familiar como vivida.

A família pluriparental assinala a complexidade de múltiplos vínculos familiares no estabelecimento dos novos espaços e funções de cada membro nessa nova família que se forma. A incansável busca por amar e ser amado faz com que o ser humano se reinvente e construa uma nova família. A adaptação de seus membros que

¹²¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **O pluralismo no Direito de Família Brasileiro: realidade social e reinvenção da família.** In WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord). Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 274.

¹²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

¹²³ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RORHMANN, Konstanze. **As famílias pluriparentais ou mosaicos.** In Congresso Brasileiro de Direito de Família. Fraternidade e Dignidade: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 507.

passam a conviver em uma família nova e diferente, somados ao equilíbrio de seus conflitos e interesses é o que confere estabilidade a essa família.

Os laços remanescentes da família anterior perduram e ainda continuam presentes. Isso gera uma dependência daquela com a nova relação familiar. Nesse momento de transição e de mudança é necessária a cooperação mútua dos pais biológicos e afetivos para que se crie uma atmosfera favorável e harmônica para o desenvolvimento dos filhos. Vale mencionar que é fundamental proteger a relação entre padrastos e enteados tanto durante a relação, como também após o seu término, tendo em vista que ocorreu a formação de vínculo afetivo entre eles.

Com isso, criam-se novos papéis e definem-se novas responsabilidades nessa entidade familiar em construção. Muitas vezes, o novo cônjuge passa a participar efetivamente da criação e educação dos filhos do outro cônjuge, mas sem que se afaste da figura e do convívio da paternidade biológica. Essa tarefa torna-se um desafio, principalmente quando a família pluriparental se desmancha e inicia novamente todo um processo para o seu refazimento.

A família pluriparental não foi mencionada na Constituição Federal de 1988, nem pelo Código Civil. No entanto, a proteção constitucional da família, enquanto gênero deve tutelar essa nova forma familiar e os conflitos emergentes dessa relação que se traduz na constante reinvenção da família. Na reconstrução da família ela é o vínculo de afeto, solidariedade e comunhão de vidas que se manifesta na multiplicidade e complexidade das relações familiares.

CAPÍTULO 3 - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, assegura-se a coexistência de diversas formas de paternidade e seus efeitos no ordenamento jurídico. Em um conceito constitucional flexível da família contemporânea consagra-se o princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, em conjunto com o princípio da solidariedade na repersonalização da relação paterno-filial em uma nova forma de compreensão das relações de parentesco e de filiação.

Dessa forma, as relações familiares apresentam-se em fundamentos que devem conduzi-la: dignidade humana, parentalidade responsável, igualdade entre os filhos, família plural e democrática, afeto, solidariedade e prevalência do melhor interesse dos filhos. As relações de filiação envolvem não somente a paternidade biológica, como também a socioafetiva, que é a relação afetiva de pessoas ligadas ou não pelo sangue, com ou sem nenhum grau de parentesco, mas que se tratam e se reconhecem como pais e filhos, a qual se denomina como paternidade socioafetiva.

3.1 A Família Constitucional: O Berço do Afeto

Na história humana, diversos foram os fatores que alteraram os padrões de família e consecutivamente a relação paterno-filial. Com o advento da Carta Magna de 1988 e a eminência do princípio da dignidade humana no ápice do ordenamento jurídico e fundamento de um Estado Democrático de Direito, as relações humanas passaram a ser mais estimadas por seus valores morais, porquanto elas passaram a ser verdadeiramente sentidas e, não, impostas; é a ressonância da valorização do afeto nas relações familiares.

Nesse sentido, a afetividade é a efetivação do princípio da dignidade humana nas relações familiares, é o sustentáculo do Direito de Família contemporâneo. A afetividade correlaciona-se com a comunhão de vidas, com a convivência familiar e o primado da igualdade entre os filhos. Ainda que implícito na Constituição, o princípio da afetividade imprime-se como um dever jurídico na relação paterno-filial. Como um sentimento voluntário o afeto é destituído de qualquer interesse moral ou patrimonial, à

medida que, nas relações visa-se o convívio parental e o estabelecimento do vínculo familiar.

Da mesma forma, o afeto se prende ao princípio da solidariedade, afeiçoado e moldado pelos laços que unem as pessoas, na aceitação do outro, mesmo com todas as suas diferenças sociais, físicas e morais. “De fato, o afeto transcende as deficiências ou limitações individuais de cada uma das pessoas e se complementa com compreensão e amor.”¹²⁴

O afeto é a essência da formação do indivíduo. A convivência familiar assegura o desenvolvimento sadio e a inserção do homem na sociedade. A afetividade integra a vida em família, mesmo a paternidade, biológica ou socioafetiva, o afeto solidifica as relações. É no seio da família que se possibilita a realização do ser humano.

Para Abbagnano¹²⁵ o afeto acompanha as relações humanas no conjunto de ações e atitudes concretas que designam proteção e cuidado que pode ser entendido como:

[...] os afetos constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Essa palavra designa o conjunto de atos ou atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc. que, no seu todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa “preocupa-se com” ou “cuida de” outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou a preocupação de que foi objeto. O que comumente se chama de “necessidade de afeto” é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante. Nesse, o afeto não é senão uma das formas do amor.

O termo afetividade, para a psicologia, é utilizado para designar a suscetibilidade que o ser humano experimenta diante de determinadas alterações que acontecem no mundo exterior ou em si próprio. Tem por constituinte fundamental um processo cambiante no âmbito das vivências do sujeito, em sua qualidade de experiências agradáveis ou desagradáveis. Para Bock¹²⁶, “são nossos afetos que dão colorido especial à conduta de cada um e às nossas vidas. Eles se expressam nos

¹²⁴ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

¹²⁵ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Martins Fontes: São Paulo, 1998, p. 21.

¹²⁶ BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologia**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

desejos, sonhos, fantasias, expectativas, nas palavras, nos gestos no que fazemos e pensamos. É o que nos faz viver.”

O afeto é imanente a uma grande parcela do caráter de qualquer indivíduo. Basta que se lance um olhar introspectivo para cada indivíduo que, certamente, depara-se com vários traços que sem o afeto não existiriam. A afetividade, do reduto da psicologia transporta sua importância nas relações humanas:

Compreende o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar o mundo subjetivamente. A afetividade é quem determina a atitude geral da pessoa diante de qualquer experiência vivencial, promove os impulsos motivadores e inibidores, percebe os fatos de maneira agradável ou sofrível, confere uma disposição indiferente ou entusiasmada e determina sentimentos que oscilam entre dois polos e transitam por infinitos tons entre esses dois polos, a depressão e a euforia.¹²⁷

Pode-se pensar na afetividade como a energia pulsional do indivíduo para a vida, dirigido ao relacionamento do ser com sua vida, com a disposição suficiente para a valoração de suas vivências. O afeto colore com matizes mutantes o relacionamento do sujeito com o ambiente em que vive, fazendo com que os episódios sejam apreendidos desta ou daquela maneira.

A afetividade que, inicialmente, era retratada no universo dos cientistas sociais, psicólogos e educadores, inevitavelmente adentrou para o mundo dos juristas a fim de ilustrar e compreender as relações familiares contemporâneas. “Ora, a ciência jurídica não mais se omite à temática do afeto, talvez por ser um fato social e psicológico, ou pela larga formação normativista em que houve tanta relutância pela perspectiva jurídica.”¹²⁸

No curso da história, há mais de 30 anos, Villela, o precursor da paternidade socioafetiva já anunciava a desbiologização da paternidade ao proclamar a preponderância do afeto na relação paterno-filial. “Ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.”¹²⁹

¹²⁷ BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologia**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

¹²⁸ HORITA, Fernando Henrique da Silva. **Afeto, amor e fraternidade: por novos paradigmas no direito de família**. In Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias. Iara Rodrigues de Toledo, Sarah Caroline de Deus Pereira, Daiane Cristina da Silva Mendes. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014, p. 96.

¹²⁹ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista Forense Comemorativa, 100 anos. Eduardo de Oliveira Leite e José da Silva Pacheco (Coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 240.

Elucida, ainda, com a conhecida sentença proferida por Salomão que instado a decidir entre duas mulheres que pleiteavam a guarda de uma criança, determinou que ela fosse cortada ao meio, cabendo uma metade a cada uma delas. Salomão sabia que a verdadeira mãe não permitiria tal fato e certamente abriria mão do filho. Salomão entregou o filho à mãe renunciante não buscando na sua decisão a maternidade biológica, até porque ela inexistia à época, mas a verdade face da filiação demonstrada por uma admirável lição de afeto e maternidade.¹³⁰

No caminho percorrido pela família contemporânea, a afetividade avulta-se na repersonalização das relações familiares. O retrato da família na atualidade já não se enquadra como antes, ao modelo rígido da família patriarcal, como um sentimento frágil, secundário ou até mesmo inexistente. Entre recuos e avanços, agiganta-se a afetividade, com a sua elevação a princípio na expressão da família nos dias atuais. O afeto, hoje, promove a família a um *status* nuclear. Se, antes, ele era presumido pela existência de uma família, no espaço atual, é responsável pela visibilidade e continuidade das relações.

O afeto enquanto característica inata do ser humano, mais do que garantia constitucional, é direito natural do homem o direito ao afeto, segundo Barros¹³¹:

O direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.

Importante acrescentar, ainda, que não é qualquer afeto que compõe um núcleo familiar. Se assim fosse, uma amizade seria elo formador de família, o que ratifica a sua posição de ser necessário o afeto familiar, como garantia à existência de uma família.¹³²

“O afeto transcende a própria família. Não é um laço que une apenas os integrantes de um núcleo familiar, não é apenas um valor jurídico, mas um sentimento que nutre as relações.”¹³³ A afetividade não é defluência da consanguinidade, o seu nascedouro é da convivência familiar, da comunhão de vidas que se consagra no exercício diário da tolerância e da aceitação.

¹³⁰ VILLELA, *Ibidem*.

¹³¹ BARROS, Sérgio Resende de. **O direito ao afeto**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia-principais-e-operacionais.conf>. Acesso em 08 out. 2014, p. 12.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem*, p. 07.

Na transformação da família, o transcurso nasce com uma comunidade de sangue e notabiliza, ao final desse século, o surgimento de uma comunidade de afeto; são novos contornos do Direito de Família. A família como um refúgio afetivo, intercâmbio de relações pessoais é a comunhão que valoriza o afeto. Tolerância na convivência diária.

Na transformação da família e do Direito, o transcurso apanha uma comunidade de sangue e, notabiliza ao final deste século, a possibilidade de uma comunidade de afeto. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue nas veias do renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro cultural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que pressupõe possibilidades e limites. Um tripé que, feito desenho, pode se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo.¹³⁴

A convivência familiar é um primado no Direito de Família, essencial na formação dos filhos. O exercício do poder familiar é o cuidado e educação dos filhos para o desenvolvimento da sua personalidade, que segundo Pozzoli¹³⁵:

A formação moral do jovem é constituída, basicamente, pelos relacionamentos na família, nos espaços de espiritualidade e na escola. Quando a família é base forte, o jovem certamente transitará com maior mobilidade e segurança pelas outras duas dimensões, considerando uma moral ética existente na sociedade atual.

Da mesma forma, para Tiba¹³⁶ “é fundamental que os pais estabeleçam as bases sobre as quais apoiarão a educação dos filhos. Essas bases serão os alicerces das novas casas a serem construídas”. Como os filhos são diferentes entre si, cada qual deverá ser estimulado desta ou daquela maneira. É na convivência diária que os pais conhecem a particularidade de cada filho e como ela deve ser estimulada. Para esse aprendizado, é fundamental que os pais tenham consciência e discernimento de que são os principais e os primeiros educadores de seus filhos.

¹³⁴ FACHIN, Luis Edson. **Elementos críticos à luz do novo Código Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 317-318.

¹³⁵ POZZOLI, Lafayette. **Direito de família: a fraternidade humanista na mediação familiar**. In *Fraternidade como categoria jurídica*. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013, p. 99-112.

¹³⁶ TIBA, Içami. **Quem ama, educa**. São Paulo: Editora Gente, 2002, p. 62.

A identidade biológica não é garantia da experiência da magnitude da filiação. Para que um filho se sinta verdadeiramente filho, ele deve ser aceito pelos pais, independentemente do vínculo sanguíneo que os vinculem. Desse modo, não basta a correlação genética para ser pai e mãe, pois a filiação é uma construção diária, é troca e doação que envolve muito mais do que a identidade de genes. Afinal, para a formação de um indivíduo que possa tornar-se um sujeito em pleno desenvolvimento é essencial que tenha, em seu íntimo, a figura de pai e de mãe.

Dias parte da premissa questionadora de que o próprio Estado é o garantidor do afeto aos cidadãos por lhes garantir um rol de direitos que confere dignidade.¹³⁷

O Estado impõe a si obrigações para com seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol intenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.

O Estado e a sociedade por meio de organizações não governamentais demonstram afetividade pelos cidadãos quando em ações afirmativas buscam garantir a inclusão social. A Associação Filhos Nascidos do Coração¹³⁸ é uma destas instituições que em um gesto de afeto oferece cursos gratuitos de qualificação básica e capacitação profissional, a fim de promover a ética, a paz e a cidadania na proteção da identidade física, social e cultural de agrupamentos urbanos.

Para Leão Júnior e Dantas¹³⁹, “a afetividade é a base de uma inclusão social, contrária a discriminações existentes sobre qualquer tipo de distinção que possa ofender o ser humano.” É imperioso que se restaure a dignidade por meio de ações afirmativas.

A afetividade é captada como um valor no alcance da igualdade material e não apenas formal, ela é um axioma no respeito às diferenças individuais, desempenhando papel importante na construção ou a reestruturação da personalidade humana.¹⁴⁰ O desejo tangível de promover o bem estar dos membros de uma família se consubstancia

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

¹³⁸ Associação Filhos Nascidos do Coração. Disponível em <http://www.afincors.org.br/default.php>. Acesso em 07 de junho de 2015.

¹³⁹ LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. **Constitucionalização da ética do afeto e a alteridade nas novas famílias**. In Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias. Iara Rodrigues de Toledo, Sarah Caroline de Deus Pereira, Daiane Cristina da Silva Mendes. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014, p. 136.

¹⁴⁰ CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. Direito das Famílias e Sucessões n. 26, Fev-Mar 2012, p. 49.

quando, na convivência diuturna, há o respeito a sua individualidade, aspirações e objetivos.

No que concerne ao tratamento conferido à afetividade pelo ordenamento jurídico pátrio, Lôbo¹⁴¹ assenta o seu fundamento constitucional da comunidade familiar fundada em laços de afetividade e consagra a família afetiva:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que diz respeito aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação de fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Na apreciação da afetividade, deve-se orientar pelo pressuposto do pensamento complexo, isto quer dizer, que os conceitos são provisórios, os objetos encontram-se inseridos em sua circunstancialidade e se apresentam por seus diversos modos conforme a perspectiva de abordagem e, principalmente pelo fato de que esta compreensão é influenciada pelo subjetivismo congênito dos seres humanos.¹⁴²

Não basta a inserção do afeto como elemento identificador dos vínculos familiares, essa apreensão foi, sem dúvida, uma grande conquista em uma longa trajetória. Progressivamente, com a aparição do retrato do afeto no plano dos fatos se inicia um percurso de direitos subjetivos: no terreno da liberdade, o direito de ser ou de estar e como se quer ser ou estar. Na realidade, essa prescrição deflui da autonomia privada, que é considerada por Sarmiento¹⁴³ como o poder de autorregulamentar os próprios interesses:

[...] esse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade.

¹⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 12, jan./mar., 2002, p. 40-55.

¹⁴² SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 48.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 88.

Isso posto, a afetividade é avocada sob duas ópticas: é a base sólida para o estabelecimento de vínculos paterno-filiais, do mesmo modo é a forma de impedir que eles se rompam, impedindo a sua desconstituição.

Num aspecto filosófico-psíquico, May¹⁴⁴ retrata o afeto do homem no seu relacionamento social, que precisa ser aceito e integrado a um grupo e afirma que, sem a comunhão de vida com outro ser humano, viverá na solidão e não aprenderá a amar:

O ser humano não tem aptidão para viver isolado, portanto, carece da aprovação social de determinado grupo, necessita ser estimado para superar a sensação de isolamento, pois somente imersa no grupo é reabsorvida, como se voltasse ao ventre materno, esquecendo assim a solidão, embora ao preço da renúncia à sua própria existência como personalidade independente. Não consegue acionar os recursos internos capazes de vencer a solidão no correr dos anos, isto é, o desenvolvimento de seus recursos interiores, da força e do senso de direção, para usá-los como base de um relacionamento significativo com os outros seres humanos. Nessa desestruturação, a solidão passa a ser a única companheira, ainda em presença dos outros, pois gente vazia não possui base necessária para aprender a amar.

A filiação socioafetiva se caracteriza quando, existindo ou não vínculo biológico, as pessoas se reconhecem e se tratam como uma família, na condição de pais e filhos, reciprocamente considerados, em que não há o formalismo do registro civil, mas, seguramente, persiste o vínculo e o afeto que só advém da convivência familiar. Por uma interpretação constitucional dos princípios norteadores do Direito de Família, essa relação de filiação se origina no afeto e tem como escopo basilar a proteção às crianças e adolescentes que foram excluídas de suas famílias naturais, proporcionando a elas o convívio familiar e comunitário fundamentais para o desenvolvimento sadio.

3.2 Paternidade/Maternidade: Um Compromisso de Amor

O poder familiar é “como um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados.” Tal poder não representa um direito e, sim, um compromisso. Por conseguinte, é indisponível, não admite renúncia e é imprescritível. O poder familiar deve ser exercido em interesse aos filhos, visando sua

¹⁴⁴ MAY, Rollo. **O homem à procura de si mesmo**. Trad. de Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 29.

proteção e a garantia de seus direitos e, tão somente, quando esses preceitos não são atendidos, o Estado interfere como forma de preservação à unidade familiar.

A paternidade e a maternidade não são, apenas, um conjunto de poderes atribuídos aos pais, mas convertem-se em um conjugado de deveres que atendam ao melhor interesse da criança e do adolescente. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deveria ser suficiente para garantir a convivência dos filhos com os pais, ou seja, “participar, interferir, colocar limites, enfim, educar. São direitos fundamentais dos menores e deveres fundamentais dos pais, que não se rompem com o fim da conjugalidade, ou existem, independente de haver conjugalidade dos pais.”¹⁴⁵

Aos pais cabe, em igualdade de condições, o exercício do poder familiar de assistir e socorrer material e moralmente os filhos:

O poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do munus não é livre, mas necessário no interesse de outrem.¹⁴⁶

A paternidade exprime muito mais que o fornecimento de alimentos e a partilha de bens hereditários. A parentalidade é uma construção diária e incansável que envolve a constituição de valores e o desenvolvimento da singularidade da pessoa, alcançados maiormente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é munus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar. É pai quem assume esses deveres, ainda que não seja o genitor.¹⁴⁷

A educação dos filhos se principia no lar. Os pais são os primeiros educadores, na tarefa de apontar o caminho e, na medida certa, impor limites. “O que um filho

¹⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Direito das Famílias e Sucessões nº 29. Ago-Set/2012, p. 7.

¹⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. In Direito de Família e o Novo Código Civil. DIAS, Maria Berenice (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 177-189.

¹⁴⁷ SANTOS, Douglas de Oliveira. **A Constituição Federal de 1988 e o surgimento da paternidade socioafetiva**. Disponível em <http://www.juridicohightech.com.br/2013/03/a-constituicao-federal-de-1988-e-o.html>. Acesso em 29 out. 2014.

aprende de verdade na família transforma-se em valores que qualificam o bem viver.”¹⁴⁸

Na precisa lição de Tiba¹⁴⁹ “mesmo nascidos do mesmo pai e da mesma mãe, os filhos nunca são iguais; além das diferenças genéticas, físicas e cromossômicas, as disponibilidades da família são diferentes conforme a idade e as etapas de vida”. Cada filho deve ser tratado como se fosse único.

Nesse sentido, é importante acrescentar que uma atitude adequada tomada em relação a um filho nem sempre é percebida de imediato, mas nos resultados de ações e comportamentos que se observam ao longo do tempo. Educar dá trabalho. É uma tarefa árdua e os seus efeitos, na grande maioria dos casos serão notados pelo resto da vida.

A responsabilidade dos pais é prevista constitucionalmente e substanciada nos princípios da paternidade responsável e da prioridade absoluta da criança e adolescente.

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.

Não se pode exigir amor, mas é plenamente possível a exigência de respeito aos preceitos constitucionais, que afastam qualquer forma de negligência dos pais. A Constituição ao prever qualquer forma de negligência, em uma interpretação teleológica e sistemática, envolve tanto a assistência material, como a afetiva, por envolver valores fundamentais para um ser humano em desenvolvimento.¹⁵⁰

Villela¹⁵¹ faz referência à parentalidade responsável ao elencar entre os direitos-deveres, o de proporcionar aos filhos carinho, afeto e companheirismo, que são elementos de suprema importância no desenvolvimento da personalidade física, psíquica e emocional dos filhos. Cabe aos pais conjuntamente desempenhar esse papel de relevo.

¹⁴⁸ TIBA, Içami. **Quem ama, educa**. São Paulo: Editora Gente, 2002, p. 38.

¹⁴⁹ TIBA, Ibidem.

¹⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Direito das Famílias e Sucessões nº 29. Ago-Set/2012, p. 7.

¹⁵¹ VILLELA, João Baptista. **Paternidade responsável**. In Enciclopédia Saraiva do Direito. R. Limongi França (Coord). São Paulo: Saraiva, 1977, v.57, p. 242.

Sem a presença operante desses elementos, cresce uma criança fragilizada que no futuro torna-se um adolescente cheio de revolta, sem autoestima, inconformado com a vida, que traz consigo marcas indeléveis causadas pela ausência dos pais no cuidado e na atenção diários e pela falta de afeto.

É esse o entendimento da Ministra Nancy Andrighi de que o cuidado é uma obrigação legal, elemento primordial no desenvolvimento de crianças e adolescentes:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do inatingível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente de coloca-los a salvo de toda a forma de negligência.

É cristalino o entendimento de que o cuidado é fundamental para o desenvolvimento dos direitos de personalidade de crianças e adolescentes. É o comportamento vigilante e positivo daqueles que convivem em família, em pequenas ou grandes atitudes na promoção do bem estar comum. Na dinâmica das relações familiares e, principalmente, na relação entre pais e filhos, o cuidado se consubstancia na externalização de atos e no fortalecimento de vínculos afetivos.

É humanamente impossível obrigar alguém a amar outrem, mas na relação entre pais e filhos exige-se responsabilidade e comprometimento e, isso, redundando em obrigação jurídica. A afetividade como fonte de direitos e deveres “é a que depende mais do braço, do ombro e da razão do que do coração.”¹⁵² A ausência de um pai ou de uma mãe pode trazer consequências incalculáveis ao sujeito em desenvolvimento. Não se deve olvidar das responsabilidades dos pais sobre os filhos, que tem o dever de criar, educar e assistir os filhos menores, como estabelece o art. 229 da Constituição Federal:

Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

¹⁵² OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família.** In Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT Jr., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida (Coord.) Bahia: Juspodivm, 2010, p. 65.

A responsabilidade dos pais aportada nos atos praticados ou por suas omissões, não se redonda na monetarização do afeto ou no ressarcimento das mágoas e sofrimentos. A responsabilidade parental é substanciada no princípio da paternidade responsável e da prioridade absoluta da criança e do adolescente. O poder familiar deixou há muito tempo, de ser, unicamente, um conjunto de competências, para deveres que atendam ao melhor interesse da criança e adolescente em fase de desenvolvimento, notadamente na convivência familiar.

Não se restringe essa responsabilidade ao provimento material, é essencial a assistência afetiva, no sentido do cuidado e realização humana. O convívio familiar é direito fundamental de toda criança e adolescente e, tem o papel fundamental no desenvolvimento de uma personalidade sadia.

Quanto à função elementar dos pais no exercício da parentalidade responsável, devem os genitores, solteiros, casados, separados, divorciados ou viúvos, ter a plena consciência da sua função no desenvolvimento de seus filhos, na certeza de que os atos por eles praticados podem gerar graves prejuízos a sua prole. A questão acerca do genitor que não despense cuidado ao filho, que sequer o visita, deve-se desvincular a sua imagem e ter a noção de que essa criança não pode padecer em virtude do dissabor de adultos despreparados que têm a obrigação de estar aptos para exercer este múnus e encontrar meios de fazê-lo.¹⁵³

“O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto.”¹⁵⁴ E o afeto significa muito mais do que ter afeição por alguém, requer dedicação. Afeição¹⁵⁵ se traduz em instruir, educar, formar, dar feição, forma ou figura. “Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação. É cuidado no sentido de preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro.”¹⁵⁶ A família, independente de sua modalidade de constituição é composta por membros que possuem obrigações entre si, a fim de que se forme uma estrutura psíquica que mantenha o desenvolvimento digno e benéfico de seus membros.

¹⁵³ VIEIRA, Cláudia Stein. **A relação jurídico-afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilidade civil.** In Direito e responsabilidade. HIRONAKA, Giselda (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 47.

¹⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Indenização por abandono afetivo e material.** Direito das Famílias e Sucessões nº 25, dez-jan/2012, p. 116.

¹⁵⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio século XXI.** 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 61.

¹⁵⁶ FERREIRA, Ibidem.

3.3 Laços Afetivos entre Pais e Filhos: A Socioafetividade

O estado de filiação categórico da socioafetividade apresenta-se em elementos que se associam com a posse do estado de filhos: os cuidados despendidos a ele, o uso do patronímico da família e a publicidade do vínculo paternal.

A afetividade como um princípio jurídico dotado de força normativa, inflige o dever de cuidado aos membros da família, ainda que não haja mais afeto entre eles. A perspectiva vertente do Direito de Família na época presente é a socioafetividade, que se assenta na dignidade humana entrelaçada nas relações afetivas com o intuito de proteção aos interesses do menor; os direitos dos pais cessam ao se iniciarem os da criança e do adolescente que são constitucionalmente assegurados.

A socioafetividade como categoria jurídica e a consecutiva pluralidade de relações de filiação e de entidades familiares têm marcado a evolução do Direito de Família contemporâneo. As flutuações de entendimento e de controvérsia refletem o impacto dessa novidade. As categorias se firmam consecutivamente e nesse atual estágio, insurge sua crescente formação como fato jurídico e não apenas um fato social.¹⁵⁷

O Código Civil de 1916 estabelecia a filiação jurídica entre pai e filho pela presunção *pater is est*, motivados pelos valores tradicionais que vigoravam à época: a preservação do patrimônio e da família. Mas que esse filho tivesse nascido durante a constância do casamento, denominado de filho legítimo, o qual recebia todo o amparo e proteção legal, o que não ocorria com os filhos advindos de uma relação extraconjugal, os filhos ilegítimos. Isso mostra o descompasso em que o Código Civil de 1916 tratava os filhos legítimos e os ilegítimos, na medida em que os punia com a retirada de direitos.¹⁵⁸

Verifica-se, nessa época, que o vínculo biológico não tinha como regra o seu reconhecimento, bastava o nascimento do filho durante a constância do casamento para assim, ser considerado legítimo. No entanto, os filhos havidos fora do matrimônio, eram bastardos, adulterinos, sem direitos reconhecidos e o pai não tinha obrigação no seu

¹⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental**. Direito das Famílias e Sucessões nº 5 – Ago-Set/2008, p. 5.

¹⁵⁸ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 108.

sustento. Esta tratava-se de uma verdade formal completamente abolida do ordenamento jurídico vigente.¹⁵⁹

A estrutura familiar passou por alterações, as quais também se refletem no tratamento dos filhos. A educação, o cuidado e o zelo passaram a ter monta para essa nova concepção de família. Certificando as novas instituições, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem novas formas de constituição familiar e se concretizam por meio de seus dispositivos legais.

A fundamentação jurídica da paternidade socioafetiva é consagrada na Constituição Federal nos artigos 1º, inciso III e art.227, §6 que admite a possibilidade de reconhecimento da filiação pela posse de estado de filho, não se exige vínculo consanguíneo, como também se fundamenta na doutrina da proteção integral, consoante a disposição dos artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o avanço das ciências das últimas décadas, o Código Civil trouxe a verdade biológica que pode dirimir com precisão qualquer questão relacionada à paternidade e maternidade por meio de um exame de DNA, que revela a verdade biológica, por meio da compatibilidade sanguínea, aliada a mesma presunção *pater is est* do Código de 1916. A filiação socioafetiva não ficou de fora, na medida em que ficou estabelecida em vários dispositivos legais como se pode observar nas relações decorrentes da adoção e da fecundação assistida heteróloga.

A legislação civil faz referência pela escolha da paternidade socioafetiva, nos arts. 1.593 e 1.596, na possibilidade de outra origem de paternidade e na igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento e, biológicos ou não:

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

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O conceito de filiação é a relação de parentesco consanguíneo em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àqueles que a geraram, ou a acolheram como filho como se o tivessem gerado. Na extensão desse conceito assenta-se a filiação

¹⁵⁹ WELTER. Belmiro Pedro. **Igualdade entre a Filiação Biológica e Sócioafetiva**. Revista de Direito Privado. v. 14, abr. -jun. 2003, p. 111-147.

socioafetiva, embora não exista o vínculo biológico.¹⁶⁰ Na Constituição Federal há a reconhecimento da paternidade biológica como também da socioafetiva, delegando para a análise fática o condão de elucidar os conflitos existentes entre as filiações biológicas, socioafetivas e ainda a questão registral.

A Constituição Federal de 1988 é o ponto de apoio da repersonalização epistemológica no ramo do Direito Familiar. O percurso corrente parte de uma identidade sanguínea e celebra, no final desse século, uma comunidade fundada no afeto; são novos contornos do Direito de Família como refúgio afetivo. Inquestionável é o descortinar da nova dimensão da convivência familiar e do afeto como diretriz e norte da organização jurídica da família, notadamente da relação paterno-filial.

No estabelecimento da paternidade, três aspectos podem ser considerados: o jurídico, o biológico e o socioafetivo.¹⁶¹

A filiação jurídica é aquela que vem estabelecida no art. 1597 do Código Civil, com o instituto da presunção de paternidade o qual a lei prevê situações abstratas em que incide a paternidade. Dessa forma, ocorrida alguma das hipóteses previstas, logo se identifica quem é o pai, mesmo que tal fato não corresponda com a realidade dos fatos. É aquela denominada *pater is est*, em que tem como verdadeira a paternidade em razão do casamento, como meio de garantir segurança jurídica às relações familiares, no sentido de que determina que o marido da mãe seja absolutamente considerado o pai.

O critério biológico consiste na correlação sanguínea existente entre pais e filhos, na propensão do filho carregar consigo a identidade genética dos pais. Esse é o critério que predomina no reconhecimento voluntário, como em meio ao reconhecimento judicial, visto que, em processo judicial que se almeja o reconhecimento de paternidade, o vínculo biológico tem sido admitido como verdade real.¹⁶²

Para a concepção do ser humano, o fator biológico é pressuposto essencial, o que revela a sua importância na concepção da vida. Contudo, para o exercício da paternidade e maternidade é preciso mais do que os laços de sangue. E é por isso que a

¹⁶⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 321.

¹⁶¹ BARBOZA, Heloísa Helena. **Direito à identidade genética**. In Família e Cidadania – O Novo CCB e a Vacatio Legis. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 381.

¹⁶² FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade; Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 33.

parentalidade responsável é apreendida na socioafetividade, é atuar como pai e mãe, na dedicação e na convivência diária que constrói o vínculo. “A socioafetividade, desde logo, se enquadra juridicamente na expressão da posse de estado de filho.”¹⁶³

No estabelecimento da paternidade biológica, pode-se facilmente reconhecer o genitor com a realização do exame de DNA. Entretanto, a paternidade fundada em elemento subjetivo vai além do vínculo biológico, sem, contudo, desconsiderá-lo:

Toda a estrutura do Direito para a averiguação da paternidade está assentada nos laços biológicos da paternidade. Com a evolução do conhecimento científico isto ficou facilitado, já que se pode saber quem é o genitor, pelo método do DNA. Por outro lado, podemos verificar que a paternidade não é um fato da natureza, mas antes um fato cultural. Em outras palavras, paternidade é uma função exercida, ou um lugar ocupado por alguém que não é necessariamente o pai biológico. Nesse sentido, o lugar de pai pode ser ocupado por outra pessoa como o irmão mais velho, o avô, o namorado, etc. Isto não significa que a paternidade biológica não deve ser considerada pelo Direito.

A paternidade socioafetiva se fundamenta no princípio da dignidade humana, bem como encontra respaldo e no princípio do melhor interesse da criança e adolescente. Por esse critério, o papel de pai e mãe cabe àquele que, efetivamente, desempenha tal função e, isso ultrapassa os laços consanguíneos, pois na relação entre pais e filhos o exercício da parentalidade responsável independe do vínculo biológico.

O filho é mais quem um descendente genético e se revela numa relação construída no afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica cede espaço à verdade de coração. Na construção da nova família deve se procurar equilibrar essas duas vertentes, a relação biológica e a relação socioafetiva.¹⁶⁴

Na lição de Lôbo, “no Brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição de 1988 não há mais filiação legítima, ilegítima, natural, adotiva, ou adúltera.” A igualdade, princípio constitucionalmente assegurado, proíbe qualquer discriminação entre os filhos havidos ou não do casamento. Sabe-se que no século passado, os filhos havidos pelos laços do matrimônio tinham sua paternidade presumida e, consecutivo a esse reconhecimento advinham os direitos patrimoniais.

¹⁶³ FACHIN, *Ibidem*, p. 36.

¹⁶⁴ FACHIN, Rosana. **Da filiação.** *In* Direito de família e o novo código civil. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 120.

Em decisão proferida pela Quarta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pode-se observar que houve o reconhecimento póstumo do vínculo socioafetivo entre a filha de criação e a falecida que se revelava claramente numa relação de parentesco, conforme seu pronunciamento:¹⁶⁵

A partir do momento que se admite, no Direito pátrio, a figura do parentesco socioafetivo, não há como negar, no case em exame, que a relação ocorrida durante quase dezenove anos entre a autora e a alegada mãe afetiva, se revestiu de contornos nítidos de parentesco, maior, mesmo, do que o sanguíneo, o que se confirma pelo conteúdo dos depoimentos de filhos da alegada mãe afetiva, e do testamento público que esta lavrou, três anos depois de sua morte, reconhecendo a autora como filha adotiva.

A filiação abandonou a função patrimonial, sua fundamentação na presunção de paternidade e na biologia e prossegue abrindo espaço ao afeto na relação paterno-filial. A filiação socioafetiva se afigura quando havendo ou não vínculo biológico, as pessoas se tratam e se reconhecem como pais e filhos perante a sociedade, desvinculados de um registro civil, mas fortemente ligados pela convivência familiar.

A filiação socioafetiva avigora o exercício da parentalidade responsável. Essa relação de parentesco tem como escopo a proteção integral de crianças e adolescentes descartados por suas famílias naturais, proporcionado a eles o convívio familiar e comunitário em uma nova família que os acolhe e assiste em todas as suas necessidades.

Nesse sentido, inúmeros são os embates concernentes aos tipos de filiação, qual deve prevalecer. Muito embora os vários conceitos de paternidade, é premissa indiscutível que é da relação sanguínea que advém os direitos inerentes à filiação, como o direito ao nome, sobrenome, identidade genética ou registral, entre outros. Não obstante, a paternidade deve ser exercida de maneira responsável, conforme a Constituição prevê, em seu artigo 226, § 7º, cabe ao direito tutelar os conflitos das mais diversas formas de relação paterno-filial.

A filiação jurídica pode ser ratificada com o exame biológico, mas, ainda assim, em alguns litígios a filiação socioafetiva supera a biológica. A filiação é construída no afeto entre pais e filhos, que independe da origem biológica. Ser efetivamente pai e mãe é muito diferente de ser genitor e genitora. A denominação de

¹⁶⁵ Apelação Cível n. 1.0024.03.186459-8/001 – Ementa: Direito Civil – Apelação – Maternidade Afetiva – Atos inequívocos de reconhecimento mútuo – Testamento – Depoimentos de outros filhos – Parentesco reconhecido – Recurso desprovido.

pai e mãe se refere àqueles que realmente criam, educam, assistem e dão amor, enquanto os genitores apenas geram.¹⁶⁶

Como afirmam Fróes e Leão Junior¹⁶⁷ “pode ser que a afetividade e a verdade biológica ou civil coincidam. Entretanto, se assim não for, a relação oriunda do afeto não pode ser descaracterizada ou menosprezada”.

Farias e Rosenvald notabilizam o afeto como legítimo direito fundamental, o qual permite alçar o reconhecimento da igualdade entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva.¹⁶⁸ Dessa forma, aproxima-se o afeto da realidade das famílias e a caracterização da paternidade socioafetiva é a sua evidente percepção.

Na paternidade socioafetiva, a atribuição de pai, diferencia-se do pai biológico ausente no enfoque da afetividade. Aquele que busca o reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva manifesta, inequivocadamente, a vontade de ser pai e filho, de ter regulamentada juridicamente essa relação, no zelo, carinho e proteção, como também na notoriedade dessa relação, são componentes que fazem com que a socioafetividade supere a biologia.

Os filhos são conquistados pelo coração em uma relação diária de afeto, em um ambiente sólido de demonstração de amor, independente do vínculo genético. Afeto para conferir realização e compartilhar felicidade. Representa as conversas diárias, os conselhos e a direção, mas muito mais do que isso, “significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos socioafetivos, o espaço reservado por Deus, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração.”¹⁶⁹

A socioafetividade tenciona para o direito circunstâncias da vida familiar apontadas pela convivência, estabilidade e afetividade. O convívio daqueles que se comportam como pai e mãe conjugado com outra pessoa que se comporta como filho em um ambiente de vivência familiar.

A renovação que se faz presente atualmente exterioriza dois pontos cruciais, ao firmar tanto a existência da filiação biológica como a da filiação não biológica, ambas certamente diversas, mas nem sempre

¹⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts 1.591 a 1.693**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 42.

¹⁶⁷ FRÓES, Carla Baggio Laperuta; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior. **Afetividade: essencialidade nas relações familiares**. Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 123.

¹⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 83.

¹⁶⁹ MADALENO, Rolf. **Filhos do coração**. In Revista brasileira de direito de família, n.23. Porto Alegre: Síntese, 2004.

antagônicas, porquanto a uma por si mesma não é dado o condão de ser prioritária ao ponto de suplantar ou aniquilar a outra. Muitas dúvidas resultam espancadas em laboratório, outras tantas pouco serve ou de nada serve esse resultado da tecnologia, sobretudo quando o estado de filiação depende do componente do afeto ou afetividade.¹⁷⁰

Essencial é dizer que os pais, que fizeram livremente a opção de receber esse filho que o mantenham permanentemente. O tratamento dispensado ao filho consanguíneo é o mesmo dado ao filho socioafetivo. Assim, é impossível negar essa relação de filiação e admitir as suas consequências jurídicas, notadamente sob a perspectiva da igualdade constitucional.¹⁷¹

Na função da filiação socioafetiva, a relação da criança com aquele que lhe oferece cuidados é decisiva no seu desenvolvimento e na formação de sua personalidade, conforme o que preconizam Razera e Oltramari¹⁷²:

Quando uma família é inaugurada a partir do afeto, sendo os seus laços pautados no amor e no respeito às diferenças, espera-se que as necessidades do menor sejam atendidas no que concerne ao seu desenvolvimento psíquico satisfatório. Nesse contexto, a relação com aquele que cuida é determinante na formação da personalidade.

No desenvolvimento dessa relação socioafetiva, o afeto se consolida ao longo da criação e educação voluntária de uma criança ou adolescente com a convivência harmoniosa dos filhos biológicos daqueles que o acolheram, sem a regularização formal do vínculo jurídico pela guarda, tutela, adoção, ou a propositura de ação judicial para o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Na consolidação da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico vigente, erige-se como cláusula geral de tutela da personalidade humana a salvaguarda da filiação na formação do ser humano em desenvolvimento. A desconstituição do vínculo amparado na relação de afeto tem o condão de prejudicar a construção da personalidade e a definição de sua identidade. O desenvolvimento dessa personalidade não pode ficar condicionado às incertezas e instabilidades de conflitos familiares.

¹⁷⁰ LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; BAHIA, Claudio José Amaral. **O afeto e a afetividade nas relações filiares nas novas famílias**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza, 2010, p. 118.

¹⁷¹ ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA**. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG e Del Rey, 2002, p. 122.

¹⁷² RAZERA, Bruna; OLTRAMARI, Fernanda. **O afeto e o cuidado nas relações familiares: construindo os alicerces de uma nova casa**. Revista Síntese de Direito de Família, v.5, n. 78, São Paulo: Síntese IOB, jun./jul. 2013, p. 37.

Na paternidade socioafetiva quando se busca voluntariamente o registro do filho, mesmo sabendo da ausência de vínculo biológico, acarretará com os direitos e deveres que lhe são inerentes à paternidade, sem qualquer discriminação. No entanto, ressalta-se que essa não deve ser uma atitude impensada e casual, deve-se ter a noção que esse é um compromisso para a vida toda, porque filho não é um objeto descartável que assumido quando desejado e dispensado quando não mais conveniente.

A propósito disso, elucida-se com a ementa da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no tocante à parentalidade daquele que, voluntariamente, registra como filho e, em seguida, em face de exame excludente de paternidade, busca desconstituí-lo, negando judicialmente o vínculo socioafetivo que já se desenvolveu ao longo dos anos, pleito que seguiu inadmitido¹⁷³:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Exame de DNA – Paternidade voluntariamente reconhecida – registro do requerido como filho – Pretensão na exclusão da paternidade com base no laudo pericial realizado – Descabimento – Posse do estado de filho, a partir da filiação socioafetiva – Carência da ação, por ausência de interesse processual – Extinção do processo decretada – Recurso desprovido (Apelação n. 0003698-85.2007.8.26.0093 – Guarujá – 8ª Câmara de Direito Privado – Relator: Caetano Lagrasta Neto – 10 – 8 – 2011 – 23506 – Unânime).

Delineados os elementos fáticos da filiação socioafetiva, não se pode questionar o ato de registro de nascimento de outrora sob o argumento da diversidade genética, o que torna irrevogável, neste julgado, o reconhecimento voluntário da paternidade. Em sentido contrário, observa-se uma ação negatória de paternidade com a relação socioafetiva devidamente comprovada, não foram suficientes para ensejar a anulação do registro civil, sob o fundamento de que para a pretensão ser julgada procedente deve-se comprovar a inexistência do vínculo biológico e do socioafetivo:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ESTADO DE FILIAÇÃO COMPROVADO PELA RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. PROVIMENTO NEGADO. 1- Na ação negatória de paternidade o autor deve comprovar, concomitantemente, a inexistência de vínculo biológico e vínculo socioafetivo para ver julgada procedente a sua pretensão, eis que sendo a filiação um estado social, comprovada a relação de afeto entre pai e filha e, agora, também neto, não se justifica a anulação do registro de nascimento. Precedentes. 12 – Recurso conhecido, mas não provido (TJES; Apelação 0004823 – 96.2008.8.08.0047; Primeira

¹⁷³ Apelação Cível n. 0003698-85.2007.8.26.0093 – Guarujá – 8ª Câmara de Direito Privado – Relator: Caetano Lagrasta Neto – 10/08/2011 – 23506 – Unânime.

Câmara Cível; Relator Desembargadora Janete Vargas Simões; j. 28-05-2013; DJES 06-06-2013).

Por oportuno se faz trazer à menção o voto da Ministra Nancy Andrichi, com a sensibilidade e clarividência que lhe são peculiares, ampara os interesses da filha e desacolhe a pretensão do pai, que na dúvida do vínculo biológico, realiza voluntariamente o registro. O seu voto é motivado pela socioafetividade e consolida a parentalidade paterno-filial:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse. 3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração autoproduzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico. 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva – relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. 5. Recurso Especial provido (STJ; REsp 1.244.957; Proc. 2011/0068281-0; SC; Terceira Turma; Relatora Ministra Nancy Andrichi; j. 7-8-2012; DJE 27-9-2012).

No tocante ao exercício da parentalidade responsável, deve-se destacar a atitude daqueles que praticam atos contraditórios, que espontaneamente reconhecem e rejeitam, que agem dessa ou daquela forma por capricho, entre outras condutas que servem de justificativa para as relações fracassadas, amores mal resolvidos, afetos e desafetos que se valem dos filhos como anteparos, pois totalmente voltados para o seu egocentrismo, não observam a vulnerabilidade de crianças e adolescentes que vivenciam essa instabilidade emocional.

Esse conflito não é novo. É sentido no âmbito das relações interpessoais e nos conflitos familiares denominado de síndrome da alienação parental, que está intimamente ligado à intensificação da convivência familiar que se manifesta na

aproximação dos pais com os filhos. Desse modo, na hipótese de separação dos genitores passou a haver uma demanda acirrada de disputa pela guarda dos filhos.

Dias¹⁷⁴ elucida que os encontros com hora marcada com os pais não alimentam a relação paterno-filial e não estreitam os vínculos afetivos:

Como encontros impostos de modo tarifado não alimentam o estreitamento dos vínculos afetivos, a tendência é o arrefecimento da cumplicidade que só a convivência traz. Afrouxando-se os elos de afetividade, ocorre o distanciamento, tornando as visitas rarefeitas. Com isso, os encontros acabam protocolares: uma obrigação para o pai e, muitas vezes, um suplício para os filhos.

A ruptura da relação conjugal pode gerar no pai ou na mãe o sentimento de abandono, rejeição e uma tendência vingativa muito grande sobre aquele que não consegue aceitar a separação e desencadeia um processo de destruição e desmoralização do ex-cônjuge a fim de afastá-lo do filho. Nesse intento, o filho é utilizado como instrumento da agressividade e isso gera uma confusão de sentimentos no filho e a destruição do vínculo afetivo.¹⁷⁵

Essa forma de abuso coloca em risco a saúde emocional de uma criança ou adolescente. Presente a alienação parental, é medida imprescindível a responsabilização do alienante tendo em vista que condutas como essa colocam em risco o equilíbrio emocional do filho e sobretudo, deve-se ressaltar que a parentalidade deve ser exercida com responsabilidade.

O progresso que vem ocorrendo cientificamente na reprodução humana, reflete diretamente na relação familiar, pois a filiação deixa de ser definida pelo vínculo biológico e abre-se caminho para o estabelecimento de vínculo social e afetivo na relação filial. A preferência pela afetividade se dá especialmente pelo prelúdio da desbiologização das relações familiares, ao assentar o elemento socioafetivo e psicológico como sustentáculos essenciais à constituição familiar.

Na mudança de valores que passou a família brasileira, considera-se como uma das mais relevantes o abandono do caráter patrimonial que há muito perdurou e, com isso, renasce uma nova face da paternidade e da filiação, mais condizente ao momento atual que se vive, a socioafetividade. A socioafetividade representa uma evolução

¹⁷⁴ DIAS, Maria Berenice Dias. **Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?** Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o_parental_o_que_%E9_isso.pdf. Acesso em 19 de maio de 2015.

¹⁷⁵ DIAS, Ibidem.

positiva ao Direito de Família a partir da repersonalização das relações familiares e, sobretudo, da filiação.

Na afirmação da existência da paternidade socioafetiva não se desconsidera o elemento consanguíneo, mas o coloca em convívio harmônico com o socioafetivo, uma vez que a família é constituída por fatores biológicos e culturais. Para um filho é primordial a presença de um pai. E ser pai é bem diferente de ser genitor, não é apenas a compatibilidade genética que o torna pai, mas a convivência diária de quem cuida, ampara e dá amor.

Villela¹⁷⁶ conjuga desse mesmo entendimento de que “a consanguinidade tem, de fato e de direito, um papel secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança.”

Assim, é evidente que os laços de afeto se sobrepõem ao consanguíneo, que há de ser considerado como vínculo de parentalidade, na ausência do curso natural das relações humanas de se desenvolver afeto nos laços sanguíneos da família natural¹⁷⁷. Na parentalidade exercida com responsabilidade, é salutar para o desenvolvimento dos filhos a convivência diária e a assunção das responsabilidades que lhes são inerentes, pela supremacia dos interesses dos filhos imprimindo-lhes a dimensão do cumprimento de um dever, para que eles, no futuro, se tornem seres humanos responsáveis e conscientes e se projetem para a sociedade com a exata noção de cidadania.

No entanto, sabe-se que a correlação biológica não basta para o exercício da parentalidade responsável na tarefa de efetivamente ser pai e mãe. Aqueles que pretendem o reconhecimento da paternidade socioafetiva já operacionalizam essa tarefa espontânea e voluntariamente na edificação dos laços afetivos e no exercício das responsabilidades da relação paterno-filial, fazendo com que a relação afetiva supere o vínculo biológico.

¹⁷⁶ VILLELA, João Baptista. **Repensando o Direito de Família**. Cadernos jurídicos. São Paulo, v.3, n. 7, jan./fev. 2002, p. 95.

¹⁷⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – “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...” e “Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”

3.4 Função da Filiação Socioafetiva e suas Consequências Jurídicas

Na construção de uma nova família igualitária, democrática e plural deve-se equalizar estas duas vertentes: a relação biológica e a socioafetiva, mesmo sabendo que em alguns casos a relação construída pelo afeto supera a verdade biológica. A relação de filiação deve se revelar na construção do afeto cotidiano.

“A paternidade deve, portanto, ser vista como algo que é construído, como a relação que se estabelece entre dois seres humanos que aos poucos vão se conhecendo, criando liames de identidade, admiração e reconhecimento.”¹⁷⁸ É este o vínculo que deve ser prestigiado para se estabelecer a verdadeira face da filiação.

Não é o amor que por si só alimenta o vínculo afetivo, mas a forma com que se externaliza é que dá sustento à convivência afetiva. O modo de se estabelecer relações é que faz toda a diferença. Para que a afeição floresça é essencial o carinho, respeito e comprometimento.

Alves¹⁷⁹ leciona sobre a função de ser verdadeiramente pai:

Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser da eternidade: aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disso).

Na paternidade responsável é dever dos pais dar assistência e criação aos filhos menores, bem como eles na idade adulta têm o dever de ajudar os pais na velhice. A família se compõe na afetividade e na reciprocidade. É de importância fundamental a presença do pai para o desenvolvimento do filho. A paternidade está orientada pelo vínculo afetivo, porque ser pai não é apenas possuir vínculo sanguíneo com o filho, mas no amparo, proteção e amor de estar presente no cotidiano.

Todavia, o vínculo entre pais e filhos é essencialmente socioafetivo, constituído pelo amor e solidariedade que os une, em um significado muito profundo e verdadeiro. Dessa relação advêm consequências jurídicas. Essa relação de afeto

¹⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Constitucional à família: uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 2004, p.23.

¹⁷⁹ ALVES, Rubem. **Um mundo num grão de areia: o ser humano e seu universo**. Campinas: Verus, 2002, p.37.

encontra embasamento para a efetivação do direito ao reconhecimento da socioafetividade e como consequente, a sua repercussão jurídica em âmbito pessoal e patrimonial.

Com o reconhecimento judicial da paternidade socioafetiva pela posse do estado de filho decorrem efeitos jurídicos. A posse do estado de filho não se origina necessariamente da relação biológica, mas provem de uma relação de cuidado, carinho e respeito entre pais e filhos que “podem perfeitamente gerar sentimentos de parentesco, parentalidade e filiação, e como tais devem ser reconhecidos pelo direito.”¹⁸⁰

Para Lima¹⁸¹ “a relevante mudança, alicerçada no princípio da afetividade, proporciona aos filhos do coração e aqueles que exercem a função de maternidade e paternidade, a integração, de forma definitiva, ao grupo familiar e social.”

A Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º estabelece a igualdade entre os filhos, independente da sua origem, transmitindo aos pais os mesmos direitos e deveres, com a universalização de direitos entre filhos biológicos e socioafetivos.

A paternidade socioafetiva acarreta em consequências jurídicas, da mesma forma que os efeitos jurídicos decorrentes da adoção, conforme a disposição dos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente: a declaração do estado de filho, com a adoção do sobrenome dos pais afetivos, a alteração ou a realização do registro civil de nascimento, a irrevogabilidade da paternidade socioafetiva, o surgimento de relação de parentesco, os direitos inerentes ao poder familiar tais como guarda, alimentos, visita e herança.

O nome é um direito de personalidade, tutelado pelo Código Civil em seu art. 16, na expressão de que toda pessoa tem direito a nome, prenome e sobrenome.¹⁸² A Lei 11.924 de 17 de abril de 2009 buscou contemplar a paternidade socioafetiva com a possibilidade de inclusão do sobrenome dos pais socioafetivos ao sobrenome do filho, sem a alteração do patronímico de origem.

¹⁸⁰ FRÓES, Carla Baggio Laperuta; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior. **Afetividade: essencialidade nas relações familiares**. Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 170.

¹⁸¹ LIMA, Bruno Ceren. **Socioafetividade nas relações familiares: estudo a respeito da Lei 11.924/2009**. In Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias. Iara Rodrigues de Toledo, Sarah Caroline de Deus Pereira, Daiane Cristina da Silva Mendes. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014, p. 444.

¹⁸² Art. 16 do Código Civil: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

O reconhecimento da paternidade socioafetiva se torna um ato irrevogável, na medida em que o reconhecimento do estado de filiação é um direito indisponível, seria um contrassenso o não reconhecimento judicial ou a desconstituição dessa relação. Ao filho deve ser assegurado a estabilidade e a continuidade das relações, sob pena de se perder a identidade pela inconstância da constituição de relações familiares imaturas e impensadas, porque delas advêm consequências jurídicas.

Ao se reconhecer a paternidade, assume-se o poder familiar com os deveres que lhe são decorrentes. Para Barboza¹⁸³, ausentes os dispositivos legais sobre os efeitos da filiação socioafetiva, o reconhecimento deve ser feito judicialmente a fim de declarar todos os efeitos decorrentes do parentesco natural.

Os alimentos são uma decorrência lógica do reconhecimento da paternidade. É um dever mútuo entre pais e filhos, ascendentes e descendentes, segundo o que reza o artigo 1.696 do Código Civil.¹⁸⁴ Assim, no caso de divórcio, o pai socioafetivo deve pagar alimentos ao filho.

A finalidade dos alimentos é assegurar o direito à vida, substituindo a assistência da família a solidariedade social que une os membros da coletividade, pois as pessoas necessitadas, que não tenham parentes, ficam, em tese, sustentadas pelo Estado. O primeiro círculo de solidariedade é o da família, e somente na sua falta é que o necessitado deve recorrer ao Estado.

Dos efeitos gerados, integram-se os patrimoniais, que assemelham os filhos socioafetivos aos biológicos ou jurídicos. Na linha do direito sucessório, com o reconhecimento da paternidade será mútua a sucessão entre pai e filho, estabelecendo-se o vínculo da filiação com todos os efeitos jurídicos.

Cumprido mencionar que não se tratando de interesse eminentemente patrimonial, deve-se conceder o direito à sucessão. A filiação socioafetiva deve gerar direitos, presentes o nome, o trato e a fama, ainda que não tenha realizado o reconhecimento judicial e posteriormente aconteça o falecimento dos pais. Cabe ao Judiciário, em análise do caso concreto e dos interesses em conflito, proteger a relação e o melhor interesse da criança.

¹⁸³ BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. In Família e solidariedade. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Rio de Janeiro: IBDFAM: Lumen Juris, 2008, p. 223.

¹⁸⁴ Art. 1.696 do Código Civil: O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

A dignidade humana é ponto de partida para a repersonalização das relações familiares que implica na assertiva de que a cada membro da família sejam atribuídos direitos, assegurando-lhe a igualdade de tratamento para o desenvolvimento sadio de sua personalidade. A relação paterno-filial merece proteção especial na medida em que a Constituição destina a elas importante papel de formação e efetivação da dignidade humana.

As leis e a sua interpretação devem procurar evoluir consoante caminha a evolução da sociedade e das relações humanas e proporcionar a solução adequada aos novos conflitos e anseios sociais. O reconhecimento da paternidade socioafetiva não é condição para sua existência, visto que ela é uma realidade que se impõe a cada dia, mas a concessão de direitos e o tratamento isonômico são fundamentais para o respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a dignidade humana como pressuposto de um Estado Democrático de Direito, há a necessidade de que as normas infraconstitucionais estejam em consonância com o comando constitucional de igualdade, solidariedade e afeto.

CONCLUSÃO

Modernamente não existe somente a concepção da família tradicional por decorrência do matrimônio, contudo um conceito amplo de inserção das novas famílias. A família não deve ser constituída apenas pela condição formal do casamento ou por fatores biológicos, mas por ser entrelaçada no afeto. A intenção de viver como família deve ser a sua base de constituição.

Na atual conjuntura, não é fácil absorver tantas transformações. Toda travessia é sempre acompanhada por turbulência que converge ver esta revolução da família como seu fim. Mas ela não está em decadência. A premissa que permanece irretocável é a de pertencer a uma família, constituir laços autênticos e verdadeiros na proteção aos interesses mais valiosos da pessoa humana, independente do molde que ela se constitua.

Para o Direito é um verdadeiro desafio a disciplina jurídica das relações de afeto. É nesse imperativo que está o apelo a repensar as novas representações sociais da família para compreendê-las neste novo século.

A família contemporânea, solidamente estruturada sobre a base da afetividade deixa de ser uma instituição que visa proteger a família para se tornar propensa à proteção do ser humano. A Constituição Federal como expressão de ideais humanos e igualitários consagrou o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana como fim precípua de todo o ordenamento jurídico. Logo, a família deixou de ser um fim em si mesmo para ser instrumento de realização e desenvolvimento de seus membros.

O afeto se configura como um divisor de águas e como valor não apenas para a refinada ótica da psicologia, como também para o Direito, passa a definir relações e responsabilidades. Os laços afetivos são capazes de potencializar tais relações nas manifestações de cuidado, proteção e dedicação entre seus membros. Esses laços, construídos sobre o princípio constitucional da solidariedade oferecem aos membros da família uma nova perspectiva de solidariedade familiar, consubstanciada no cuidado e na reciprocidade entre aqueles que convivem na dinâmica do lar.

O afeto é característica ínsita às relações humanas. O direito ao afeto é a liberdade de se afeiçoar a alguém. Ela constitui um direito individual que deve ser assegurado sem discriminações. A liberdade afetiva é intimamente ligada ao relacionamento humano. A sua negativa ou impedimento desconfiguram o regime e os

princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, é proposição fundamental que o direito ao afeto é uma liberdade individual implícita na Constituição Federal.

O reconhecimento da família socioafetiva pela doutrina e jurisprudência é um marco para o Direito de Família na busca incessante de proteção jurídica a fim de que se alcance a igualdade de filiação e assim proporcione a realização individual e coletiva de seus membros.

Se no século passado, o fator determinante da filiação era o vínculo genético, no século XXI o que se busca é o reconhecimento da relação socioafetiva, independente se ela coincida com a biológica ou não, porque toda a paternidade e maternidade é socioafetiva. A afetividade deve sempre nortear as relações familiares pelo seu caráter humanista em favor da dignidade humana.

Pela supremacia da dignidade humana, as relações familiares devem ser norteadas pelos fundamentos da parentalidade responsável, igualdade entre os filhos, família plural, afeto e solidariedade, almejando alcançar o melhor interesse dos filhos. Indubitavelmente, as relações de filiação envolvem não somente a paternidade biológica como também a socioafetiva que é a relação de afeto entre pessoas ligadas ou não pelo vínculo sanguíneo, independente de grau de parentesco, mas que se reconhecem e se tratam como pais e filhos.

A filiação socioafetiva se configura na relação daqueles que havendo ou não ligação sanguínea se aceitam como pais e filhos, mesmo que desvinculados do formalismo de um registro civil são fortemente ligados pela convivência familiar e pelo amor existente entre eles. O real sentido dessa relação transcende a lei e o sangue, são vínculos fortes e profundos que fazem alguém ser verdadeiramente pai e mãe: os laços afetivos.

O afeto significa mais que um sentimento de afeição por alguém. É uma ação que requer dedicação e esforços empreendidos diariamente no cuidado, instrução, educação e responsabilização com o outro em uma doação livre e incondicional, sem imposições. A família independente do modelo que se constitua é formada por membros que possuem obrigações entre si com a finalidade de que se forme uma estrutura psíquica adequada ao desenvolvimento digno e saudável de seus membros.

A filiação socioafetiva consolida o exercício da parentalidade responsável que tem como escopo a proteção integral de crianças e adolescentes descartados por suas famílias naturais, proporcionado a eles o convívio familiar e comunitário em uma nova família que os acolhe e assiste em todas as suas necessidades.

Pela análise do caso concreto é possível que a filiação socioafetiva predomine em face da biológica, inclusive com a exclusão da segunda. Mas essa escolha deve ser feita por meio de uma análise criteriosa e ponderada, levando-se em conta o melhor interesse da criança e do adolescente. A paternidade ou maternidade socioafetiva, uma vez reconhecida, por livre e espontânea manifestação de vontade gera direitos patrimoniais, sucessórios, alimentar e não pode ser desfeita. A criança não pode ser tratada como um objeto e simplesmente ser descartada.

As melhores respostas e soluções a serem dadas pelo Direito são aquelas que levam em consideração a condição especial da presença de uma criança e adolescente em condição de desenvolvimento, no âmbito de uma família biológica e socioafetiva. Por essa perspectiva, todas as atitudes a serem tomadas devem conservar o melhor interesse da criança e adolescente como princípio fundamental.

Não obstante se depare com barreiras e preconceitos ao enfrentar o tema, especialmente quando se trata de questões delicadas fundadas na relação paterno-filial sob o prisma do afeto, que se encontram atreladas a padrões conservadores dos quais ainda não conseguiu se soltar, é certo que algumas amarras ainda perdurarão. Entretanto, o início de posturas e pensamentos vanguardistas começa a nortear o Direito de Família. O Estado Democrático de Direito deve nortear a sociedade de modo a amparar os indivíduos no preceito da dignidade da pessoa humana, base da admissão das relações familiares. Com isso, integra-se o Direito de Família à humanização das relações jurídicas.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Martins Fontes. São Paulo, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais no Estado Democrático**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999.

ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA**. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG e Del Rey, 2002.

ALVES, Rubem. **Um mundo num grão de areia: o ser humano e seu universo**. Campinas: Verus, 2002.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Temas de filosofia**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1998.

ARIÉS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. Hannah. **Entre o passado e o futuro: o conceito de história antigo e moderno**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.

ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lumen Editora, 2002.

Associação Filhos Nascidos do Coração. Disponível em <http://www.afincors.org.br/default.php>. Acesso em 07 de junho de 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto de família de fato**. 2 ed. São Paulo: Ed. Jurídica Atlas, 2002, p. 162.

BARBOZA, Heloísa Helena. **Direito à identidade genética**. In Família e Cidadania – O Novo CCB e a Vacatio Legis. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Heloísa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. In Família e solidariedade. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Rio de Janeiro: IBDFAM: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Sergio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em: 08 out. 2014.

_____. Sérgio Resende. **Matrimônio e patrimônio**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 8, p. 05-12, jan./mar., 2001, p. 08.

_____. Sérgio Resende de. **O direito ao afeto**. Belo Horizonte: Del Rey, ano IV, n. 8, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BEZERRA, Érika Lima. **Entidades familiares e união civil entre pessoas do mesmo sexo**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. vol. I/II, 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologia**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORDA, Guillermo Antonio. **Manual de Família**. 12ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

BRASIL, Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 de mar. 2014.

_____. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 de abr. 2014.

_____. Presidência da República. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm. Acesso em: 08 de jun. de 2014.

_____. Presidência da República. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm. Acesso em: 20 de maio 2015.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **O pluralismo no Direito de Família Brasileiro: realidade social e reinvenção da família**. In WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord). Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. Direito das Famílias e Sucessões n. 26, Fev-Mar 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991.

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

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. 3ª ed. Ijuí: Ed. Unijui, 2002.

DAGNINO, Evelina. **Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que amanhã...diálogo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável**. In Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis. Organizador PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

_____. Maria Berenice. **Comentários - Família pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em <http://www.public.html/article.php?story=20081114094927519&mode=print>. Acesso em 08 Out. 2014.

_____. Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Maria Berenice Dias. **Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?** Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o_parental,_o_que_%E9_isso.pdf. Acesso em 19 de maio de 2015.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: ed. Centauro, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: Relação Biológica e Afetiva.** Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

_____. Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana. **Da filiação.** In Direito de família e o novo código civil. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Constitucional à família: uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

_____. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Comentários ao artigo 1º da Constituição Federal.** Constituição Federal Interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. COSTA MACHADO, Antonio Claudio da (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). Barueri: Manole, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio século XXI.** 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RORHMANN, Konstanze. **As famílias pluriparentais ou mosaicos.** In Congresso Brasileiro de Direito de Família. Fraternidade e Dignidade: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 507-530.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

FRÓES, Carla Baggio Laperuta; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior. **Afetividade: essencialidade nas relações familiares**. Curitiba: Instituto Memória, 2015.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROENINGA, G. C. **Família: um caleidoscópio de relações. Direito de Família e psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia**. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord). Rio de Janeiro: Imago, 2003.

HABERMAS, Jünger. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Do direito de família**. In Direito de família e o novo código civil. DIAS, Maria Berenice, PEREIRA; Rodrigo da Cunha (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

_____. Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. **Afeto, amor e fraternidade: por novos paradigmas no direito de família**. In Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias. Iara Rodrigues de Toledo, Sarah Caroline de Deus Pereira, Daiane Cristina da Silva Mendes. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: ed. 70, 1986.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; BAHIA, Claudio José Amaral. **O afeto e a afetividade nas relações filiares nas novas famílias**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza, 2010.

_____. Teófilo Marcelo de Arêa; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. **Constitucionalização da ética do afeto e a alteridade nas novas famílias**. In Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias. Iara Rodrigues de Toledo, Sarah Caroline de Deus Pereira, Daiane Cristina da Silva Mendes. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

_____. Teófilo Marcelo de Arêa; e BAHIA, Claudio José Amaral. **O afeto e a afetividade nas relações filiares nas novas famílias**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza, 2010.

_____. Teófilo Marcelo de Arêa; e DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. **Constitucionalização da ética do afeto e a alteridade nas novas famílias**. In Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias. Iara Rodrigues de Toledo, Sarah Caroline de Deus Pereira, Daiane Cristina da Silva Mendes. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Bruno Ceren. **Socioafetividade nas relações familiares: estudo a respeito da Lei 11.924/2009**. In Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias. Iara Rodrigues de Toledo, Sarah Caroline de Deus Pereira, Daiane Cristina da Silva Mendes. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**. In O Direito de Família e a Constituição de 1988. Carlos Alberto Bittar (coord.). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81.

_____. Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts 1.591 a 1.693**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. In Direito de Família e o Novo Código Civil. DIAS, Maria Berenice (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 177-189.

_____. Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 12, jan./mar., 2002, p. 40-55.

_____. Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Paulo Luiz Netto. **Princípio da solidariedade familiar**. Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM. Disponível, para associados, em: <http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

_____. Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. In A família na travessia do milênio. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Ibdfam: OAB-MG, Del Rey, 2000. p. 245-254.

_____. Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões. Magister Editora. Volume 5. Setembro de 2008.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/865>. Acesso em: 16 mai. 2014.

MADALENO, Rolf. **Filhos do coração**. In Revista brasileira de direito de família, n.23. Porto Alegre: Síntese, 2004.

_____. Rolf. **Filiação Sucessória**. In Família e solidariedade. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008, p. 402.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAY, Rollo. **O homem à procura de si mesmo**. Trad. de Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Vozes, 2004.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 23.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MULTEDO, Renata Vilela. **A judicialização da família e a proteção da pessoa dos filhos**. In *Direito das Famílias: por juristas brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 349-370.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 130.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 215.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família**. In *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT Jr., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida (Coord.) Bahia: Juspodivm, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. V.5. Rio de Janeiro: Ed. forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Rodrigo da Cunha. **Indenização por abandono afetivo e material**. Direito das Famílias e Sucessões nº 25, dez-jan/2012. _____. Rodrigo da Cunha Pereira. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

_____. Rodrigo da Cunha Pereira. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

_____. Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Direito das Famílias e Sucessões nº 29. Ago-Set/2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PETRINI, João Carlos. **Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão**. Bauru: EDUSC, 2003.

POZZOLI, Lafayette. **Direito de família: a fraternidade humanista na mediação familiar**. In *Fraternidade como categoria jurídica*. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013, p. 99-112.

RAZERA, Bruna; OLTRAMARI, Fernanda. **O afeto e o cuidado nas relações familiares: construindo os alicerces de uma nova casa**. Revista Síntese de Direito de Família, v.5, n. 78, São Paulo: Síntese/IOB, jun./jul. 2013.

REALE, Miguel. **Pluralismo e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIOS, Roger Raupp. **Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade**. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº 6, dez. 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

ROSSOT, Rafael Bucco. **O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da afetividade**. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister, n.º 9, abr./maio 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Douglas de Oliveira. **A Constituição Federal de 1988 e o surgimento da paternidade socioafetiva**. Disponível em <http://www.juridicohightech.com.br/2013/03/a-constituicao-federal-de-1988-e-o.html>. Acesso em 29 out. 2014.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2013.

STEINEM, Glória. **A revolução interior**. Tradução Myriam Campelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 1992, p. 78.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 94.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TIBA, Içami. **Quem ama, educa**. São Paulo: Editora Gente, 2002.

TODOROV, T. **Nós e os outros: reflexão francesa sobre a diversidade humana**. Trad. C. G. de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1993.

TOLEDO, Iara Rodrigues de. **Da afetividade e do direito personalíssimo ao patronímico/matronímico**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50a074e6a8da4662>. Acesso em 05 de out. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil - direito de família**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIEIRA, Cláudia Stein. **A relação jurídico-afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilidade civil**. In Direito e responsabilidade. HIRONAKA, Giselda (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VILLELA, João Baptista. **Paternidade responsável**. In Enciclopédia Saraiva do Direito. R. Limongi França (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v.57.

_____. João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista Forense Comemorativa, 100 anos. Eduardo de Oliveira Leite e José da Silva Pacheco (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. João Baptista. **Repensando o Direito de Família**. Cadernos jurídicos, São Paulo, v.3, n. 7, jan./fev. 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência.** *In* Direitos de família e do menor. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WELTER. Belmiro Pedro. **Igualdade entre a Filiação Biológica e Socioafetiva.** *Revista de Direito Privado.* v. 14, abr. jun. 2003, p. 111-147.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Sociedade, Estado e o Direito.** *In* *Revista de Ciência Política.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.