

UNIVERSIDADE ESTACIO DE SÁ

LEILA DA COSTA LOUREIRO

**OS FILHOS DO NOVO DIREITO
A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A PLURIPARENTALIDADE
À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

Rio de Janeiro
2013

LEILA DA COSTA LOUREIRO

**OS FILHOS DO NOVO DIREITO
A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A PLURIPARENTALIDADE
À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público e Evolução Social, Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.
Área de concentração: Direitos Fundamentais e Novos Direitos
Orientador: Prof. Dr. Rogério José Bento Soares do Nascimento

Rio de Janeiro/RJ
2013

L892f

Loureiro, Leila da Costa

Os filhos do novo direito a filiação socioafetiva e a pluriparentalidade à luz do princípio da afetividade. – Rio de Janeiro, 2013.

125p.

Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade Estácio de Sá, 2013.

1. Filiação. 2. Afeto. 3. Família pluriparental. I. Título

CDD: 342.163



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

**OS FILHOS DO NOVO DIREITO A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A
PLURIPARENTABILIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

elaborada por

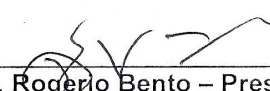
LEILA DA COSTA LOUREIRO

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de


MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 26 de Fevereiro de 2013

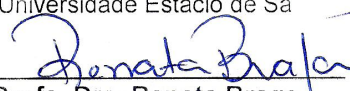
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rogério Bento – Presidente
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Humberto Dalla
Universidade Estácio de Sá



Profa. Dra. Renata Braga
Universidade Gama Filho

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Julio Maia Loureiro e Maria das Neves da Costa Loureiro, a quem eu devo o privilégio de ter recebido afeto e amor.

AGRADECIMENTOS

Aos Professores Orientadores Rogério José Soares Bento do Nascimento e Renata Braga Klevenhunsen, que me deram as mãos nesta caminhada.

Aos meus pais Julio e Neves, por me apoiarem neste sonho.

A minha irmã Lilian e meu sobrinho Matheus, pelo afeto que me dedicaram nos momentos de pausa desta pesquisa.

A tia Maria e prima Ana, pela força emocional e física, ao longo deste processo.

Aos amigos Márcio Leal, Fernanda Picorelli, Sandra Kielmann, Marli Sarmento e Aline Ferraz, por me ajudarem, em muito, na construção desta dissertação de mestrado.

**“Diferente da mãe, o pai pode se dar ao
luxo de ser eleito. Paternidade acontece
quando você é escolhido”
Lobão, músico e escritor**

RESUMO

Este trabalho apresenta uma breve análise da relação entre a filiação socioafetiva, com base no princípio da afetividade, e os direitos fundamentais e novos direitos, com enfoque na família contemporânea pluriparental, recentemente delineada pelo direito brasileiro. O instituto da filiação socioafetiva, assim como outros aspectos do direito de família, vem sendo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, utilizando-se como alicerce o princípio constitucional da afetividade, decorrente do princípio-matriz da dignidade da pessoa humana. Além da demonstração da ideia basilar do direito ao afeto, o artigo trata do desenvolvimento da filiação ao longo do tempo, utilizando por base a evolução do conceito de família, célula nuclear da nossa sociedade. O artigo finaliza abordando o novo papel da afetividade no cenário jurídico contemporâneo, demonstrando-se a importância deste afeto na formação da personalidade do ser humano, titular dos direitos personalíssimos adquiridos ao longo da história.

Palavras-chave: filiação – afeto – família pluriparental

ABSTRACT

This paper shows a short analysis of socioaffective filiation on the base of the principle of affection and the fundamental rights and the new rights with the focus on the contemporary pluriparental family, recently outlined by the Brazilian right. The institution of socioaffective filiation is being desenvolved by the doutrine and jurisprudence, just as other aspects in the family law that are, using as a foundation the principle constitutional of affection due to the basic principle of dignity of the human person. Besides the demonstration of the basic idea of the right of affection, this article treats the development of filiation in the long run, using as a base the evolution of the concept of family, nuclear cell of our society. The article analyzes this by broaching the new role of affection in the contemporary juridical scenery, showing the importance of this affection in the forming of the personality of the human being, holder of the most personal right acquired in history's run.

Key words: filiation – affection – pluriparental family

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. A INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	4
1.1 A FAMÍLIA ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002	5
1.2 UMA ABORDAGEM DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA	10
1.3 O DIREITO DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS	15
2. A FILIAÇÃO	27
2.1 A FILIAÇÃO MATRIMONIAL	29
2.2 A FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL	32
2.3 O CRITÉRIO BIOLÓGICO NA DELIMITAÇÃO DA FILIAÇÃO	37
2.4 O CRITÉRIO AFETIVO	39
3. O AFETO COMO VALOR JURÍDICO	46
3.1 A IDEOLOGIA DO AFETO	48
3.2 AFETOS CONJUGAL, FAMILIAR E PATERNAL	51
3.3 O AFETO E O CUIDADO COMO VALORES JURÍDICOS	55
3.4 O AFETO, O DIREITO E A FILOSOFIA	58
4. NOVAS PERSPECTIVAS NO DIREITO BRASILEIRO	71
4.1 FAMÍLIAS PLURIPARENTAIS	72
4.2 ASPECTOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO	75
4.3 O POSITIVISMO E A MODERNIDADE	82
4.4 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	86
CONCLUSÃO	99
BIBLIOGRAFIA	102
ANEXOS	
ENTREVISTAS	
DECISÕES JUDICIAIS	

INTRODUÇÃO

A filiação, um dos conceitos basilares do Direito de Família e Constitucional, passa por uma grande transformação nuclear. A princípio, reconhecida somente a filiação biológica e civil, configurada pela adoção, havia uma distinção jurídica entre os filhos havidos dentro e fora do casamento.

Mais tarde, ultrapassada a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, um novo *status* de filiação se configura, diante de novas posturas sociais, sobrepondo o afeto acima de conceitos jurídicos.

O presente trabalho tem como tema a filiação socioafetiva, inicialmente tratada como 'desbiologização da paternidade' por João Batista Villela, instituto que ganha cada vez mais adeptos no ordenamento jurídico brasileiro, tornando imprescindível o debate sobre as implicâncias jurídicas do reconhecimento da filiação socioafetiva, a par do que ocorreu nas relações de união estável.

No campo jurídico, observa-se uma grande mutação da entidade familiar, fruto de uma intensa transformação social, sendo ultrapassada a ideia de que entidade familiar é somente aquela formada por um núcleo biparental. Hoje, além de famílias monoparentais, é comum perceber nos Tribunais, o reconhecimento de casais homoafetivos, adoção por homossexuais, reparação civil por abandono afetivo, reconhecimento de filiação socioafetiva etc.

Assim, diante dessa roupagem social, o Direito tenta solucionar as relações estabelecidas por meio desse novo conceito de filiação, não mais estabelecida por laços biológicos ou pela adoção.

Além de esclarecer o conteúdo do parágrafo 7º, do art. 226 da CR, este trabalho pretende contribuir com o Direito Constitucional da Família, no que tange à relação de filiação no Brasil, apontando caminhos de legitimação dessa filiação estabelecida por critérios temporais e de afeto, com vistas a debater questões complexas ainda pouco abordadas na doutrina nacional.

Quem são os filhos desse novo Direito? Como alocar o Direito nesta revolução social que envolve pais solteiros ou ausentes, padrastos/madrastas presentes, mães/pais 'de criação', adoção à brasileira, entre outros casos?

Pela análise dos casos apresentados, pretende-se refletir acerca das questões de direitos pessoais e patrimoniais entre os sujeitos de direito citados, priorizando, por exemplo, o direito de sucessão de um filho socioafetivo em

detrimento de parentes colaterais, respeitando-se as relações de afeto e elevando-as à categoria de relações de direito e não somente de fato.

Zeno Veloso, ao privilegiar as relações de afeto sobre as relações sanguíneas, defende a filiação socioafetiva.

Sob o enfoque da doutrina do direito de filiação, será abordado o conceito de filiação no Brasil, suas espécies e consequências jurídicas.

De outra sorte, João Baptista Vilella, um dos precursores do tema tratado como 'desbiologização da paternidade', servirá de ponto de partida para o debate, defendido sob o enfoque do princípio da afetividade. É ler: "O amor está para o direito de família assim como a vontade está para o direito das obrigações".

Impossível tratar de filiação socioafetiva sem a pesquisa sobre o trabalho de Maria Berenice Dias, que, enquanto juíza, decidiu inúmeros casos em que reconheceu a filiação socioafetiva, estabelecendo que o afeto entre pai e filho não se estabelece por intermédio de um contrato ou qualquer outro papel, mas sim por fatos que retratem o amor paterno-filial entre dois seres humanos.

Mais a frente, será abordado o posicionamento de Paulo Luiz Netto Lôbo, defensor, em várias obras jurídicas, do reconhecimento do princípio da afetividade e a ideia de que o afeto não é fruto da biologia, garantindo, assim, o direito à filiação socioafetiva.

Entre outros autores a serem pesquisados, ressalte-se o posicionamento de Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, que defende que *'o Direito brasileiro já deveria ter entendido que por mais que se queira atribuir uma paternidade pela via do laço biológico, ele jamais conseguirá impor que o genitor se torne pai'*.

Por fim, Maria Cláudia Crespo Brauner, entre outros pesquisadores brasileiros que serão apontados neste trabalho, segue na mesma linha de inteligência até aqui compreendida, afirmando: *"Ora, não se pode negar que o vínculo relacional entre pai e filho não se cria através de um documento, é preciso querer ser pai ou ser mãe e, de parte da criança, é necessário se sentir como filho"*.

No primeiro capítulo será abordado o desenvolvimento do conceito de família no direito pátrio, desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais, com abordagem especial da família na Constituição Republicana, e análise dos novos conceitos de famílias "foras do padrão", frutos de novos comportamentos sociais.

Em um segundo capítulo, será demonstrado o conceito de filiação e suas espécies, bem como os direitos decorrentes deste vínculo. Busca-se também enfrentar a distinção dos critérios biológico e afetivo, ponto nevrálgico do presente tema.

Mais adiante, no terceiro capítulo, convida-se o leitor para refletir sobre o atual conceito do afeto no direito brasileiro. A análise envolve o afeto como valor jurídico, suas espécies, bem como a sua correlação com o ramo da filosofia. Pretende-se demonstrar que o debate sobre a afetividade e sua importância para a completude humana, tem origem na Filosofia Antiga.

Por fim, no quarto capítulo pretende-se elucidar a intrínseca relação do afeto com o fenômeno da pluriparentalidade, bem como viabilizar a concretude dos direitos abordados no presente trabalho, através da breve demonstração de correntes do pensamento jurídico contemporâneo, cotejando-se, sobretudo, o positivismo e a modernidade, em busca do melhor caminho para processar o afeto, como direito fundamental que é.

A seguir, foram coletadas as recentes decisões jurisprudenciais sobre os temas envolvendo a socioafetividade, desde os Tribunais de Justiça até o Supremo Tribunal Federal.

Para a realização deste trabalho, optou-se pelo método dialético, com a investigação não apenas bibliográfica sobre o Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direito de família, mas também entrevistas, estatísticas, áudios e pesquisa jurisprudencial.

Eis a apresentação do Tema pretendido.

CAPÍTULO I

A INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA NO TEMPO

O Direito de Família no seu conceito clássico é aquele que estuda os institutos jurídicos do casamento, união estável, relações de parentesco, filiação, alimentos, bem de família, tutela, curatela e guarda. Regulamentado em capítulo próprio no Código Civil de 1916, a família ali retratada, resumia-se àquela estabelecida através do instituto do casamento, sendo ilegítimo qualquer vínculo familiar que não decorresse do casamento e seus desdobramentos biológicos.

Os filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, totalmente renegados pelo direito, sendo definidos como naturais (nascidos de homem e mulher sem impedimento matrimonial) ou espúrios (nascidos de pais impedidos de casar entre si), podendo ser adulterinos ou incestuosos, cabendo somente aos naturais a possibilidade de reconhecimento.

A sociedade evoluiu e junto com ela o direito, cabendo aos juristas deciframos os fenômenos contemporâneos que se apresentam no mundo inteiro, como a família matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, anaparental e eudemonista, núcleos estes representados pelo termo 'famílias plurais'.

Percebido por alguns como um erro de impressão, o livro 'Conversando sobre o Direito das Famílias' da Maria Berenice Dias¹, retrata a mutação que o direito de família vem sofrendo ao longo dos últimos anos. Em seu site a autora, desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, explica:

“Família no plural porque a família passou a ser um conceito plural. Não é mais constituída exclusivamente pelo casamento. Não mais serve para manter a mulher presa ao recinto doméstico, para que o homem tenha certeza que seus filhos são sangue do seu sangue.

Hoje, o que identifica uma família é o afeto, esse sentimento que enlaça corações e une vidas. A família é onde se encontra o sonho de felicidade.

A justiça precisa atentar nessas realidades. O imobilismo é confortável, não gera inquietações. Repetir o modelo que está aí, aceitar o que está posto como verdade possui outras vantagens: garante a aceitação geral, não suscita discussões, além do que, é claro, não dá o mínimo trabalho!”

Eis o ponto de virada do Direito de Família atual: sair do lugar comum, acompanhando a evolução social, restando ao direito a função de legitimar o que já

¹ Ver www.mariaberenice.com.br

está aceito e imposto pelo comportamento humano, dentro de parâmetros éticos e de acordo com o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana.

1.1. A Família entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002

O Código Civil de 1916, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917, somente considerava a família constituída pelo matrimônio, conferindo-lhe uma roupagem “estreita e discriminatória”, conforme defendido por Maria Berenice Dias².

A antiga legislação codificada também impedia a dissolução do casamento, tratando os cônjuges com desigualdade de direitos, somente conferindo-se direitos a mulher com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), devolvendo-lhe a plena capacidade e o direito de ser proprietária de bens reservados, frutos do esforço de seu próprio trabalho³.

Cite-se um trecho do referido Estatuto:

Art. 1º Os artigos 6º, 233, 240, 242, 246, 248, 263, 269, 273, 326, 380, 393, 1.579 e 1.611 do Código Civil e 469 do Código do Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

II

"Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família;

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277".

III

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.30.

³ Ibid, p.30.

"Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta".

(...)

"Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242.

Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere êste artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família".

VI

"Art. 248. A mulher casada pode livremente:

I - Execer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior (art. 393);

II - Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alegado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, número 1);

III - Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos números III e IV do art. 285;

IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).

Parágrafo único. Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato;

V - Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possua, livres da administração do marido, não sendo imóveis;

VI - Promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos à administração do marido, contra este lhe competirem;

VII - Praticar quaisquer outros atos não vedados por lei".

(...)

X

"Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para êles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita".

XI

"Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência".

XII

"Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

(...)

Art. 2º A mulher tendo bens ou rendimentos próprios, será obrigada, como no regime da separação de bens (art. 277 do Código Civil), a contribuir para as despesas comuns, se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las.

Art. 3º Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casado pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação”(grifo nosso).

Mais tarde surgiu a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), derrubando a indissolubilidade do casamento, fruto da emancipação da mulher e demais evoluções sociais e científicas que em muito contribuíram para a modernidade do direito de família.

De outro giro, o Código Civil de 1916 trazia a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, sendo o direito brasileiro edificado a partir desta premissa, adotada em vários outros países.

Nesse norte, pede-se vênua para transcrever o artigo 358 do Código Civil de 1916: “Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”.

Dessa maneira, impende asseverar que os filhos havidos fora do casamento eram renegados, residindo a indignidade no incesto ou no adultério, no entanto, a lei

transferia a indignidade para os frutos infelizes dessas uniões condenadas, punindo-se os filhos e não os pais, verdadeiros infratores, excluindo os direitos daqueles e retirando destes o ônus devido⁴.

Mais tarde a Constituição Republicana, trouxe vários avanços ao Direito de Família, conforme tratado em ítem anterior deste trabalho, conferindo igualdade entre os cônjuges e os filhos havidos dentro ou fora do casamento, bem como, reconhecendo outras possibilidades de núcleo familiar.

Atente-se ainda que referida inteligência retirou as forças do Código Civil de 1916, que perdeu o seu papel de lei fundamental do direito de família, conforme salienta Luiz Edson Fachin⁵.

O Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, veio adequar o direito às evoluções sociais da sua época, tratando da família em título especial e estabelecendo regras para o direito pessoal e patrimonial que decorre das relações familiares, sempre ancorado nos preceitos constitucionais já mencionados.

O direito de família positivado, apesar de trazer inovações, foi considerado de tímido avanço, uma vez que não tratou das relações homoafetivas e da socioafetividade, o que já vem sendo tratado no projeto de lei nº 267/2010, o chamado Estatuto das Famílias.

Entre as novidades estão a igualdade entre cônjuges, materializada na igualdade do exercício da sociedade conjugal e do poder familiar, não mais pátrio poder, além de capítulo específico destinado a união estável, em seu art. 1723.

Outra importante alteração do novo Código Civil foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes tratava “Da Filiação Legítima”, e agora, com maior amplitude, trata simplesmente “Da Filiação”.

Verifica-se, portanto, a grande influência do dispositivo constitucional que afasta qualquer designação discriminatória em relação a filiação no Brasil (art. 227, § 6º, da CR) reproduzindo o art. 1596 do Código Civil o teor do texto constitucional.

Mais adiante o novo diploma revisa os preceitos relativos à contestação do marido em relação a legitimidade do filho nascido da mulher, adequando tal entendimento à jurisprudência dominante do país.

⁴ BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. Vol.2.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Segue a norma codificada na defesa da igualdade entre os filhos, conferindo-lhes os mesmos direitos e qualificações, conforme ditado na carta magna brasileira.

Ainda na seara familiarista, o Código Civil de 2002 atenua a imutabilidade dos regimes de bens do casamento, limita o parentesco ao quarto grau da linha colateral, de acordo com o entendimento do direito sucessório, além de introduzir novo regime de bens, qual seja, a participação final nos aquestos, em substituição ao regime dotal.

Segue avançando nos aspectos da adoção, dispondo sobre o tema em relação às crianças e adolescentes, exigindo procedimento judicial em ambos os casos, entre outras inovações.⁶

Ressalte-se que o tema tratado neste trabalho fora citado oportunamente no texto codificado civilista, usando-se expressamente o termo 'afetividade' em seu dispositivo 1584, parágrafo único, ocasião em que o legislador trata da proteção dos filhos nos casos de dissolução do vínculo matrimonial ou da sociedade conjugal, quando deve-se priorizar, na hipótese de perda de guarda de seus genitores, a transferência da guarda do menor a pessoa que mantenha compatibilidade com a natureza da medida, levando-se em consideração o grau de afinidade e afetividade com aquele. É o que preleciona Maria Berenice Dias, diante do referido dispositivo do Código Civil de 2002⁷.

Entre outras mudanças, inseridas após a entrada do código em vigor, encontra-se a guarda compartilhada de filhos, como sendo a mais indicada após o divórcio dos pais, respeitando-se sempre o melhor interesse do menor.

Importa lembrar que o instituto da separação fora excluído do ordenamento jurídico brasileiro com o advento da emenda constitucional nº 66/2010, dissolvendo-se o vínculo matrimonial, única e exclusivamente, pelo divórcio, sem qualquer pré-requisito temporal ou de culpa para tanto, conforme entendido pela boa doutrina.

Por fim, insta salientar que as alterações relativas ao direito de família, extraídas da Constituição Republicana e do Código Civil de 2002, elucidam a função social da família no direito pátrio, sobretudo quando preceitua a igualdade absoluta entre os filhos e os cônjuges/companheiros, no que tange ao exercício da guarda, manutenção e educação da prole, entre outros avanços.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

⁷ Ob. cit., p. 68.

1.2. Uma abordagem da família na Constituição Republicana

É cediço que as normas de Direito de Família são essencialmente normas de ordem pública ou cogentes, pois estão relacionadas com o direito existencial, com a própria concepção da pessoa humana⁸. E diante de um Código que amparava um Direito de Família defasado, coube a Constituição Republicana adaptar ao Ordenamento Jurídico as mudanças ocorridas na seara familiarista durante o século XX.

Entre tantas evoluções tratadas no art. 226 da CF/88, estão o reconhecimento da união estável como entidade familiar, a igualdade entre os filhos e entre os cônjuges e companheiros dentro da relação familiar.

Apesar de não constar de forma explícita, a filiação socioafetiva finca seus alicerces nos princípios constitucionais, pautada na efetiva convivência entre pais e filhos, com aspectos afetivos e o exercício de todos os direitos e deveres constantes na legislação, no que tange ao poder familiar.

Sob o aspecto sociológico a filiação socioafetiva tem seu alicerce no amor, apoio e respeito recíprocos entre pais e filhos, equiparado ao que ocorreu no processo de reconhecimento das relações estáveis entre homens e mulheres, onde os fatos se sobrepuseram ao direito preexistente.

É de fácil compreensão a inserção das transformações familiares no ordenamento jurídico, tal como se constituíram ao longo dos anos, respeitadas as peculiaridades regionais e garantida a todos a salvaguarda constitucional.

Ciente de que o conceito mais comum de família esteja amparado na família nuclear que engloba o pai, a mãe e os filhos, não cabe ao operador do direito ignorar que o conceito mais amplo de família muda de acordo com o tipo de sociedade e o momento histórico. Algo como aceitar o caminho 'certo', mas não julgá-lo único.

Constantemente citada neste trabalho, Maria Berenice Dias entende que “a entidade familiar está disposta em uma estruturação psíquica em que cada um ocupa um lugar e possui uma função (pai, mãe, filho) sem, no entanto, estarem necessariamente ligados por laços sanguíneos⁹”.

Pise-se que a ideia central deste trabalho não é dissolver os laços genéticos, diminuindo-os em detrimento do afeto, mas sim, posicionar o princípio constitucional

⁸ TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2010, p. 28.

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.21.

da afetividade acima de qualquer outro vínculo relacional, restando evidente que a conjugação dos laços genéticos e afetivos representa a condição ideal para o saudável desenvolvimento do ser humano.

A considerar que a família brasileira fora influenciada pela família romana, canônica e germânica, as transformações históricas, culturais e sociais da família no país tomaram um rumo peculiar, distanciando-se assim do caráter canonista e dogmático daqueles povos.¹⁰

O lar que era chefiado pela figura paterna, ideia que originava o termo “pátrio poder”, hoje é conduzido igualmente pelo homem e pela mulher, já inserida no mercado de trabalho.

Para melhor compreensão do cenário familiar contemporâneo no Brasil, citemos Maria Berenice Dias¹¹:

“As famílias modernas ou contemporâneas constituem-se em um núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, patrimonializado e heterossexual, centralizador de prole numerosa que conferia status ao casal. Neste seu remanescente, que opta por proles reduzidas, os papéis se sobrepõem, se alternam, se confundem ou mesmo se invertem, com modelos também confusos, em que a autoridade parental se apresenta não raro diluída ou quase ausente. Com a constante dilatação das expectativas de vida, passa a ser multigeracional, fator que diversifica e dinamiza as relações entre os membros”.

Atualmente os novos modelos de famílias contemporâneas se apresentam, basicamente, da seguinte forma: tradicional, monoparental, uniões estáveis heteroafetiva e homoafetiva, e família substituta ou adotiva.

Das espécies citadas, a mais recente é a família homoafetiva, reconhecida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, que conferiu aos casais homossexuais os mesmos direitos e deveres que a legislação brasileira já estabelece às uniões estáveis heteroafetivas¹².

A par desses conceitos iniciais, cito os princípios jurídicos constitucionais que norteiam o moderno direito de família, quais sejam:

- a) Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR)

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

¹¹ Ob. cit, p. 29.

¹² RECONDO, Felipe. *STF reconhece união homoafetiva por unanimidade*. Notícia extraída do site do Estadão. Disponível em: www.estadao.com.br/noticias/geral/stf-reconheceu-uniao-homoafetica-por-unanimidade,715492.htm Acesso em 05/10/2011.

De acordo com o art. 1º, III, da CR, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, correspondendo tal princípio a um núcleo máximo, um superprincípio, símbolo do movimento de despatrimonialização ou repersonalização do Direito Privado.¹³

Por tratar-se de uma cláusula geral, o princípio retromencionado não tem um conceito único e objetivo, cabendo a cada operador do direito, na análise de casos concretos, adequarem a ideia de dignidade à postulação da ocasião, sendo muito utilizado no ramo do Direito de Família.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira entre quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana”.¹⁴

Assim, entende-se que este princípio constitui a base da entidade familiar brasileira, salvaguardando o pleno desenvolvimento e a afetividade entre os seus membros, sobretudo as crianças e adolescentes.

b) Princípio da Solidariedade Familiar (art. 3º, I, da CR)

Essa solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no sentido de constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

Tal entendimento está intimamente ligado ao instituto familiar, uma vez que inspira os seus membros a agirem solidariamente entre si, conforme se verifica nas obrigações alimentares, por exemplo, ressaltando-se a importância da solidariedade não apenas patrimonial, mas, sobretudo, afetiva e psicológica.

Maria Berenice Dias, em obra já citada, dispõe que neste princípio “ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados, constitucionalmente, ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.124.

Estrado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”¹⁵.

c) Princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, §6º, da CR)

Dispõe o dispositivo constitucional:

“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”

Esse comando aduz de forma cristalina o princípio da igualdade entre os filhos, antes classificados em legítimos e ilegítimos, distinção não mais permitida no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Superada tal discriminação entre os filhos havidos, conclui-se pela total igualdade entre os filhos havidos dentro do casamento, da união estável, de relações fortuitas, considerando-se também como filhos os adotivos e fruto de inseminação artificial heteróloga ou homóloga.

Em resumo, todos os filhos são iguais perante a lei, sendo inaceitável a utilização no mundo jurídico de qualificações como filho espúrio, ilegítimo, adulterino ou bastardo.

Eis um exemplo cristalino de isonomia constitucional.

d) Princípio do maior interesse da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CR)

Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, dispõe o art. 227 da CR:

“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”.

Essa proteção integral é tradução do *best interest of the child*, conceito extraído da Convenção Internacional de Haia, que visa a integridade física e emocional do ser humano em formação, sendo o direito observado sob a ótica do melhor interesse da criança e adolescente, obedecendo-se os ditames que protegem este menor.

¹⁵ Idem ibidem, p. 64.

e) Princípio da afetividade

Tema a ser tratado oportunamente neste trabalho, o princípio da afetividade já representa uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentando vários julgados recentes dos Tribunais Superiores no país.

Um dos casos mencionados cuidou do pedido de anulação de registro de nascimento nos casos de resultado negativo em exame de DNA, onde o Superior Tribunal de Justiça concluiu que:

“o êxito em ação negatória de paternidade depende de demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar.

A pretensão voltada à impugnação da paternidade, continuou o relator, ministro Luis Felipe Salomão, não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

O relator explicou que não é novo na doutrina o reconhecimento de que a negatória de paternidade, prevista no art. 1601 do Código Civil, submete-se a outras considerações que não a simples base da consanguinidade. Segundo ele, exames laboratoriais hoje não são, em si, suficientes para a negação de laços estabelecidos nos recônditos espaços familiares.

A paternidade atualmente deve ser considerada gênero do qual são espécies a paternidade biológica e socioafetiva, disse Salomão. Segundo o ministro, as instâncias ordinárias julgaram corretamente o caso, ao negar o pedido do autor e reconhecer a paternidade socioafetiva”¹⁶.

Assim, apenas a título de ilustração, demonstra-se a importância que o princípio da afetividade vem ganhando recentemente nos debates civis e constitucionais.

Paulo Luiz Netto Lôbo assim trata o referido princípio:

“o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato essencialmente psicológico ou sociológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou á progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza de família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade”¹⁷.

f) Princípio do Pluralismo das entidades familiares

¹⁶ Notícia extraída do site <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3034723> Acesso em 29/02/2012.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao> Acesso em 13/10/2011

Com o advento da Constituição Republicana, verificou-se que as uniões matrimonializadas perderam o status de base única da sociedade, abrindo-se espaço para outros núcleos familiares, que passa a ganhar robustez com a defesa do presente princípio, reconhecido pelo Estado, que passa a apoiar várias possibilidades de arranjos familiares¹⁸.

Semelhante linha de raciocínio é defendida por Maria Berenice Dias¹⁹, quando relembra que as famílias extramatrimoniais não tinham amparo de natureza familiar, sendo, quando muito, sustentadas pelo direito obrigacional, sendo tratadas como sociedades de fato. Daí a necessária revisão da compreensão de famílias, ampliando-se os conceitos de grupos ligados entre si pelo afeto.

E entre outros princípios constitucionais como da igualdade entre cônjuges e companheiros, da não intervenção ou da liberdade e da igualdade na chefia familiar, este é o cenário constitucional sobre o qual o presente trabalho se debruça.

1.3. O Direito das Famílias Contemporâneas

Muito se tem dito sobre as mudanças sofridas na constituição da família no Brasil e no mundo, colecionando-se críticas acerca dos novos formatos familiares, alegando que os mesmos resignificados representam uma ameaça ao referido instituto social, como o prescindível prazo para o divórcio e a permissão das uniões homoafetivas.

Pois bem, o que se verifica na prática é um crescente número de pessoas constituindo família, em suas mais diversas versões, aumentando-se, inclusive, o número de uniões, casamentos e adoções, à medida em que o direito amplia as hipóteses juridicamente possíveis de constituição familiar.

Atualmente fala-se muito das famílias plurais, ainda que o modelo tradicional (o casamento entre um homem e uma mulher cercados de filhos frutos desta relação) seja considerado o ideal, não pode mais ser considerado o único, sendo inaceitável o fato de que alguns estudiosos do direito se dirijam aos demais padrões familiares através de termos pejorativos como: famílias marginais, extramatrimoniais ou informais.

¹⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p.143/161.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 67.

Muitas são as modificações de ordem social, moral, econômica e política que influenciaram a mutação sofrida pelo original conceito de família, tendo este alargamento conceitual contribuído para a garantia da dignidade de milhões de pessoas ao redor do mundo.

Conforme discorre Maria Berenice Dias, *“o pluralismo das relações familiares – outro vértice da ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família”*²⁰.

Hoje essa família pode ser compreendida diante de vários enfoques, podendo ser matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, parental, pluriparental, paralela e eudemonista.

Em apertada síntese a família matrimonial é aquela baseada no casamento como instituição regulamentada pelo Estado; a família informal, por sua vez, é aquela fruto da união estável; a família homoafetiva é a formada por pessoas do mesmo sexo, inicialmente através da união estável, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Já a família monoparental é aquela formada por qualquer um dos pais e seus descendentes (CF 226, § 4º), consistindo a família parental/anaparental naquelas formadas entre parentes ou não parentes que buscam instituir o núcleo familiar entre si.

Observe-se também a família pluriparental, que são aqueles formatadas em mosaico, provenientes de parceiros egressos de relações anteriores, trazendo para o novo núcleo familiar filhos de outras relações que convivem entre si.

Cite-se, ainda, a família paralela, como sendo a polêmica família estruturada a partir do concubinato, encarada com grande aversão pela sociedade pautada na monogamia. E, por fim, a família eudemonista, onde persegue-se a felicidade individual dos seus integrantes, deslocando-se a proteção jurídica da instituição para os seus membros, sem qualquer barreira moral, religiosa, física ou política para não serem respeitadas e dignamente amparadas pelo direito (CF 226, §8º).

Dentre tantas modificações e tantas novas espécies de famílias, podemos ventilar, inicialmente, um dos principais alicerces dessas famílias contemporâneas: o Afeto. Tema que será profundamente debatido oportunamente neste trabalho.

²⁰ Ob. cit., p. 41.

Ainda que não conste de forma explícita no texto constitucional, o afeto é um fundamento essencial das relações familiares atuais, por decorrer do princípio primordial da dignidade da pessoa humana.

Nesse norte, pede-se vênua para citar o jurista João Baptista Villela que, em 1979, muito a frente do seu tempo tratou da 'Desbiologização da Paternidade' como ponto característico do novo vínculo familiar que já se apresentava no cenário sociocultural brasileiro²¹.

VILLELA aduz que o vínculo familiar se constitui sobretudo pelos laços de afeto em detrimento dos laços biológicos, e resume:

“A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na doção pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade”²².

Com base na ideia de que o vínculo afetivo tem peso maior do que o vínculo biológico para fins caracterizadores da paternidade, o jurista apontou uma nova forma de parentalidade civil, qual seja a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho.

É preciso compreender que o tema é novo e vem sendo enfrentado com cautela, uma vez que vai de encontro a valores muito arraigados à tradição social no que diz respeito a paternidade.

E qual seria o papel da paternidade hoje?

Diante de pesquisa interdisciplinar, o médico e psicanalista Francisco Daudt da Veiga²³, autor da obra '*Onde foi que eu erre*' (Ed. Casa da Palavra), responde a questão com maestria ao afirmar em sua recente entrevista:

“Os homens colhem hoje um benefício precioso, que é fruto do feminismo: a paternidade participativa. Quando eu era menino no

²¹ VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. Repensando do Direito de Família in PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

²² _____. *Revista da Faculdade de Direito*. Disponível em [HTTP://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=150](http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=150) Acesso em 14/05/2012.

²³ VEIGA, Francisco Daudt de. Em entrevista ao site www.lolamag.com.br abril de 2012. Rio de Janeiro.

anos 50, meu pai era daqueles que chegavam do trabalho para jantar e corrigiam nossos modos à mesa. Pouco mais que isso. Era um provedor ótimo, mas que não deu moleza em matéria de dinheiro – o que foi uma grande estímulo a busca de nossa independência financeira. Eu, por minha vez, já tive a oportunidade de me envolver mais ativamente na criação de meus filhos, participar de suas conquistas e consolar seus dissabores, sem nunca perder a autoridade (a principal ferramenta na criação dos filhos), mantendo a austeridade (uma atenuação da mão fechada do meu pai), cultivando o espírito, valores éticos, senso de humor, leveza no trato de qualquer assunto, mas nunca a levandade. Ou seja, um pai de hoje pode ser pai de um jeito muito mais ativo”.

Tratar de família e afeto há algumas décadas poderia ser pura retórica, hoje o tema é tratado com grande seriedade nas academias jurídicas.

A polêmica sobre a afetividade no cenário jurídico remete o leitor a um caso curioso que teria ocorrido nos bastidores do direito²⁴. Hans Kelsen, criador da teoria pura do direito, fora convidado a ministrar palestra na Faculdade de Direito de Buenos Aires, ao lado de Carlos Cossio, criador da teoria egológica do direito, ou seja, ambos mestres de teorias distintas.

Na ocasião, Kelsen fora questionado por Carlos Cossio acerca da existência de uma teoria que não fosse apreendida pela teoria egológica do direito, sobre o que Kelsen teria respondido: a relação de afeto.

Em tempos onde processos seletivos para o cargo de juiz de direito questionam qual a natureza jurídica do afeto, nada mais coerente que o enfrentamento do tema, levando-se em consideração a noção plástica, dinâmica, do direito.

Os limites hermenêuticos do direito de família precisam ser enfrentados, verificando-se a grande ruptura da Constituição Republicana, que rompeu o paradigma de que a família era casamentária, sendo legitimada somente pela Igreja.

A Constituição Republicana derrubou o antigo conceito de família, sendo elaborada por legisladores sensíveis as mudanças do século XX e às relações humanas, determinando que a família decorre também da união estável e de um núcleo monoparental, indo muito além da ótica do casamento.

Luiz Roberto Barroso, Luiz Edson Facchin, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias entre outros autores, defendem que o sistema adotado pela

²⁴ Fato narrado por Pablo Stolze Gagliano, em palestra proferida no Tribunal de Justiça da Bahia. <http://pablostolze.ning.com/video/lancamento-do-livro-e-palestra> Acesso em 12/05/2012.

Constituição Republicana é um sistema aberto e não discriminatório. Ou seja, a CR não poderia fechar o conceito de família.

É essa Constituição que autoriza a conclusão de que uma madrinha que criou o afilhado por toda a vida formaria com ele uma família, apesar de não constar tal entendimento da interpretação literal do art. 226 da CR, no entanto, o sistema constitucional não esgota as noções de família.

Os avanços verificados ao longo do século XX devem ser trazidos à tona e repensados, reformulados, relidos.

Clovis Beviláqua, idealizador do Código Civil 1916, que foi elaborado em 1899, apresentou um embrião para o conceito atual de família. J. J. Canotilho, autor da teoria da constituição e do direito constitucional, fala do princípio da vedação ao retrocesso, fundamental na aplicação da norma de família, o que corrobora o posicionamento aqui defendido.

Assim, percebe-se que o tema não é tão vanguardista e contrário aos ditames constitucionais. É preciso abrir-se para o novo, a fim de aperfeiçoar o direito brasileiro à luz de princípios constitucionais e evoluções sociais.

O Instituto jurássico da separação judicial que trazia a culpa como pressuposto, não permitia a separação por desafeto. Ora, a Emenda Constitucional nº 66 não só baniu a separação judicial, como autorizou que a falta de afeto, que é a base de uma relação familiar, seja suficiente para a dissolução do casamento.

Nesse diapasão caminha o direito de família moderno, sem jamais banalizar a família, estabelecendo a premissa de que a família é um núcleo socioafetivo moldado pela afetividade, desautorizando o entendimento de que a união homoafetiva ou a paternidade socioafetiva, por exemplo, não são aspectos de família.

Pise-se que o Superior Tribunal de Justiça, recentemente julgou pedido de indenização por abandono afetivo, movido pela filha contra o seu próprio pai. Nada mais coerente, conforme noticiado abaixo:

“ ‘Amar é faculdade, cuidar é dever’. Com essa frase, da ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. A decisão é inédita. Em 2005, a Quarta Turma do STJ, que também analisa o tema, havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral por abandono afetivo.

(...)Dever de cuidar

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança, explicou.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentar, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais biológicos ou não, acrescentou a ministra Nancy.

(...)Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos, ponderou a ministra. O amor estaria alheio ao campo legal, situando-se no metajurídico, filosófico, psicológico ou religioso.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos quando existirem, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes, justificou²⁵.

Grande avanço para o entendimento do afeto nas relações jurídicas trouxe este julgamento do STJ, uma vez que tal princípio decorre diretamente do princípio matriz da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha de intelecção, Paulo Luiz Netto Lobo prossegue acerca do princípio da afetividade:

“Impõem-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente

²⁵ Notícia extraída do site <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3104733/terceira-turma-obriga-pai-a-indenizar-filha-em-r-200-mil-por-abandono-afetivo> Acesso em 14/05/2012.

ligado a consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, das reduções progressivas das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações²⁶.

Tal entendimento corrobora o ditado popular *pai é quem cria*, uma vez que desatrela o caráter biológico do afetivo, constituindo maior importância às relações de afeto entre pais e filhos.

Diante do até aqui citado, verifica-se que o Direito das Famílias fincou sua base nas relações de afeto, mormente pelo ativismo judicial, que passou a deslindar questões de grande complexidade pautadas na lacuna da lei.

Superadas todas as transformações trazidas pelo novo direito de família, os jurisdicionados se deparam com um princípio de olhar inovador, que conduz o direito para além das relações já estabelecidas, buscando-se acompanhar o avançar da modernidade e seus desafios.

Este princípio, conforme já analisado, pretende a evolução do direito e não o inverso. Aplicável a todos os formatos familiares, o princípio constitucional da afetividade viabiliza a proteção estatal a todos essas entidades, construídas a partir dos laços afetivos.

Pois bem, ainda que o termo afeto não conste de forma explícita na Constituição Republicana, por diversas vezes verifica-se a relevância das relações afetivas, protegendo-se a família eudemonista, que preza pela felicidade individual, onde o afeto figura como núcleo centralizador das relações interpessoais, conforme ensina Maria Berenice Dias.²⁷

Cabe aqui assinalar que, reconhecido o afeto como direito fundamental do ser humano, fica o mesmo protegido pelas garantias do art. 5º da CR, cabendo ao Estado o dever de assegurar a todas as crianças e adolescentes o direito ao afeto, sendo tal direito, inclusive, fator preponderante na erradicação da criminalidade, tendo em vista estudos que relacionam atividades criminosas à falta de educação e cuidado no seio familiar.

Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo existem quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade na CR, quais sejam, a igualdade de todos os filhos independente da origem da filiação (art. 227, §6º, CR), a adoção como escolha manejada em razão do afeto, conferindo aos filhos adotivos os mesmos direitos dos

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. Cit.

²⁷ Idem Ibidem. P. 52.

filhos biológicos (art. 227, §§ 5º e 6º, CR), o reconhecimento do núcleo familiar formado somente por um genitor e seus filhos, ainda que sejam adotivos (art. 224, § 4º, CR), e, por fim, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput, CR)²⁸.

Consigne-se que, ainda que alguns autores entendam pela não inclusão do princípio da afetividade no texto constitucional, insta salientar que o fato não afasta a aplicação do direito à tutela jurídica, prevalecendo a afetividade como critério de decisões mais humanas, conferindo-se um valor jurídico ao afeto.

Em artigo acadêmico, André Cleófas Uchôa Cavalcanti e Renata Braga Klevenhunsen, apontam que:

“A afetividade é construção cultural que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando aquela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser traduzido: onde houver uma relação ou comunidade, mantida por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família²⁹”.

Portanto, ainda que a afetividade não conste claramente do texto constitucional, o que posiciona o legislador atrás de seu tempo, o princípio consignado vem sendo efetivado por vários tribunais brasileiros, munidos de teses jurídicas consolidadas acerca do tema.

Observe-se, a título de exemplo, a postura de tribunais como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que definiu a competência dos juizados especializados de família para dirimir questões homoafetivas, determinando aos companheiros homoafetivos direitos de herança, entre outros. Como não extrair de tais decisões a influência do princípio da afetividade?

E nesse diapasão, os tribunais vêm construindo uma história de justiça efetiva no que tange às relações afetivas e os direitos e deveres inerentes a este princípio, conforme se depreende do pioneiro julgado do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, abaixo citado. É ler:

“INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

²⁸ Idem. *Código Civil Comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. XVI.

²⁹ CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa apud KLEVENHUNSEN, Renata Braga. *Pluriparentalidade e as possibilidades principiológico-normativas na delimitação de critérios à aferição da paternidade*. Revista de Direito Juris Poesis, ano 11, n. 11, p. 71 a 104, jan-dez.2008.

A dor sofrida pelo filho em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.” (AC nº408.505-5, 01/04/2004. 7ª Câmara Cível – TJ/MG)

Em julgado já citado anteriormente, com grande impacto social, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em 24 de abril de 2012, de forma inédita, pela indenização decorrente de abandono afetivo cometido pelo pai contra sua filha.

Por certo que a decisão decorreu do princípio da afetividade, atrelado ao princípio matriz da dignidade da pessoa humana, uma vez verificado o dano irreparável causado pelo pai contra a sua própria filha, remetendo o fato aos escritos de João Baptista Villela, já citado ao longo deste trabalho, quando afirma que, a despeito dos laços biológicos, o que predetermina a paternidade/maternidade é o seu aspecto socioafetivo, e uma vez que este falte, nada mais coerente do que a aplicabilidade do instituto jurídico decorrente da responsabilização civil.

Ainda nessa linha de raciocínio, peço vênia para citar a ementa do julgado, acima noticiado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido”.
(STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012)

Uma vez constatada a importância do princípio constitucional da afetividade para o cenário jurídico atual, sobretudo nas situações que envolvem direitos decorrentes de relações paterno-filiais, não cabe mais sustentar a viga familiar única e exclusivamente sobre o aspecto biológico, restando comprovado que o pequeno braço de rio por onde navega o afeto, deságua em mares constitucionais.

O que se pretende é esclarecer o atual conceito de família, sobre o qual caminhará o presente trabalho, pautado no princípio da afetividade.

Anote-se que, anteriormente, a sociedade estava inserida sob a égide de uma sociedade patriarcal que perdeu a sua autoridade no decorrer dos anos, somando-se a este declínio aspectos sociais sérios e alarmantes que reposicionam o homem dentro de uma determinada sociedade.

Com os avanços comportamentais, sobretudo das mulheres, que passam a exercer a maternidade fora do contexto anteriormente estigmatizado, muitas vezes, inclusive, sem o reconhecimento da paternidade de seus filhos, a criminalidade, a gravidez na adolescência, o envolvimento com drogas, entre outros fatos, são verificados como efeitos do fim da ideologia patriarcal.

A seu turno, a subjetividade que permeia cada ser humano é que determina a posição de cada sujeito diante do seu meio social, guiando os seus atos, sobretudo aqueles de efeitos jurídicos, restando clarividente que o afeto e o amor representam nesse contexto valores e elos estruturantes dentro dos núcleos familiares.

Em síntese, a família é o seio da estruturação psíquica que interfere na formação do caráter de todos os sujeitos, sem desconsiderar a subjetividade de cada um.

Diante de assuntos tão subjetivos questiona-se se o Estado pode tratar de aspectos sentimentais, no que tange o exercício do compromisso da parentalidade, amparado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Quando o Direito tutela a proteção deste novo princípio com base no afeto, o que pretende não é proteger todo e qualquer ser das inevitáveis dores de amor que permeiam a existência humana, mas tão somente o amor paterno-materno que vincula-se a uma obrigação jurídica.

O presente estudo, longe de querer esgotar o tema, reflete sobre o amor paterno-filial, considerando que este não é natural, mas sim construído em decorrência da responsabilidade que os genitores devem exercer na criação de seus filhos.

A seu turno, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo o afeto sob o manto do cuidado e da vulnerabilidade dos filhos gerados, desenvolvendo o tema no julgamento do RESP 1106637/SP. É ler:

“Nessa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana”
(RESP 1106637/SP. Min. Rel. NANCY ANDRIGUI. 01/07/2010. STJ)

Nesse passo, em outro julgamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, decidiu-se acerca do Afeto:

“Os pais têm não só o direito, mas também a obrigação de assistir, alimentar, de educar e amparar os seus filhos menores de idade. A Constituição Colombiana, em seu art. 44, garante aos filhos o direito fundamental ao amor, o que se pode extrair, implicitamente, também da nossa, eis que os direitos fundamentais são cláusulas abertas e decorrem não só do texto constitucional, também dos princípios constitucionais explícitos ou implícitos.
(...) o desprezo do pai por uma filha, desde sua tenra idade, fere claramente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”.
(TJPR - 8ª C.Cível - AC 768524-9 - Foz do Iguaçu - Rel.: Jorge de Oliveira Vargas - Unânime - J. 26.01.2012).

Digno de nota é a observância do que dispõe o art. 44 da Constituição Colombiana:

“Art. 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado, el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

Da dicção do dispositivo, verifica-se que os afetos humanos passam a ser tratados como Direitos Fundamentais, sob a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, deixando a família de ser apenas um núcleo essencialmente econômico, para ser um núcleo afetivo, passando o afeto a ser um valor jurídico.

Nesta toada, e cientes da importância dos princípios constitucionais da afetividade e da dignidade da pessoa humana, verificam-se maduros os argumentos para a defesa da filiação socioafetiva e da pluriparentalidade no Brasil, temas tratados oportunamente nos próximos capítulos.

Ultrapassados os alicerces jurídicos do tema objeto deste trabalho, passa-se ao estudo da filiação em uma abordagem geral, seguida de seus aspectos filosóficos.

CAPÍTULO II

A FILIAÇÃO

O presente estudo, longe de querer esgotar o tema, finca seu alicerce na concepção contemporânea de filiação, sendo este, em síntese, o vínculo entre pais e filhos, podendo derivar de uma relação de parentesco consanguíneo ou, ainda, de uma relação socioafetiva entre pais adotivos e seus filhos, resultantes de um processo legítimo de adoção ou do simples fato de convivência, consagrado pelo afeto estabelecido entre os seres envolvidos.

A seu turno, a Constituição Republicana estabeleceu a igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento, rechaçando a equivocada distinção entre filiação legítima e ilegítima decorrente do Código Civil de 1916.

Neste ponto, importante ter em mente que os filhos têm direitos iguais, sendo irrelevante para conferir-lhes tais direitos se nasceram dentro ou fora do casamento, o que resta clarividente na leitura do art. 1.596 do Código Civil, que enfatiza: “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”.

Da dicção do dispositivo, verificamos existir ainda uma ideia sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, tratando o Código Civil, em capítulos diferentes, dos filhos havidos da relação matrimonial (tratados no capítulo ‘Da filiação’) e os havidos fora do casamento (tratados no capítulo ‘Do Reconhecimento dos Filhos’)³⁰.

Assim sendo, não resta nenhuma dúvida de que antes da promulgação da Constituição Republicana, a filiação era classificada como filiação legítima e filiação ilegítima, sendo aquela a filiação decorrente da união de pessoas que estavam ligadas por um vínculo matrimonial válido ao tempo da concepção ou que decorria de casamento nulo ou anulado, estando ou não presente a boa-fé entre os cônjuges. Ao passo que a filiação ilegítima era aquela que decorria de relacionamentos fora do casamento, podendo ser considerada espúria (adulterina ou incestuosa) ou natural.

Neste sentido, confirma Paulo Nader:

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011, p. 354.

A Constituição Federal de 1988 é um grande marco na evolução do Direito de Família, tanto na definição das entidades familiares quanto na fixação do princípio da isonomia entre a prole. Anteriormente, os filhos havidos fora do casamento, além de acoimados, pejorativamente, de *ilegítimos*, não possuíam iguais direitos aos concebidos no casamento, então chamados *legítimos*. As discriminações existentes foram eliminadas pelo texto constitucional, art. 227, § 6º, reproduzido *ipsis verbis* no art. 1.596 da Lei Civil³¹.

Com propriedade, ensina Arnaldo Wald "*o tratamento dos filhos ilegítimos em nossa legislação evoluiu no sentido da concessão de direitos mais amplos e de sua progressiva equiparação aos filhos legítimos*"³².

Wald prossegue, exemplificando:

Antigamente, os filhos ilegítimos não tinham ação própria para exigir o reconhecimento judicial, somente podendo ser perfilhados quando os pais naturais o quisessem, em hipóteses predeterminadas pela lei e mediante formalidades especiais, e, mesmo quando perfilhados, tinham situação legal inferior à dos filhos legítimos.³³

Para Maria Helena Diniz, filiação se define como "o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida."

Segundo a doutrina de Paulo Lôbo:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade³⁴.

Toma-se mais uma vez de empréstimo o entendimento de Paulo Nader, sobre a igualdade entre os filhos:

Destarte, em qualquer circunstância em que se verifique a filiação, a gama de direitos e deveres entre pais e filhos segue regulamento único. Sob o prisma da lei, distinção não há entre filho consanguíneo e o adotivo, entre o concebido em casamento, união estável, concubinato ou em relação eventual. Anteriormente, dado o grande interesse em valorizar o casamento, protegendo-o contra fatos que pudessem abalá-lo, impedia-se a ação de investigação de paternidade em face de pessoa casada. A injustiça era patente.

³¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil v.5: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.278

³² WALD, Ronald. *Curso de Direito Civil*. 2004, p. 179.

³³ Idem.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. 2008, p. 192.

Considerava-se relevante o casamento, ao mesmo tempo em que se condenava ao desamparo o ser inocente, humilhado ainda por não ostentar o nome paterno. A visão humanista do direito, alcançada na segunda metade do século XX, deslocou o foco da lei, afastando-a do casamento, para concentrá-lo na pessoa humana, reconhecendo-lhe a dignidade imanente. Prevalece o princípio *the best interest of the child* - o melhor interesse da criança.³⁵

Em um segundo lance, Paulo Lôbo complementa:

A norma constitucional não necessitava de concretização infraconstitucional, porque é dotada de força normativa própria, suficiente e auto executável. Todavia, sua reprodução no artigo introdutório do capítulo do Código Civil destinado à filiação contribuiu para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio da igualdade, determinante de todas as normas subsequentes. Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente se sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre os irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.³⁶

Dessarte, no ordenamento jurídico atual, Carlos Roberto Gonçalves observa que *"todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações."*³⁷

E neste contexto, grande parte da doutrina pátria segue desfilando sua sapiência, deixando clara a transformação sofrida pelo instituto da filiação no país.

Partindo dessas definições, é vigoroso ventilar cada uma dessas situações em itens apartados.

1.1 A filiação matrimonial

Não é demais repisar os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

“A família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e a proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima. Quando a lei trata da filiação, está a se referir exclusivamente aos filhos havidos no casamento. Despreza o legislador a verdade biológica e gera uma paternidade jurídica, estabelecida por presunção independente da verdade real (...). Para a biologia, pai é unicamente quem, em uma relação sexual, fecunda

³⁵ Idem Ibidem.

³⁶ Idem. P.193-194.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro volume 6: direito de família. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305.

uma mulher que, levando a gestação a termo, dá à luz um filho. Para o direito, o conceito sempre foi diverso. Pai é o marido da mãe.”³⁸

Saliente-se, além de todas as ultrapassadas concepções de filiação legítima e ilegítima, tratadas do Código Civil de 1916, que atualmente o exame de DNA aponta com quase absoluta certeza a paternidade, afastando-se, assim, todas as regras de presunção de paternidade na constância do casamento, constantes do art. 1.597 do multicitado Código Civil de 2002.

Nessa toada, Maria Helena Diniz afirma que:

“Filiação é um conceito relacional, trata-se de uma relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas. Esse estado pode decorrer de um vínculo biológico ou não, como na adoção e na inseminação heteróloga, autorizada pelo pai.

Assumindo definitivamente a nova orientação, inclusive com julgados neste sentido nos tribunais em prol da paternidade real, o art. 1.601 do atual Código dispõe que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Desse modo, caem por terra os vetustos pressupostos do direito anterior, que se arraigavam a princípios sociais e culturais hoje totalmente superados”³⁹.

Conforme ficou assentado, conclui-se que hoje todos são considerados filhos, não importando se são havidos dentro ou fora do casamento, cabendo a todos iguais direitos e qualificações.

Lado outro, entende-se a necessidade de preservação do núcleo familiar, que levou o legislador a catalogar os filhos de forma cruel, em prol da preservação do patrimônio da família. No entanto, verificam-se inaceitáveis, nos dias de hoje, qualquer discriminação que distinga os filhos em ilegítimos, espúrios, adulterinos, incestuosos e naturais.

Conforme a dicção do art. 226, parágrafo 6º da Constituição Republicana Brasileira, afasta-se o risco contra o qual Clovis Beviláqua já alertava: “a falta é cometida pelos pais, e a desonra recai sobre os filhos”. Fica, portanto, assentado que a filiação matrimonial conta com presunções a seu favor, estendidas, inclusive, às relações de união estável.

Dessarte, a distinção reside no fato de que, com a celebração do casamento, há a prova pré-constituída da convivência, bastando que um dos pais apresente a

³⁸ Idem. P. 354.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: 2012. P. 229.

certidão de casamento para, então, efetuar o registro do filho. Já nos casos de união estável, a filiação presumida, pressupõe uma prova de sua existência⁴⁰.

No que tange a presunção de paternidade, Valdemar P. da Luz informa que: *"a paternidade presume-se [...] na constância do casamento ou da união estável, com fundamento no princípio pater is est, ou seja, o marido ou o companheiro é o pai dos filhos concebidos por sua mulher ou companheira."*⁴¹.

Arnoldo Wald⁴² corrobora dizendo que *"a filiação no casamento pressupõe a maternidade por parte da esposa e a paternidade por parte do marido."*

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves⁴³, o Código Civil de 2002 elenca as hipóteses em que se presume terem sido os filhos concebidos durante o casamento. Entretanto, apesar de não ter mais interesse para a configuração da filiação legítima, tal noção é fundamental para a incidência da presunção legal de paternidade.

Maria Helena Diniz relata que o Código Civil, no art. 1.597, estabelece a presunção de que foram concebidos na constância do casamento:

- 1) os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e não do dia da celebração do ato nupcial, porque há casos de casamento por procuração [...];
- 2) os filhos nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, por separação, nulidade ou anulação, porque a gestação humana não vai além deste prazo [...];
- 3) os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido [...];
- 4) os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, isto é, dos componentes genéticos advindos do marido e da mulher [...];
- 5) os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido reforçando a natureza socioafetiva do parentesco [...].⁴⁴

A respeito das hipóteses de presunção de paternidade previstas no artigo 1.597 do Código Civil, Paulo Lôbo observa que:

Todas essas espécies de presunções de concepção têm sido desafiadas pelo avanço da biotecnologia e pela disseminação do exame de DNA. Todavia, a origem genética apenas pode prevalecer quando não se tenha constituído alguma das modalidade de filiação

⁴⁰ Ob. cit. p. 355.

⁴¹ LUZ, Valdemar Pereira da, *Manual de Direito de Família*, Ed. Manole. 2009.p.166.

⁴² WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. p. 186

⁴³ GONÇALVES. GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro: direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56

⁴⁴ Ob. Cit. p. 401-404.

sociafetiva (adoção, posse de estado de filiação e concepção por inseminação artificial heteróloga).

Especial destaque merece a presunção *pater is est*. Durante séculos e até milênios, os povos do sistema jurídico romano-germânico encerraram a incerteza da paternidade valendo-se dessa presunção prático-operacional. a presunção supõe que a maternidade é sempre certa e o marido da mãe é normalmente, o pai dos filhos que nasceram da coabitação deles⁴⁵.

No entanto, Paulo Lôbo⁴⁶, entende que "a presunção *pater is est* não resolve o problema mais comum, que é o da atribuição de paternidade, quando não houve e nem há a coabitação."

Sobre a contestação da paternidade Wald leciona que:

"A paternidade do filho concebido durante o casamento pode ser contestada antes de decorridos dez meses do desfazimento por ser este nulo ou por ter sido anulado, se a mulher contrair novas núpcias ou lhe nascer algum filho. Se nascido dentro dos 300 dias a contar do falecimento do primeiro marido presume-se filho deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido mais de 180 dias depois de estabelecida a nova convivência conjugal⁴⁷.

Segundo Cardin⁴⁸, supõe-se que, pelo art. 1.597 do Código Civil, haverá sempre a presunção de paternidade em relação ao filho oriundo do casamento ou da união estável, sendo admitido prova em contrário, pelo fato de serem imprescritíveis as ações de investigação de paternidade e negatória de paternidade.

2.2. A filiação extramatrimonial

Já foi dito que em tempos pretéritos a filiação se fundamentava no poder patriarcal, cujo pai era detentor do direito de dar ou não seu nome a algum de seus descendentes.

Restou também consignado que no direito romano os filhos eram classificados como legítimos e ilegítimos e tal discriminação se estendeu também no modelo senhorial e os clãs parentais, onde o pai é considerado chefe da

⁴⁵ Ob. Cit. p. 195

⁴⁶ Ob. Cit. p.186

⁴⁷ Ob. Cit. P. 198

organização familiar, o superior sobre os filhos e esposas, possuidor de um poder absoluto e ilimitado, podendo aceitar ou recusar um filho como sendo legítimo, para manter a preservação do patrimônio familiar, quando se utilizava da terminologia revestida de discriminação, onde os filhos eram classificados como legítimos, legitimados e ilegítimos.

Nesse passo, o próprio Código Civil de 1916, em seu artigo 358, estabelecia que os filhos incestuosos e adulterinos não poderiam ser reconhecidos, o que demonstrava excessiva crueldade contra os filhos que muitas vezes tinham a sua identificação refletida na situação conjugal de seus pais.

A indignidade residia no fato incestuoso e do adultério, mas a lei procede como se estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas.⁴⁹

O filho gerado de uma relação extraconjugal era condenado a viver fora do núcleo familiar, prevalecendo a legitimidade e os interesses do matrimônio, que à época a infidelidade era tida como crime e o filho era o grande perdedor, sendo completamente ignorado pela lei.

Os ilegítimos se classificavam em naturais e espúrios, naturais quando entre os pais não havia impedimento para o casamento e espúrios quando a lei proibía a união conjugal dos pais.⁵⁰

Os filhos havidos anteriormente do matrimônio eram também possuidores dos mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, ou seja, era como se houvessem sido concebidos após as núpcias.

Seguindo nesta toada, além do Código Civil de 1916, convém observar também o Decreto-Lei nº 4.737 de 24 de setembro de 1942, dispositivo que autorizara o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, porém tal reconhecimento só poderia ser feito após a dissolução do casamento do genitor.

Pede-se vênua para a citação dos artigos 1º do Decreto-Lei nº 4.737/42:

“Art. 1º O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação”.

⁴⁹ BEVILÁQUA, Clóvis, **Código Civil Comentado**, p.332.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 319.

Em tempos atuais nossa legislação estipula que todos são apenas filhos, sejam eles havidos fora do casamento ou não, todos iguais com os mesmos direitos e classificação, em consequência temos o princípio da igualdade dos filhos, onde se é vedado qualquer designações discriminatórias relativas à filiação, tal princípio é retirado do artigo 1.596 do Código Civil de 2002 e também está presente na Constituição, elencado no artigo 227 §6º.

Muitas mudanças ocorreram em nosso ordenamento jurídico com o passar do tempo e o ramo do direito de família foi um dos que mais sofreram alterações em sua estrutura, e dentro deste ramo a filiação é a que mais foi tocada, juntamente com essas mudanças surgiram novos conceitos que melhor retratam a realidade no que se diz respeito à filiação. Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se tivessem gerado.⁵¹

Na classe de parentesco, a filiação se constitui no mais importante instituto decorrente da relação entre um homem e uma mulher ⁵².

O conceito de filiação varia de doutrinador para doutrinador, porém todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação. Com este novo regramento jurídico, os filhos biológicos, civil e socioafetivos passaram a ser vistos apenas como filhos, independentemente da maneira como foram recepcionados no núcleo familiar.

Desta feita, conforme lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.⁵³

A liberdade de cada pessoa de efetivar a filiação pode ser realizada através de mecanismos biológicos (através de relacionamentos sexuais, estáveis ou não), da adoção (por decisão judicial), da fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento afetivo puro e simples da condição paterno-filial. Seja qual for o método escolhido, não haverá qualquer efeito diferenciado para o tratamento jurídico (pessoal e patrimonial) do filho.

Podemos então entender por filiação o vínculo, seja ele biológico, civil ou afetivo, que une aqueles que têm a vontade de exercer o papel de pais e aqueles

⁵¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*, São Paulo: Saraiva p. 297.

⁵² ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, *Introdução ao Direito de Família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Direito das famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p.546.

que têm o direito de viver em um núcleo familiar sadio, sendo recepcionados e tratados como filhos daqueles.

Cabe asseverar que o reconhecimento dos filhos, havidos fora ou dentro do casamento, produz efeitos de cunho patrimonial, pessoa e moral. Apesar de se produzirem a partir do momento em que foram realizados, estes efeitos são retroativos⁵⁴.

Neste sentido, Caio Mário leciona que:

“Genericamente, porém, pode-se afirmar que o ato de identificação da paternidade tem efeito retro-operante (*ex tunc*), veze dizer, gera suas consequências, não da data do ato, mas retroage até o dia do nascimento do filho, ou mesmo, de sua concepção, se isto condisser com seus interesses.

A regra geral de retroação dos efeitos encontra, entretanto, um limite intransponível: o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas. Desta sorte, sempre que o efeito retro-operante do reconhecimento encontrar permeio, esta barreira não a poderá transpor, para alcançar os efeitos passados das situações de direito, salvo expressa decisão judicial transitada em julgado⁵⁵.

Em sua doutrina, Carlos Roberto Gonçalves ensina que "o efeito retro-operante tem por limite, todavia, as situações jurídicas definitivamente constituídas, encontrando embaraço em face de direitos de terceiros, pela proteção legal concedida a certas situações concretas."⁵⁶

Já Maria Helena Diniz enumera os efeitos que retroagem até o dia do nascimento do filho, que são:

- 1) Estabelecer o liame de parentesco entre o filho e seus pais, atribuindo-lhe um *status* familiar, fazendo constar o fato no Registro Civil, sem qualquer referência à filiação ilegítima, com a menção dos nomes paterno e materno, bem como os dos avós.
- 2) Impedir que o filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, resida no lar conjugal sem a anuência do outro.
- 3) Dar ao filho o direito à assistência e alimentos correspondentes à condição social em que viva, iguais aos que seu genitor prestar a filho matrimonial, mesmo que não resida com o genitor que o reconheceu.
- 4) Sujeitar o filho, enquanto menor, ao poder familiar do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, e não houver acordo, sob o poder de quem melhor atende aos interesses do menor [...].
- 5) Conceder direito à prestação alimentícia tanto ao genitor que reconhece como ao filho reconhecido, pois os parentes devem alimentos uns aos outros, sendo a obrigação alimentar recíproca entre pais e filhos.
- 6) Equiparar, para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza,

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem. p. 363

⁵⁶ Idem, p. 358

[...]. 7) Autorizar o filho reconhecido a propor ação de petição e herança e de nulidade de partilha, devido a sua condição de herdeiro. [...] 8) Equiparar a prole reconhecida, tanto para efeito de clausulação de legítima como para o de indignidade ou deserdação, ao descendente oriundo de relação matrimonial⁵⁷.

Diante de questionamentos acerca da utilidade prática acerca do debate do reconhecimento de filhos socioafetivos, convém apresentar o efeito declarativo do reconhecimento dos filhos na esfera patrimonial, conforme muito bem leciona Carlos Roberto Gonçalves:

O reconhecimento, pois, quer voluntário, quer judicial, tem um efeito declarativo apenas, não atributivo, só fazendo constar o que já existe, retroagindo até a data presumível da concepção e dando direito de concorrer às sucessões abertas anteriormente à sentença. A retroatividade do estabelecimento da filiação tem sua aplicação mais importante, com efeito, sob o ângulo patrimonial, no âmbito do direito sucessório, pois o filho que obteve o reconhecimento de seu estado quando seu pai já havia falecido, nem pelo atraso no estabelecimento da filiação deixa de ser herdeiro dele; e herdeiro em igualdade de condições com os demais filhos, se existirem, e que já estavam registrados antes.⁵⁸

Em relação à igualdade de direitos do filho reconhecido, Paulo Nader entende que:

“Com o reconhecimento, o filho passa a ter iguais direitos e deveres aos seus irmãos e como se registrado fora logo ao nascer. Tais efeitos decorrentes da filiação, são de ordem patrimonial e moral. Sendo menor o filho, o progenitor passará a exercer o poder familiar, o poder de guarda ou o direito de visita, além de assumir o dever de assistência, que é recíproco entre pais e filhos. Um passa a ser herdeiro em potencial do outro, em conformidade com o Direito das Sucessões. Enfim, restrição alguma haverá na relação jurídica entre ambos, que seja própria de pais e filhos⁵⁹.”

Quanto ao direito ao nome, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves induz que "com o reconhecimento, o filho ingressa na família do genitor e passa a usar o sobrenome deste. O registro de nascimento deve ser pois, alterado para que se venha a constar os dados atualizados sobre sua ascendência."

⁵⁷ Idem p.441-442

⁵⁸ Ob. cit. p. 358

⁵⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil v.5: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.278

Na linha dos efeitos pessoais Caio Mário⁶⁰ acrescenta que ao filho nascido fora do casamento são atribuídos direitos, faculdades e deveres de ordem pessoal e patrimonial. Estando sujeitos ao poder familiar dos genitores, porém, para ser admitido na casa do genitor que o tiver reconhecido, deverá haver o consentimento expresso do outro cônjuge.

Por derradeiro, Diniz determina que:

“Todavia, não será mãe, nem pai em razão de uma decisão judicial, porque para sê-lo é preciso: a) querer bem a prole, estando presente em todos os momentos; b) ser o farol que a guia nas relações com o mundo; e c) construir o porto firme que a abriga nas crises emocionais e nas dificuldades da vida. Pai e mãe (biológico ou afetivo) é quem cria e educa. A relação paterno-materno-filial não se esgota na hereditariedade, mas em fortes liames afetivos, numa trajetória marcada por alegrias e tristezas”⁶¹.

Com base na perspectiva de Diniz⁶², pode-se asseverar que o vínculo afetivo não é menos importante que o biológico, pois a relação familiar encontra seu alicerce no amor.

2.3 O Critério Biológico na delimitação da filiação

Não há como falar de filiação sem tocar na filiação biológica, sendo aquela que se origina da genética, do vínculo de consanguinidade, o elo biológico que une pais e filhos, e que desde longa data vinha sendo considerada uma verdade real, porém a partir de mudanças em nosso ordenamento jurídico a verdade biológica passou a não ter grande relevância frente à sociedade e vem perdendo o respaldo jurídico.

Os laços de parentesco biológico/genético formalizam a filiação natural, sendo importante ressaltar que a parentalidade biológica e a genética quase sempre coincidem, mas não necessariamente, de acordo com os avanços da ciência⁶³.

A título de exemplo, convém mencionar os casos de gravidez por substituição, onde uma mulher tem o óvulo fecundado de outra mulher, e implantado em seu útero, verificando-se, neste caso, uma mãe biológica e outra mãe genética.

⁶⁰ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*. Ed. Ed. Forense, São Paulo, 2012.

⁶¹ DINIZ, 2004, p.443.

⁶² Ob. Cit. p.

⁶³ MORRIS, Zoë Amanda. A intenção na determinação da parentalidade. Tese de doutorado. USP-2006

Urge ressaltar, que a parentalidade genética não basta por si só para garantir a permanência do liame parental, corroborando-se este vínculo pelo exercício do poder familiar por parte dos pais. No entanto, o mais comum é que a progenia e a parentalidade caminhem de mãos dadas dentro de um núcleo familiar.

Importante narrar as demais formas de geração de vida, além da conjunção carnal entre um homem e uma mulher, forma mais comum de procriação.

Diversos enunciados das 1ª e 3ª Jornadas de Direito Civil tratam das técnicas médicas desenvolvidas para permitir a reprodução humana, aqueles que não podem ter filhos pelos métodos comuns, seja por infertilidade ou impossibilidades de outra ordem (homossexuais, mulheres solteiras, etc).

Diante desse fato, conforme o Enunciado 103 da 1ª Jornada de Direito Civil, o direito reconhece o parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou a mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Ainda que não seja o tema central deste trabalho, convém mencionar as espécies de concepção artificial, para fins de esclarecimento do instituto da filiação.

A inseminação artificial homóloga, engloba a fecundação in vitro de sêmen de doador conhecido e que, em tese, exercerá a função parental. Já a inseminação heteróloga, envolve a fecundação do óvulo com sêmen de um doador, sendo muito discutido nos dias de hoje o direito do filho a busca de sua verdade genética, assunto de extrema delicadeza.

Além da inseminação artificial, são reconhecidos como filhos naturais também, aqueles frutos da 'barriga de aluguel', tema não menos polêmico, sendo debatida ainda outras possibilidades futuras como a mistura de material genético de duas mulheres ou dois homens, a clonagem humana, aberrações que, cada vez mais, contribuem para a valorização de outros vínculos de parentalidade.

Assim, ante as polêmicas questões bioéticas, oriundas das formas artificiais de procriação, cada vez mais a busca pela verdade real vem sendo desvalorizada, sendo substituída pelo surgimento da verdade afetiva que vai muito além dos laços de sangue, onde é possível estabelecer a diferença entre o pai e o genitor.

A verdade biológica vem perdendo sua importância por vários motivos, e um deles é a facilidade oferecida para encontrar a origem biológica, através de métodos disponíveis como por exemplo o exame de DNA.

Segundo Maria Berenice Dias:

“Há dois fenômenos que contribuíram para o desligamento da verdade genética, o primeiro foi a quebra do princípio de que a família se identificava com o casamento, admitindo se assim entidades familiares não constituídas pelo matrimônio, e o segundo foram os avanços científicos que culminaram com as descobertas dos marcadores genéticos que permitem a identificação da filiação biológica por meio de exame singelo e não invasivo.”⁶⁴

Insta advertir que, além de todos esses fatores que contribuem para a desvalorização da filiação natural, não podemos afastar por completo esta modalidade de filiação, levando em conta o interesse do melhor caso não encontre correspondência afetiva por qualquer motivo, preservando sempre a convivência sadia no núcleo familiar.

Inarredável, no entanto, citar o pioneiro trabalho que abriu as portas do árido campo da filiação socioafetiva, inicialmente tratada como ‘desbiologização da paternidade’ por João Batista Villela.

Já mencionado neste trabalho, o artigo escrito em 1979, corrobora a tendência de se ‘desbiologizar’ a paternidade, ao mesmo tempo em que o alicerce do afeto, ganha status de critério instituidor da relação paterno-filial.

2.4 O Critério Afetivo

A filiação socioafetiva ainda não é expressamente admitida por nossa legislação, porém vem ganhando grande relevância no meio social e nas decisões judiciais, tendo em vista a grande revolução que ocorre no âmbito do direito familiar, e sem contar tal modalidade de filiação supre a carência da criança, deixada pelo rompimento do vínculo afetivo dos genitores.

Esta espécie de filiação se apresenta na adoção, na técnica de reprodução assistida heteróloga e na posse de estado de filho, representada pela adoção à brasileira e pelo “filho de criação”.

O que se leva em conta na relação socioafetiva é a convivência baseada no afeto entre as pessoas, um sentimento que ultrapassa os vínculos consanguíneos, ou seja, é uma atitude de livre e espontânea vontade daquele que mesmo sabendo não ser o pai biológico de determinada criança, a tem como se seu filho fosse, o filho de coração, prevalecendo assim o melhor interesse do menor.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, p.331

Trata-se de uma filiação construída pelo sentimento, pela estabilidade emocional e a convivência, que faz com que o menor considere aqueles com quem convive e lhe dão toda assistência, os seus verdadeiros pais.

Apesar de a nossa legislação silenciar sobre o assunto, o Código Civil em seu artigo 1.593, abre brechas para o reconhecimento da filiação socioafetiva: *O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.*

A expressão “outra origem” possibilita que a filiação derivada do afeto, do respeito entre os sujeitos também possa ser reconhecida como uma espécie de parentesco, deixando claro que o parentesco natural não é o único que gera efeitos no meio social e jurídico.

A posse do estado de filho é um elemento caracterizador da filiação socioafetiva. A posse do estado é aquela que decorre de uma “situação jurídica que não corresponde à verdade”⁶⁵, sendo assim, a posse do estado de filho é “uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.”⁶⁶

O afeto cada vez mais vem ganhando relevância jurídica perante os tribunais e jurisprudências, e encontra fundamentação nos princípios da proteção integral das crianças e adolescentes e no princípio da afetividade, desta forma, o afeto tem sido elemento de extrema importância para solucionar qualquer lide no judiciário, para que possa predominar o bem estar da criança.

Importante ventilar os diversos dispositivos vigentes em nosso ordenamento que dispõe acerca do afeto, como o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88), princípio da solidariedade (Art. 3º, I, CF/88), princípio do melhor interesse do menor (Art. 227, CF/88), princípio da paternidade responsável (Art. 227, §7º, CF/88) e princípio da responsabilidade (ECA, CDC, etc), todos pretendendo resguardar direitos de vulneráveis.

Recentemente, muito se discute sobre a reparação civil por abandono afetivo nas relações familiares, sobre a qual segue breve parecer.

⁶⁵ Ob. cit., p.371.

⁶⁶ BOEIRA, Jose Bernardo Ramos, *Investigação de Paternidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.60.

Saliente-se que o Direito não trata dos sentimentos, mas sim dos efeitos jurídicos decorrentes do afeto ou de sua falta, não sendo demais repisar que o afeto vem tratado como “cuidado” aos olhos dos operadores do direito.

As recentes ações movidas pleiteando indenização por abandono afetivo, por exemplo, não pretendem que o Estado obrigue pais e mães a amar seus filhos, mas tão somente chama estes à responsabilidade através da reparação civil, contida no multicitado art. 186 do Código Civil Brasileiro.

Se não há sanção apropriada para os casos de abandono afetivo, presume-se que não há responsabilidade dos pais em relação aos seus filhos, ferindo-se os artigos 1.630 e seguintes do Código Civil, bem como as disposições constitucionais já mencionadas.

Ao desconsiderar o afeto como valor jurídico, o direito impediria a concessão de alimentos para a alma, não bastando aos pais suprir materialmente os seus filhos, ou arcar com culpa por não poder fazê-lo. O que pretende o direito ao reconhecer o afeto como direito da personalidade, é garantir que os filhos tenham direito não somente ao nome do pai, mas, sobretudo, ao “estado de filho”, devendo esta filiação ser determinada por laços de afeto, mais do que biológicos.

Factível, portanto, que nas relações interpessoais os indivíduos sofram seus abandonos, não cabendo ao Estado “medicalizar” a vida, nem intervir nas questões de foro íntimo dos cidadãos, no entanto, para fim de caracterização do vínculo paterno-materno-filial, não há melhor indicativo do que a verificação dos laços de afeto.

De fato, a expressão corriqueira “pai é quem cria” nunca teve tanto sentido como nos dias atuais, quando famílias são “costuradas”, após divórcios, adoções, namoros desfeitos, filhos abandonados, etc.

Dada a complexidade das relações humanas e os vínculos que decorrem das mesmas, convém ao direito observar o afeto como um bem, e uma vez percebido como tal, tratar da distribuição deste afeto.

Nessa toada, John Rawls ensina acerca dos Bens Primários que:

“A lista básica de bens primários contempla cinco grandes grupos, a saber: a. direitos e liberdades básicos, que são, igualmente, dados por uma lista; b. liberdade de circulação e livre escolha da ocupação face a um quadro de oportunidades plurais; c. poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; d. rendimento

*e riqueza; e por fim. E. as bases sociais do respeito próprio ou auto-respeito”.*⁶⁷

Rawls demonstra preocupação com um traço objetivo de primariedade dos bens diante de tantas diferenças interpessoais, devendo-se observar sempre a equidade na valoração desses bens.

Frente ao posicionamento de Rawls é de fácil compreensão alocar o Afeto como bem jurídico, considerando a natureza prática dos bens primários, uma vez que

*“podemos efetivamente apresentar um esquema de iguais liberdades básicas e oportunidades equitativas, o qual, quando garantido pela estrutura básica, proporciona a todos os cidadãos, quer o desenvolvimento adequado e o exercício pleno das suas faculdades morais, quer uma parcela equitativa dos meios de todos-os-fins, essenciais à promoção das suas precisas concepções admissíveis do bem”*⁶⁸.

Interessante que Rawls frisa mais adiante em sua obra que de modo algum se pretende que as parcelas equitativas de bens primários constituam uma medida do esperado bem-estar psicológico global, ou seja, se o afeto passa a ser considerado um bem, assim como o lazer, nada obsta que afeto corresponda a algo positivo na vida do indivíduo, questionando-se, por exemplo, os efeitos nefastos que o excesso de afeto pode gerar na vida de uma pessoa.

O que deve ficar esclarecido é que, assim como o direito ao bem da vida, da imagem, do nome e da integridade física, o ser humano pode exigir o direito a receber afeto, cuidado e amor - por que não? -, podendo inclusive rejeitar tais bens de acordo com suas convicções, desde que tenham consciência da importância de receber este afeto.

E mais além, o sujeito que percebe o seu vínculo biológico desprovido de cuidado, pode certamente optar pelo vínculo afetivo, como alicerce familiar, uma vez que o afeto como bem deve ser distribuído justamente, não cabendo ao Estado impor uma única via de acesso do afeto.

O que se pretende é sanar o prejuízo decorrente do declínio da autoridade paterna, que de forma invisível e silenciosa produz sintomas sociais sérios e alarmantes.

Um jovem que se envolve com drogas, crimes, ou que engravida na adolescência, muitas vezes está produzindo os sintomas da rejeição paterna e

⁶⁷ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Editorial Presença. 1ª Ed. Lisboa, 1997. P. 182.

⁶⁸ Idem. P. 183.

materna, devendo-se analisar com cautela os atos e fatos jurídicos decorrentes desta brecha social, considerando-se a subjetividade que permeia cada caso.

O direito não é uma ciência exata, sobretudo quando pretende regular o afeto e o amor, indiscutíveis valores e elos estruturantes dos sujeitos do núcleo familiar.

Neste sentido, muito se questiona se o Estado pode intervir na seara dos sentimentos humanos, uma vez que a família é percebida como a estruturação psíquica que forma o caráter dos indivíduos, estes reconhecidos como sujeitos de direito.

Michel Walzer, cuida do “parentesco e amor” no capítulo 9º, de sua obra “Esferas da Justiça – Uma defesa do pluralismo e da igualdade”, abordando as distribuições de afeto, ensinando ser comum que os laços de parentesco sejam considerados um domínio além do alcance da justiça distributiva.

Discorre o autor, refletindo sobre o tema:

“Dentro da família e por intermédio de alianças entre famílias ocorrem importantes distribuições. Dotes, presentes, heranças, pensões alimentícias, ajuda mútua de diversos tipos: tudo isso está sujeito a costumes e leis de caráter convencional e refletem entendimentos profundos, porém nunca permanentes. O mais importante é que o próprio amor, e também o casamento, a preocupação paterna e o respeito filial também são similarmente sujeitos e similarmente reflexivos. ‘Honrar pai e mãe’ é uma lei distributiva.

(...)

Por conseguinte, a família é uma fonte perene de desigualdade. Isso não acontece só devido ao motivo que normalmente se dá, porque a família funciona(de maneiras diferentes em cada sociedade) como unidade econômica dentro da qual se acumula e se passa adiante a riqueza, mas também porque funciona como unidade emocional, dentro da qual se acumula e se passa adiante o amor”⁶⁹.

O panorama que se apresenta, resvala na ideia de que o direito pretende tutelar o compromisso da parentalidade, e não evitar as dores afetivas, inerentes a trajetória de qualquer ser humano.

⁶⁹ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça – Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003. P. 312-314.

O que se verifica na atualidade é que a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução, passando a se “despatrimonializar”, caracterizando-se sob o manto do afeto, como um valor jurídico, critério desta estrutura.

A partir deste novo arcabouço, percebe-se que o Estado não obriga os pais a amarem os seus filhos, mas os chama à responsabilidade através da responsabilidade civil, fazendo valer o disposto no art. 1634, I, do Código Civil de 2002. É ler: “*Art. 1634. Compete aos pais quanto as pessoas dos filhos: I dirigir-lhes a criação e educação.*”

Assim, o afeto passa a ser veiculado como uma obrigação de criar e educar os filhos gerados, com base na responsabilidade que decorre de forma automática do poder familiar.

José Fernando Simão, acerca do tema, publicou:

“À diferença dos outros animais, somos constituídos além dos instintos, de sua tradução mental em impulsos de vida e de morte. (...)São os afetos que nos vinculam das mais diversas formas às pessoas. E é certo que também somos afetados pelos estímulos externos que são traduzidos, interpretados mentalmente segundo as experiências passadas e a valoração que lhes foram atribuídas. Somos seres axiológicos por excelência e parte desta qualidade que nos é inerente vem justamente dos afetos. (...)No direito brasileiro, a tentativa de positivação do afeto lhe tem trazido visibilidade como o direito ao afeto. No entanto este é, na verdade, o direito á convivência que informa um estado, como o é de filho por ex., e que atende a necessidades, demandas e desejos eminentemente humanos. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família”⁷⁰.

Já Maria Cláudia Crespo Brauner, expõe acerca da ‘família sociológica’:

“Quase dois séculos depois, o mundo mudou profundamente, a forma de viver em família foi redimensionada, a ciência desvendou os segredos da genética e da hereditariedade, possibilitando desse modo, determinar-se os vínculos de filiação sob o aspecto biológico. (...) nem sempre aquele que gera se interessa por sua descendência e, há de aceitar-se que muitos pais e mães genéticos, prefeririam que seu filho não tivesse sido gerado, e podem passar de uma atitude de negação da existência do filho, ao completo desprezo pelo seu destino, principalmente, quando o vínculo formal de filiação foi estabelecido de forma forçada, através de uma ação de investigação de paternidade.

⁷⁰ SIMÃO, Fernando José. *Parentalidade: o duelo DNA x Afeto*. Carta Forense, São Paulo, Nov. 2008. P. 48.

(...) indo além da simples declaração de filiação biológica determinada através de exames científicos, sejam estes de menor ou maior complexidade, como no caso do exame de D.N.A, percebe-se que a autêntica relação de pai e filho requer mais que a mera determinação da descendência genética, atribuindo-se finalmente, relevância a noção subjetiva dos laços afetivos.

(...) a posse do estado de filho (...) é aquela que se exterioriza pelos fatos, quando existem pais que assumem suas funções de educação e de proteção dos filhos, sem que a revelação do fator biológico da filiação seja primordial para que as pessoas aceitem e desempenhem a função de pai ou mãe”⁷¹.

E neste diapasão, Euclides de Oliveira traz, em artigo publicado no V Congresso de Direito de Família, uma frase intrigante: *A lei do afeto submissa à lei dos homens*⁷².

Será tal assertiva verdadeira sete anos após ter sido proferida? É o que será debatido no próximo capítulo deste trabalho.

⁷¹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito da Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

⁷² OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver , casar. 2005: Belo Horizonte. MG.

CAPÍTULO III

O AFETO COMO VALOR JURÍDICO

Muito já foi mencionado sobre o afeto ao longo deste trabalho, inclusive, o tema vem sendo objeto de questões de concurso para a magistratura no Brasil, afastando-se, cada vez mais, o vínculo biológico, em detrimento do vínculo afetivo.

Pode parecer absurdo, no entanto, o direito de família, respaldado pela constituição pátria, vêm traçando um novo caminho, repersonalizando o direito civil e desenvolvendo um rígido alicerça sobre os princípios constitucionais, como os da afetividade, o melhor interesse do menor e a dignidade da pessoa humana.

Convém ressaltar que a Constituição Republicana de 1988 não menciona em seu texto a palavra 'afeto', o que já consta de textos constitucionais, como os da Colômbia. É ler:

“CAPITULO II.

DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES

ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los

deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, **el cuidado y amor**, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás." (*grifo nosso*)

Assim, diferente da legislação colombiana, o Brasil não trata expressamente do afeto, no entanto, é cediço que o afeto une as pessoas e viabiliza a concretização da dignidade da pessoa humana, através da efetivação dos direitos pessoais e patrimoniais, decorrentes das relações humanas, sobretudo, entre pais e filhos.

3.1. A Ideologia do Afeto

O direito é concebido para o homem, e este, por sua natureza, idealiza os afetos. Algo quase biológico, decantado em versos e músicas, costurado pela linha da filosofia.

O afeto, inerente ao comportamento do homem em sociedade, passou a existir para o direito há pouco tempo. Este afeto começa a surgir de forma mais concreta através da jurisprudência e doutrina, consolidado pelo princípio constitucional da afetividade, de construção teórica mais recente.

De acordo com os ensinamentos de Paulo Lobo, o princípio da afetividade:

“é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”⁷³.

Este princípio resultou da evolução da família, nas últimas décadas do século XX, com a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato da afinidade, e ganhou grande impulso com o advento da Constituição Republicana.

O princípio da afetividade, no âmbito da família brasileira, especializa os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, e está ligado aos princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, em que fez desapontar a igualdade entre estes, seja biológico ou adotivo, com respeito a seus direitos fundamentais e sentimento de solidariedade recíproca, trazendo uma evolução da pessoa humana à frente nas relações familiares.

Paulo Lôbo explica que:

A afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar⁷⁴.

Em resumo, a posse de estado de filho é o reconhecimento jurídico de afeto. E de acordo com o autor já mencionado, na Constituição Republicana, são identificados quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, a saber: igualdade de todos os filhos independentemente da origem (artigo 227, § 6º), adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (artigo 227, §§ 5º e 6º), a

⁷³ LOBO, p.63

⁷⁴ LOBO, p. 64

comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (artigo 226, § 4º) e o direito de convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (artigo 227).

Assim, a evolução da concepção da família, que atribuiu valor jurídico ao afeto, se difere da concepção antiga, em que a família era instituição natural e de direito divino, imutável e indissolúvel na qual o afeto era secundário. Atualmente, a força da afetividade é o único ele que mantém as pessoas unidas nas relações familiares.

Nas palavras de Maria Berenice Dias

“talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é princípio da afetividade”⁷⁵.

Em outra concepção, tem o princípio da solidariedade familiar no âmbito das relações familiares, especializado pelo princípio da afetividade.

O princípio da solidariedade familiar é uma das técnicas de proteção social que se mantém atualmente e está ligado aos deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar.

Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Este princípio tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, por contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade que compreende a reciprocidade. Assim, deixando um dos parentes de atender com obrigação parental, não poderá exigí-la de quem se negou a prestar auxílio⁷⁶.

O afeto e a solidariedade derivam da convivência familiar e a manutenção desse vínculo gera o bem estar dos integrantes do grupo familiar

Assim, pode-se concluir que a função da família, nos dias de hoje, é a valorização do afeto e da dignidade da pessoa humana, juntos em um ambiente de convivência e solidariedade recíproca.

Não menos importante para a compreensão do afeto na atualidade, o princípio da paternidade responsável é decorrente do imperativo constitucional em relação ao dever de se fazer um planejamento familiar, preexistente ao próprio nascimento da criança.

⁷⁵ Ob. cit., p.72

⁷⁶ Ob. cit., p. 56

A responsabilidade paterna vai além desse planejamento familiar, pressupõe o cumprimento das obrigações materiais e morais com os filhos, a fim de propiciar seu desenvolvimento regular e sadio, com condições dignas de sobrevivência, pois não bastam recursos materiais para criar e educar a prole, há que respeitá-la em sua dignidade.

Os pais tem que ter consciência de que o inadequado exercício de suas funções prejudica o crescimento da prole, de modo que o desprezo, a indiferença e a falta de afeto interferem na formação da personalidade, como resultado consequente de uma pessoa agressiva, insegura e infeliz.

Portanto, a paternidade responsável deve ser manifestada pela consciência dos pais acerca das obrigações assumidas por ter um filho, com a efetiva disposição de suporte material, moral e afetivo para o desenvolvimento regular e sadio da criança e adolescente, formando, assim, indivíduo apto ao convívio social.

E já citado em capítulo anterior, o princípio do melhor interesse da criança também corrobora para a ideologia do afeto, a medida que o afeto é, sobretudo, um direito do menor.

O princípio do melhor interesse da criança decorre do novo conceito de família pautado na afetividade e companheirismo. Assim, a criança ganhou destaque pelo fato da sua fragilidade e vulnerabilidade, necessitando que os pais a conduzam em direção à autonomia.

Este princípio possui suas raízes na doutrina da proteção integral, que é norteadada pelo artigo 227 da CRFB/88, segundo o qual é assegurado como dever dos pais, do Estado e da sociedade, e também como direito fundamental da criança, o convívio familiar, na medida em que assegura o direito à vida, saúde, educação, liberdade, respeito e dignidade, além de protegê-los de qualquer discriminação, exploração, violência, crueldade ou negligência.

A proteção do menor tem como fundamento o reconhecimento de que a família tem por objetivo a promoção da criança, para o seu desenvolvimento sadio na educação, formação moral e profissional.

O artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente trata da efetivação da doutrina da proteção integral, e dentre os direitos garantidos está o direito à saúde, e não só a física, como também a emocional e espiritual. A preservação da integridade psicofísica da criança tem a finalidade de garantir a formação sadia da personalidade de um indivíduo integrado à sociedade.

Neste sentido, cabe aos pais, no cumprimento de seus deveres legais com os filhos, proteger a criança e o adolescente de forma integral, cultivando o afeto e o cuidado no exercício da paternidade, pois tais elementos são indispensáveis à formação plena da personalidade do infante em desenvolvimento.

Visível, portanto, a posição do afeto como um direito personalíssimo do ser humano, baseado em princípios constitucionais.

3.2. Afetos conjugal, familiar e paternal

Muitas são as formas de amar e de se demonstrar este amor. O afeto, residente na esfera subjetiva do homem, vem ganhando status de bem jurídico, ensejando, inclusive, responsabilização civil frente à hipótese de lesão a tal bem.

Diferente dos outros animais, somos constituídos, além dos instintos, de sua tradução mental em impulsos de vida e de morte. Estes ganham a qualidade mental de afetos – energia mental com a qualidade de ligação, de vinculação = libido, Eros, ou de desligamento, de não existência = morte, Thanatos. São estes impulsos que nos afetam, desde dentro, e que se transformam em sentimentos – que ganham um sentido, uma direção na relação com as outras pessoas, com nuances que variam do amor ao ódio, em combinações variadas. É por meio dos afetos que valorizamos e julgamos a experiência em prazerosa, desprazerosa, boa, má.⁷⁷

É muito natural a ideia de que somos seres axiológicos, que a todo tempo emitimos juízo de valores, pautados inerentemente nos afetos.

A valorização do afeto no Direito Brasileiro vem ganhando força, e a positivação deste “direito ao afeto” já consta do Projeto de Lei 2285/2007 apensado ao Projeto de Lei 207/06 (Estatuto do direito das famílias). Veja-se:

“TÍTULO I

Das Disposições Gerais

Art. 1.º Este estatuto regula os direitos e deveres no âmbito das entidades familiares.

Art. 2.º O direito à família é direito fundamental de todos.

⁷⁷ SIMÃO, José Fernando. Parentalidade: o duelo DNA x Afeto – parte I. Carat Forense, São Paulo, Nov. 2008. p. 48.

Art. 3.º É protegida como família toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar, em qualquer de suas modalidades.

Art. 4.º Os componentes da entidade familiar devem ser respeitados em sua integral dignidade pela família, pela sociedade e pelo estado.

Art. 5.º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade”.

O afeto conjugal, apesar de ser perseguido nas relações matrimoniais em função de uma introdução do romantismo em nossa cultura, não é requisito de validade do casamento, podendo, na falta daquele, ser realizado o divórcio, por ‘falta de amor’, sendo hoje desnecessária a explanação do motivo dos rompimentos conjugais, conforme a emenda constitucional 66/2010.

O art. 1566 do Código Civil de 2002, trata das obrigações matrimoniais, entre elas a fidelidade recíproca e apoio mútuo, o que serve de alicerce para a ideia da monogamia no direito brasileiro.

Este apoio entre os cônjuges está pautado num ideal de indissolubilidade do casamento, onde os pares comprometem-se ao apoio recíproco, seja de cunho material ou afetivo. No entanto, quando não atendidos estes requisitos, ao cônjuge cabe a opção do divórcio, não sendo mais permitida a discussão ou punição pela falta de afeto numa relação conjugal.

Porém, não é raro verificar-se na doutrina e jurisprudência, a aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil nos rompimentos destes votos de fidelidade. Hoje, cada vez mais, os ex-cônjuges movem ações de indenização por infidelidade, inclusive virtual.

Quando o afeto está pautado nas relações conjugais, o que se verifica é uma responsabilidade mais leve, sobretudo considerando o atual cenário dos relacionamentos de pouca duração entre adultos, bem retratados pela teoria dos amores líquidos de Zygmunt Bauman⁷⁸:

“A modernidade líquida em que vivemos traz consigo uma misteriosa fragilidade dos laços humanos – um amor líquido. A insegurança

⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. Amor Líquido – sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2004. p. 33.

inspirada por esta condição estimula desejos conflitantes de estreitar estes laços e ao mesmo tempo mantê-los frouxos”.

Já em relação ao afeto paterno-filial, essa responsabilidade está pautada em outros aspectos, como o poder familiar, tratado de forma exaustiva pelo Código Civil de 2002.

Como já comentado anteriormente a família se fundava no objetivo de perpetuação de culto doméstico, com a preocupação na transmissão da vida junto a seu patrimônio, prevalecendo o pátrio-poder exercido pelo pai (chefe da família) se abstendo de qualquer relação afetiva.

Contudo, com o passar do tempo, com a industrialização, igualdade entre homem e mulher e a divisão dos “papéis” familiares, a família demonstrou uma inclinação sentimental, em que os laços que unem seus membros vão além do sangue, se sustentando na convivência e na afetividade.

Bernadete Pequim ensina que:

(...) a partir do século XVII, a família começa a manter a sociedade à distância, a valorizar a intimidade da vida privada e a ter necessidade de uma identidade, passando a se unir também pelo sentimento. Assim, a instituição “família” foi se responsabilizando pela transmissão de valores e conhecimentos e pela socialização da criança, tornando-se fundamental pelos laços afetivos para o processo de subjetivação desta.

Percebe-se que a família passou a desempenhar uma função contributiva para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, baseada na construção de laços afetivos entre si, e externando estes a sociedade.

O afeto, na relação paterno-filial, possui papel muito importante, pois é na família que se tem o primeiro contato com o próximo e, além disso, é o meio em que se adquirem condições para o desenvolvimento regular de uma personalidade saudável, sem algum tipo de trauma, que será demonstrado futuramente no seio da sociedade.

Nestes termos, Paulo Luiz Netto Lôbo explica que:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente da convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômicas, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do

direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser finalidade precípua⁷⁹.

O emprego do afeto somado à convivência familiar, o zelo e o interesse dos pais no desenvolvimento sadio de seus filhos, tem a finalidade de garantir que a criança e o adolescente terão condições psicológicas de crescer saudavelmente, com sabedoria em discernir situações problemáticas e capacidade de adotar posição defensiva diante destas, afastando, assim, comportamentos não virtuosos, como a violência familiar, uso de entorpecentes etc.

A família, responsável pela formação do infante, deve exercer a compensação afetiva necessária à concretização daquela função. Atualmente os elementos familiares por muitas vezes estão distanciados, não por uma escolha, mas por necessidade dos pais em ter que passar o dia no trabalho, fora do lar, para garantir o sustento de seus filhos ou até mesmo devido a uma separação conjugal, em que a convivência passa a não ser mais diariamente. Porém, mesmo com essa necessidade de distanciamento, os pais não podem deixar de lado o seu dever de afeto com os filhos, não devendo entender que a ausência pode ser compensada com presentes.

Os filhos, em suas infâncias, quando não são amados, há grande possibilidade de que esta frustração seja refletida na idade adulta, demonstrando perfis agressivos, incapacitados de reconhecer a importância do afeto no meio social, gerando um ciclo em que essa perspectiva será projetada aos seus filhos e assim em diante, passando a considerar o amor e o zelo como elementos dispensáveis.

Portanto, a aplicação do afeto nas relações paterno-filiais influencia preponderantemente na formação da personalidade dos filhos, demonstrando que o indivíduo tem o seu valor no âmbito familiar a qual este está inserido, motivando-se a investir sempre no afeto, respeito, amor e cuidado, de um com os outros, afinal a família tem por base o afeto.

Frise-se que este afeto foi reinterpretado pelo Superior Tribunal de Justiça como “responsabilidade”, decorrente do princípio da paternidade responsável que engloba a criação, sustento e educação dos filhos, a companhia e guarda dos mesmos, o direito de visita, o consentimento para o casamento, a nomeação de tutor, a representação e assistência legal, a reclamação em face daquele que

⁷⁹ Ob. cit., p.113

detenha ilegalmente os seus filhos, obediência e respeito dos filhos em relação aos pais, a administração e usufruto dos bens, e, por fim, o carinho e o companheirismo.

Esta última obrigação, muito combatida e polêmica, foi desde muito defendida por João Baptista Villela, que ressalta ser inerente à paternidade responsável os direitos-deveres de proporcionar aos filhos carinho, afeto e companheirismo⁸⁰.

3.3. O afeto e o cuidado como valores jurídicos

Na obra romanesca “Em busca do tempo perdido”, escrita por Marcel Proust no início do século XX, percebe-se com clareza a importância do afeto, retratado na memória de uma criança. É ler:

“Quando subia para me deitar, meu único consolo era que mamãe viria beijar-me na cama. Mas tão pouco durava aquilo, tão depressa descia ela, que o momento em que a ouvia subir a escada e quando passava pelo corredor de porta dupla, o leve frêmito de seu vestido de jardim, de musseline branca, com pequenos frestões de palha trançada, era para mim um momento doloroso. Anunciava aquele que viria depois, em que ela me deixaria, voltando para baixo. Assim, aquela despedida de que tanto gostava chegava eu a desejar que viesse o mais tarde possível, para que se prolongasse o tempo de espera em que mamãe não aparecia. Às vezes, quando depois de me haver beijado, abria a porta para partir, desejava dizer-lhe “beija-me ainda outra vez”, mas sabia que logo o seu rosto assumiria um ar de zanga, pois a concessão que fazia a minha tristeza e inquietude, subindo para levar-me aquele beijo de paz, irritava o meu pai, que achava esses ritos absurdos, e ela, que tanto desejava fazer-me perder a necessidade e o hábito daquilo, longe estava de deixar-me adquirir o novo costume de pedir-lhe, quando já se achava com o pé no limiar da porta, um beijo a mais. E vê-la incomodada destruía toda a calma que me trouxera um momento antes, quando havia inclinado sobre meu leito sua face amorável, oferecendo-a como uma hóstia para uma comunhão de paz, em que meus lábios saboreariam sua presença real e ganhariam a possibilidade de dormir”⁸¹.

Pretende-se, através da citação de uma obra tão respeitável, ilustrar a importância do afeto na formação dos homens, sobretudo no seio familiar, o que já fora muito mais combatido, considerando-se a rigidez sobre a qual fora erguida a sociedade patriarcal.

⁸⁰ VILLELA, João Baptista. *Paternidade Responsável*. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenador R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, v 57, p.242.

⁸¹ PROUST, Marcel. *No caminho de Swann*. Em *Busca do Tempo Perdido*. V.1. Tradução Mário Quintana; 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2006. P.32.

Afeto, carinho e companheirismo são imprescindíveis para a formação do caráter de um ser humano, contribuindo para a construção do desenvolvimento infantil, nas suas esferas moral psíquica e emocional.

Não resta dúvida de que os pais têm a responsabilidade, o dever, a obrigação de, gerando seus filhos, despender a estes atenção, zelo, cuidado e educação. Nada mais absurdo do que negar aos filhos paridos, a orfandade de pais vivos.

Indo mais além, os filhos devem receber daqueles que o fizeram existir, o afeto em seu sentido literal de afeição, amizade, amor. Ou seja, os filhos devem receber afagos, cafunés, beijos e abraços de seus genitores, assim como o fazem os animais, munidos por um sentimento real de bem-querer, de desejo de conviver, de estar junto, de orientar uma criança para os desafios da vida.

Ante tais deveres, questiona-se a possibilidade de indenizações pela falta da afeto dos pais para com seus filhos, tema tratado por Jorge Shiguemitsu Fujita, em sua tese de doutorado “O Afeto nas relações entre pais e filhos: filiações biológica, socioafetiva e homoafetiva”:

“A par do alerta que sempre se faz a respeito da possibilidade de uma monetarização do afeto ou da instalação de uma indústria indenizatória, com uma enxurrada de ações oportunistas batendo á porta do Poder Judiciário, no afã de obter uma indenização, entendemos ser viável a propositura de ações indenizatórias decorrentes do abandono afetivo provocado pelo pai, ou pela mãe, ou por ambos, dentro de algumas medidas de cautela e de justo critério, buscando sempre evitar a generalização de soluções para casos diferentes”⁸².

Para elucidar o tema, apenas reflexo do objeto central deste trabalho, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, defende que “o abandono afetivo se configura pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Republicana exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família e à sociedade”⁸³.

⁸² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *O afeto nas relações entre pais e filhos: filiações biológica, socioafetiva e homoafetiva*. Tese de doutorado apresentada no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p.117.

⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo in *Repertório de jurisprudência IOB – 2ª quinzena de junho de 2006 – nº 13/2006*, v. III, p. 416.

E é dentro desta toada que o afeto se torna uma ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana, pautado na Constituição Republicana como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, e, além disso, está pautado também na Declaração Universal de Direitos Humanos, na Carta das Nações Unidas e na Convenção Americana de Direitos Humanos, demonstrando a sua relevância no contexto mundial e na relação entre o ser humano e a sociedade.

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral de autodeterminação que se manifesta na própria vida do indivíduo com respeito das demais pessoas, devendo ser assegurado pelo estatuto jurídico à necessária estima que toda pessoa merece como ser humano.

Observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é composto por um sentimento valorado que tem lugar no íntimo do ser humano, assim como o próprio princípio na relação paterno-filial. Ao sentimento, diz-se ser o afeto.

O afeto está inserido no princípio da afetividade, bem como está contido no princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que, na relação paterno-filial, o exercício do poder familiar deve ser realizado em consonância com os limites destas, em que o afeto tem a função de promover os meios necessários ao desenvolvimento dos ideais de dignidade das pessoas junto a liberdade, igualdade, fraternidade, proteção à vida.

Sintetizando, Paulo Luiz Netto Lôbo diz que:

O princípio da afetividade é fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade da pessoa humana (...) ⁸⁴

O sentimento do afeto na relação paterno-filial pode ser interpretado com aspecto intrínseco e subjetivo próprio do ser humano, que agrega, insere significado e torna-se indispensável à manutenção sadia da sua própria existência.

Pode-se afirmar, assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana possui o princípio da afetividade como um dos seus elementos concretizadores, em que aquele precisa deste para ser externado, trazendo o entendimento de que para ter uma formação pautada na dignidade, os filhos devem receber o amor e afeto de seus pais, sendo respeito, ao menos, o mínimo necessário⁸⁵.

⁸⁴ Ob. cit.,

⁸⁵ ANGELUCI, 2012

Sob o aspecto etimológico, a palavra afeto vem do latim *affectus*, que significa “feito um para o outro”, sentimento, afeição, paixão, ternura de uma pessoa para a outra.

Com maior profundidade, Sérgio Resende de Barros traduz o direito ao afeto como a liberdade que um indivíduo possui para afeição-se a outro, ou seja, um direito individual, uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos”⁸⁶.

Importante lembrar ainda, que o afeto decorre da solidariedade, que justifica a sua faceta do cuidar de alguém, do outro. Afeto é cuidado, portanto, inimaginável uma relação entre pai e filho, avô e neto, sem a tutela do mais velho em relação ao mais novo e vice-versa, quando chegada a velhice daqueles que criam seus descendentes.

Esse afeto travestido de cuidado já estava evidente há mais de 30 anos atrás nas lições de João Baptista Villela, que defendia a desbiologização da paternidade, ressaltando a prevalência do afeto e do amor entre pais e filhos e não apenas mero material genético.

Afirmava o autor acima mencionado: “*ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e de servir*”⁸⁷. Segue em seu trabalho, citando a sentença dada por Salomão que, decidindo sobre a guarda de uma criança entre duas mulheres que a reclamavam, ordenou que a infante fosse cortada ao meio e entregue a sua metade a cada uma das postulantes, certo de que a mão biológica impediria tal ato e abriria mão da guarda pleiteada.

Ora, é certo que Salomão entregou a criança à mãe renunciante, desprezando a verdade biológica em face da verdade afetiva, demonstrada “por uma admirável e simples lição de maternidade”⁸⁸.

Diante do aqui exposto, não restam dúvidas de que o afeto, hoje e sempre, é o verdadeiro teste de DNA entre pais e filhos.

3.4. O afeto, o Direito e a Filosofia

Sob o enfoque interdisciplinar, não há como apartar o presente debate do estudo da filosofia, especificamente sobre a ótica da teoria da justiça, reflexões

⁸⁶ BARROS, Sérgio Resende de. O direito ao afeto. In *Del Rey Revista Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, maio/2002, ano IV, nº 8, p. 35

⁸⁷ Idem. Ibidem. p.240.

⁸⁸ Idem.

imprescindíveis para melhor compreensão da filiação socioafetiva e seus desdobramentos práticos no ramo do Direito.

A considerar que o direito ao afeto é um direito personalíssimo, e que este compõe o leque dos direitos fundamentais do homem, pretende-se, neste cenário, não só abordar o afeto à luz da filosofia, mas também demonstrar a conexão entre este afeto e os direitos fundamentais tecidos pelo pensamento filosófico.

Miguel Reale definia a palavra filosofia como amor à sabedoria, portanto, um mecanismo necessário ao homem, para que este, pretendendo viver melhor, pense melhor⁸⁹.

Assim, verifica-se que a Filosofia, como atividade de discussão, reflexão das ações do homem, está presente desde o aparecimento da espécie humana, citando o Autor Eusebio Fernandez que ‘enquanto houver problemas filosóficos, haverá a Filosofia’⁹⁰.

Eusebio Fernandez entende que ‘todos os homens e todas as mulheres são filósofos’, sendo a filosofia uma atividade de reflexão crítica, antes de seu viés acadêmico. E segue o autor em seu raciocínio, citando S. Korner:

“a reflexão filosófica só cessará quando terminar a reflexão sem adjetivos. Embora se afirme que não existe uma filosofia perene – nem tampouco um imutável núcleo de verdade filosófica – a Filosofia é perene. Sua vida interna e seu meio ambiente intelectual desafiam o filósofo com uma constelação de problemas em contínua mudança, e nunca o absolve do seu dever de voltar a pensar”⁹¹.

Visto o conceito de filosofia, o autor parte para o conceito de Direito, e antes, cita Elias Diaz⁹², que afirma “não ser possível o isolamento da filosofia, devendo esta manter contato com a ciência positiva, tendo a filosofia o objetivo de transcender criticamente o positivo, buscando-se uma superação racional do dado empírico”.

Quanto ao Direito, afirma Eusebio Fernandez, aderindo ao pensamento de Elias Diaz: “Direito é um conjunto de normas reguladoras de alguns comportamentos humanos em uma determinada sociedade”.

Segue o autor, citando o conceito de Direito de Bobbio:

“Direito é o conjunto de normas de conduta e de organização, que constituem uma unidade, que tem por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência dos

⁸⁹ REALE, Miguel. Lições de Introdução ao Estudo do Direito.

⁹⁰ FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de La justicia y derechos humanos*. Madrid: Editora Debate, 1984.

⁹¹ Idem.

⁹² DIAZ, Elias. *Sociologia y Filosofia*. Madrid: Taurus Ediciones, 1971.

*grupos sociais (...) ou seja, o Direito é o mecanismo de obtenção da ordem, da paz social*⁹³.

Adiante, seguindo a teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, e defendendo a Justiça como o seu maior valor, Eusebio Fernandez afirma que: “o direito é sempre a realização de uma certa ideia de justiça, como materialização de um certo sistema de valores”.

Com efeito, a Ciência do Direito se mostrou inábil e incapaz de fornecer certas explicações relacionadas ao fenômeno jurídico, sendo insuficiente para explicar o conceito, função e finalidade do Direito, concluindo Fernandez que: “a insuficiência da ciência jurídica para dar uma explicação do que seja Direito, justifica a necessidade da reflexão filosófica sobre o Direito”.

Diante disso, compreende-se o sentido da teoria do conhecimento de Miguel Reale, a Ontognoseologia Jurídica, que trata em seu aspecto objetivo da teoria tridimensional do direito, e no seu aspecto subjetivo envolve o culturalismo jurídico, como enfoque filosófico do aplicador do direito.

A Teoria da Justiça, portanto, estuda como deve ser o Direito, relacionando-o com a ética, a moral, a política, os direitos humanos fundamentais, etc. Reconhece ainda, o autor Euzébio Fernandez⁹⁴, que a ideia de justiça muda conforme a evolução histórica das sociedades. E afirma o autor, contrariando a ideia kelseniana de que ‘a justiça é inacessível’, que “a discussão racional, a reflexão filosófica e a análise crítica em torno da ideia são possíveis e necessárias. Essa é a tarefa fundamental e inescusável da Filosofia do Direito como Teoria da Justiça em autêntica colaboração com as outras partes da filosofia prática”.

A impossibilidade de racionalizar a justiça pode gerar o totalitarismo e arbitrariedades, conduzindo-se o Direito para um campo avesso aos seus fundamentos, sendo a justiça elemento fundamental do Direito.

Ainda citando Fernandez, observe-se que o autor defendendo a complementação do jusnaturalismo e positivismo, abrindo-se uma interessante perspectiva para a Filosofia do Direito, reconhecendo-se valores superiores ao direito positivo, podendo-se concretizar, por exemplo, os direitos humanos fundamentais.

Assim, conclui-se que a Filosofia do Direito tem grande papel na construção do Direito, tornando-o cada vez mais justo e humano, contribuindo a crítica ao

⁹³ Idem

⁹⁴ Idem ibidem.

positivismo para o aperfeiçoamento do Direito, citando a delicada frase do autor: “*marginalizar a razão é condenar à morte a Filosofia do Direito e mais concretamente a Teoria da Justiça*”.

A sociedade evoluiu e junto com ela o direito, cabendo aos juristas deciframos os fenômenos contemporâneos que se apresentam no mundo inteiro, como os direitos decorrentes do princípio da afetividade, que representam novos direitos que têm na pessoa humana o centro de radiação principal, não sendo, porém, materializados através de um processo simples, positivado.

Eis o ponto de virada do Direito, quando a filosofia tira a pessoa humana do centro do debate, inserindo os direitos subjetivos na compreensão jurídica do tema, convertendo-se os direitos humanos em fundamentais, tornando-os mais palpáveis à medida que se tornam mais positivados.

É de fácil compreensão a inserção das transformações culturais no ordenamento jurídico, tal como se constituíram ao longo dos anos, respeitadas as peculiaridades regionais e garantida a todos a salvaguarda constitucional.

Ciente de que o conceito mais comum de direitos humanos fundamentais esteja amparado na base nuclear de nossa Constituição Republicana, não cabe ao operador do direito ignorar que o conceito mais amplo destes direitos mude conforme o tipo de sociedade e o momento histórico. Algo como aceitar o caminho ‘certo’, mas não julgá-lo único.

A considerar que os direitos decorrentes das relações com base no afeto são direitos que dizem respeito muito mais ao outro do que a si próprio, conforme o conceito de Habermas, percebe-se que a justiça é algo moral, relacionada com a estrutura básica de qualquer ordenamento.

Para melhor compreensão deste cenário contemporâneo de justiça, citemos Vicente de Paulo Barretto⁹⁵:

“O desafio dos direitos humanos na contemporaneidade consiste em enetender a sua estrutura lógico-racional e desvendar a dimensão fetichista que assumiu nas últimas décadas. O esvaziamento progressivo do mito da soberania e da generalidade da lei, expressas pela vontade do legislador, como fontes primárias do direito, provocou o deslizamento da pirâmide dogmática em direção a transformações maiores do universo político-jurídico”

O autor cita segue citando Levinas:

⁹⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

“ ‘a justiça para não ser iludida requer uma autoridade diferente daquela estabelecida entre vontades que inicialmente se opõem e são opostas’.

(...)

Justiça, escreve Costas Douzinas, citando Levinas, significa constante revisão da justiça, expectativa de uma melhor justiça e o mesmo pode ser dito dos direitos humanos, Eles não se condensam em sistemas normativos e dogmáticos, mas pressupõem uma constante e renovada, tornando-se os instrumentos da ética.

(...)

Para Levinas, a natureza das relações humanas resume-se no outro em face do outro. Consiste essa atitude na renúncia do EU em voltar-se para si mesmo, para o seu egoísmo, mas voltá-lo para o outro homem. Pergunta então Levinas: não garante a fraternidade essa bondade original onde é embebida a liberdade, e na qual a justiça dos direitos humanos torna-se mais estável, uma garantia melhor do que aquela garantida pelo Estado? A liberdade na fraternidade, onde a responsabilidade pelo outro é afirmada e os direitos humanos são concretamente objetivados na consciência como direito do outro, não constitui a melhor e mais segura garantia na solução de conflitos e na garantia da paz social?⁹⁶.

De outro giro, a teoria pura do direito de Hans Kelsen, teve influência marcante na cultura jurídica brasileira. O Direito é distinto da moral no momento em que a percepção entre ambos é diferenciada, sobretudo na Constituição Republicana.

Pise-se que os regimes totalitários eram ‘democráticos de direito’, a partir do momento em que as normas foram positivadas. John Hart vem salvar a ideia Kelseniana, mantendo a distinção entre Direito e Moral, mas relacionando-as, complementando-as.

Hans Kelsen montou uma estrutura que se mostrou insuficiente, uma vez que a realidade social exige mais nos casos concretos, sendo criticado pelo formalismo excessivo e por afastar o direito da sociologia e da moral, pois estes são complementares⁹⁷.

Nessa linha de inteligência, questiona-se: o que é o direito sem a moral?

Nesse diapasão, Kelsen ventila um futuro debate entre moral e justiça, não sendo esta definida pelo direito, mas próxima da moral, da ética. A moralidade é relativa, mas os fundamentos básicos da moral não são relativos, assim como os direitos humanos não são relativos.

⁹⁶ Idem

⁹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009.

Ressalte-se, mais uma vez, que a justiça é algo moral, relacionada á estrutura básica de qualquer ordenamento.

Nesse norte, pede-se vênia para transcrever o pensamento de Gustav Radbruch⁹⁸:

“Sustentamos que só a moral é capaz de servir de fundamento à força obrigatória do direito. Com efeito, dos preceitos jurídicos, considerados como imperativos ou manifestações de vontade, pode talvez fazer-se derivar, como já foi mostrado, quando muito, um ter-de-ser, isto é, um müssen; nunca porém, um dever-ser, um sollen. Só pode rigorosamente falar-se de normas jurídicas, dum dever-ser jurídico, duma validade jurídica, e portanto, de deveres jurídicos, quando o imperativo jurídico for dotado pela própria consciência dos indivíduos com a força obrigatória ou vinculante do dever moral”.

Dessa maneira, impende asseverar que não há resposta dogmática para a questão da justiça, e é exatamente esta a crise do modelo positivista que impulsiona o direito.

Atente-se ainda para a ideia de Gustav Radbruch⁹⁹, sobre os cinco minutos da filosofia, onde o autor demonstra, em seu primeiro minuto, a concepção do direito; passando ao segundo minuto, onde trata do utilitarismo, frisando que somente o que for direito será útil ao povo; já no terceiro minuto, o autor levanta a ideia de que a lei, sem a ideia de justiça, perde o caráter de direito; salienta no quarto minuto o bem comum e, por fim, no quinto minuto da filosofia do direito, o autor enfoca os princípios garantidores dos direitos fundamentais, formando a base do pós-positivismo, onde a filiação socioafetiva estaria inserida.

Convém, ainda, mencionar a abordagem do Multiculturalismo e Direitos Humanos, defendida por autores como Fernandez Garcia e Peces-Barba¹⁰⁰, que tratam da existência ou não de um núcleo mínimo dos direitos humanos, entendendo os positivistas que os direitos humanos só podem existir com a sua positivação.

Verifica-se que Bobbio entende que os direitos humanos são aqueles contidos na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, sendo este o núcleo mínimo a ser observado, uma vez que existe uma enorme diversidade cultural entre os povos a ser considerada.

⁹⁸ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

⁹⁹ _____ . Idem. P. 415-418.

¹⁰⁰ Garcia e peces-barba

A natureza dos direitos humanos é moral, ou seja, não tem o braço do Estado para forçar a sua obediência, assim, exige-se a fundamentação desses direitos, que servirão para categorizar moralmente o próprio ato de punição.

Os direitos humanos fundamentais independem do Estado, assim não há necessidade de positivá-los, sendo que, mesmo entre os relativistas, entende-se haver um núcleo essencial a ser respeitado pelos diversos povos.

O conceito dos direitos humanos não é simples, como sabido. Para alguns seriam direitos naturais, para outros, seriam direitos subjetivos, que evoluíram para o conceito de direitos nacionais, passando a ser englobados pelos direitos fundamentais, representando, assim, uma ponte entre a moral e o direito.

Insta salientar que as alterações relativas aos direitos humanos, estão intimamente ligadas às teorias Aristotélicas, abordadas em sua obra “Ética a Nicômaco”, que não se trata de um texto de direito, mas sim um texto que fundamenta o direito.

Muitas são as observações que nascem dessa obra, onde Aristóteles filosofa sobre os animais políticos e sociais que somos. Para Aristóteles não existe um homem vivendo antes da sociedade, contrariando os contratualistas que afirmam ser ‘o homem o lobo do homem’¹⁰¹.

Conforme discorre Aristóteles, *“todas as ações humanas visam uma forma específica de bem que é a felicidade”*.

Segue o filósofo abordando o conceito de virtude, sendo esta uma qualidade das coisas e pessoas, sendo a felicidade um conjunto de práticas virtuosas. Nesse diapasão, somente através da justiça as outras virtudes se realizam, sendo que o homem não nasce virtuoso, mas torna-se virtuoso, buscando um justo-meio entre dois extremos.

Ainda que não conste de forma explícita no texto constitucional, o direito a felicidade vem sendo abordado atualmente, por decorrer do princípio primordial da dignidade da pessoa humana.

Nesse norte, pede-se vênua para sintetizar a ideia central de Aristóteles, nos primeiro e segundo livros da obra acima mencionada, escrita pelo filósofo e dedicado ao seu pai Nicômaco, essa obra é composta por dez livros, onde Aristóteles se assume como um pai preocupado com a educação e a felicidade de

¹⁰¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Ed. Atlas, São Paulo, 2009.

seu filho, impingindo a reflexão sobre a supremacia da razão sobre a paixão, buscando-se a felicidade individual e coletiva.

Aristóteles inaugura o primeiro Livro da obra frisando que todas as coisas tendem para o bem, seja a arte, a investigação, a ação ou a escolha, devendo-se ressaltar uma certa diversidade nesta ideia, já que alguns fins são distintos de algumas ações, sendo estas inferiores aqueles.

O fim deve sobrepor-se a todas as coisas, visando o bem, que é objeto da ciência mais prestigiosa e que prevalece sobre tudo. Eis a ciência política, que determina quais as ciências que devem ser estudadas em uma cidade-estado. A finalidade de todas as ciências deve ser o bem humano.

Se todas as ações buscam um bem, por certo, o homem, em sua grandiosidade deve buscar o maior de todos os bens: a suprema felicidade. E neste ponto, Aristóteles afirma que o bem viver e o bem agir equivalem a ser feliz.

O filósofo segue o seu discurso alegando a superficialidade na busca equivocada por riqueza, que, apesar de importante, está longe de significar a felicidade almejada que está fincada na verdade.

Mais adiante afirma que do mesmo modo que a visão é boa para o corpo, a razão é boa para a alma. E mais, que nem todos os fins são absolutos, no entanto, o bem supremo é claramente algo absoluto. Assim, a felicidade é esse supremo bem, sempre desejável.

Nesta linha de intelecção, Aristóteles segue defendendo que a felicidade é alvo de todos, buscada sempre por si mesma e nunca no interesse de uma outra coisa; enquanto a honra, o prazer, a razão, e todas as demais virtudes, são meios para se alcançar esse fim maior, absoluto e irrenunciável que é a felicidade como bem supremo do homem.

O direito ao afeto, neste contexto, nada mais é do que a um dos alicerces desta felicidade, constituindo a essência do homem.

Discorre ao longo do primeiro capítulo sobre a auto-suficiência, tratada como característica do bem absoluto. Ou seja, o bem absoluto é considerado auto-suficiente, já que o homem é um animal político, sendo esta auto-suficiência aquilo que, em si mesmo, torna a vida desejável por não ser carente de nada. E é desse modo que entendemos a felicidade.

A felicidade, nesse diapasão, seria algo absoluto e auto-suficiente, e a finalidade da ação dos homens, em busca do bem supremo, afirmação que deságua em certa trivialidade.

Consciente de que a atividade racional é a mais importante peculiaridade do homem, acima das atividades de nutrição e crescimento, conclui-se que a atividade do elemento racional do homem é uma atividade da alma que implica em um princípio racional com ações da alma boas e nobre.

Os bens são divididos em três classes: descritos como exteriores, e outros relativos à alma ou ao corpo. Em posição superior estariam os bens relacionados com a alma, representantes de uma classe mais verdadeira de bens.

O homem com alma rica vive bem e age de acordo com essa sua concepção de bem, representados pelas ações e atividades psíquicas, vivendo uma espécie de boa vida e boa ação.

Diante do alegado, conclui o filósofo que o homem que não age de acordo com causas nobres e justas não pode ser feliz, sendo a saúde e o amor bens de grande importância para essa realização humana.

E, através de um raciocínio lógico, se as coisas mais nobres e mais justas, a melhor é a saúde; a melhor atividade é a felicidade, sendo esta inerente ao homem, que deve ser apto de muitas virtudes, mas também uma vida completa, configurando os vícios no sentido oposto a felicidade.

Assim, munido dessas virtudes, o homem verdadeiramente bom e sábio suporta com dignidade todas as contingências da vida e sempre tira bom proveito das circunstâncias.

Traduzindo estes termos para a vida política, verifica-se que o principal objetivo desta ciência é fazer com que os cidadãos sejam bons e capazes de ações nobres e virtuosas.

Outrossim, uma vez que a felicidade seja uma atividade da alma conforme a virtude perfeita, o homem verdadeiramente político é aquele que estudou a virtude acima de todas as coisas, visto que ele deseja tornar os cidadãos homens bons e obedientes às leis.

A virtude que deve ser observada é a virtude humana, e não a carnal, física, sendo a alma constituída de uma parte racional e outra privada de razão, ou seja, o instinto.

Evolui Aristóteles trazendo para a compreensão do leitor a ideia de que existem duas espécies de virtude, a intelectual e a moral. A primeira deve, em grande parte, sua geração e crescimento ao ensino, e por isso requer experiência e tempo; ao passo que a virtude moral é adquirida em resultado do hábito, de onde o seu nome se derivou, por uma pequena modificação dessa palavra. Convicto de que a virtude e o vício convivem e se relacionam com as mesmas coisas, afirma o filósofo que existem três objetos de escolha e três de rejeição: o nobre, o vantajoso, o agradável; e seus opostos, o vil, o prejudicial e o doloroso. Diante dessas opções, o homem de bem segue as virtudes e o homem que tende ao mal opta pelos objetos contrários às boas escolhas.

É pela prática do justo que o homem se torna justo. O meio-termo não é representação de virtude, sendo o excesso e a falta os grandes destruidores dessa virtude.

O que pode parecer contraditório se corporifica diante da ideia final de que a Virtude está relacionada a escolha de ações e paixões, e no momento que é um meio-termo entre dois vícios, um dos quais envolve excesso e o outro falta, deságua na mediocridade e destoa da ideia central defendida no presente livro.

Sintetizando o seu pensar, Aristóteles defende que ‘a verdade está no mundo à sua volta’, ou seja, encontramos a verdade a partir das evidências do mundo à nossa volta. E como a única maneira de experimentar o mundo é por meio dos sentidos, o homem precisa experimentar tais virtudes e vícios.

Certo de que ao nascer não temos ideias inatas, ou seja, não podemos distinguir o bem do mal, Aristóteles entende que ao encontrarmos exemplos de justiça ao longo da vida, percebemos as qualidades que o justo tem em comum nas suas diversas compreensões. O filósofo estava convencido de que a verdade do mundo está na Terra e não em um mundo ideal.

É preciso compreender que Aristóteles entende a falta de justiça como um obstáculo à evolução de muitas virtudes, concluindo que a equidade uma forma superior de justiça.

No Livro Quinto da mesma obra aqui abordada, Aristóteles trata da Justiça, sem deixar de trabalhar a ideia de Virtude, sendo esta uma qualidade que permite a realização de um objetivo maior que é a felicidade.

Cabe aqui assinalar que, reconhecida a justiça como uma virtude social que implica necessariamente no coletivo, busca-se através dessa premissa, uma sociedade qualificada pela justiça, onde o justo esteja relacionando com a igualdade.

Consigne-se que, segundo Aristóteles, a moral vem a ser a qualidade que torna os indivíduos aptos a realizar atos justos, sendo o injusto, aquilo que viola a proporção, ou seja, uma transgressão a lei.

Portanto, o justo é o que representa o equitativo, percebido no caso concreto. A ação judicial busca retomar o equilíbrio rompido, e o justo neste processo é a busca da restauração deste rompimento.

Observe-se que o justo tem a ver com a virtude e esta com a moral, posto que o exercício da liberdade se materializa através da vontade livre, uma liberdade específica que concretiza a autonomia necessária, pelo exercício da razão

Por certo que toda esta compreensão deságua na ideia de que o justo natural não é necessariamente positivado, tal qual a ideia nuclear dos direitos humanos.

Ainda nessa linha de raciocínio, Amartya Sen¹⁰² que deu um passo além de John Rawls:

“Ao contrário do foco de Rawls no institucionalismo transcendental, a abordagem da justiça explorada neste trabalho não busca um cenário sequencial e priorizado para o desdobramento de uma sociedade perfeitamente justa. Ao centrar-se no melhoramento da justiça, através da mudança institucional e de outras, a abordagem aqui conseqüentemente não abandona a questão da conversão e das capacidades a um estatuto de segunda classe, a ser mencionada e considerada mais adiante. Compreender a natureza e as fontes de privação de capacidade e da iniquidade é de fato central para eliminar as injustiças manifestas que podem ser identificadas pela argumentação pública, com uma dose de acordo parcial.

(...)

Eu gostaria de desejar boa sorte para os construtores de um conjunto de instituições transcendentalmente justo para o mundo inteiro, mas para aqueles que estão dispostos a se concentrar, pelo menos por enquanto, na redução das injustiças manifestas que tão severamente assolam o mundo, a relevância de uma ordenação meramente parcial para uma teoria da justiça pode de fato ser bastante momentosa”.

Por fim, uma vez constatada a importância da filosofia do direito e sua relação indissolúvel com os direitos dos homens, resta comprovado que o pequeno braço de rio por onde navegam os direitos, deságua em mares neoconstitucionais, ainda tormentoso pelos debates acerca da justiça.

¹⁰² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Ante o exposto, convém citar mais um pensamento de Aristóteles, para quem “a equidade age quando a lei é lacunar em função de sua generalidade”. Assim, de acordo com o pensamento filosófico o direito ao afeto pode ser concretizado por várias fontes do direito, mesmo que a lei, por ser genérica, não contemple as peculiaridades dos casos de filiação socioafetiva.

Mais especificamente relacionado ao conceito de afeto, entre tantos filósofos Spinoza ganha destaque, uma vez que designa tal sentimento como um estado da alma, significando o afeto para este pensador, uma mudança ou modificação que ocorre simultaneamente no corpo e na mente, sendo que a maneira como somos afetados pode diminuir ou aumentar a nossa vontade de agir¹⁰³. Cite-se:

“As afecções que o nosso corpo sofre, sejam em que tempo (passado, presente ou futuro) permanecem em nós como imagens sempre existentes. Quando sofremos alguma afecção semelhante a algo passado, sentimos a mesma alegria ou tristeza. Poderíamos levar isso em consideração ao falarmos de sentimentos de culpa ou de mágoa. Toda vez que passamos por situações parecidas com faltas cometidas por nós ou para conosco, “relembramos” as experiências passadas e reagimos a essas situações como resposta e forma de proteção. Assim também acontece quando imagens de coisas alegres para nós recaem à nossa mente, sejam sentimentos de alegria, esperança ou nostalgia, acabamos fazendo ligações de um fato passado com um fato presente. Além disso, quanto maior for a tristeza ou a alegria que atribuímos/imaginamos naquilo que amamos, seremos afetados pela coisa que amamos igualmente por essa alegria ou tristeza atribuídas.. E não apenas a coisa que amamos nos afeta, mas todos que, em relação à coisa que amamos, afetarem com alegria ou tristeza”.

Segue Spinoza afirmando que o Afeto é então definido como uma variação intensiva, que pode aumentar ou diminuir as nossas potências à medida em que lidamos com este sentimento, que pode se dar de duas formas: a alegria e a tristeza. A alegria é o afeto que aumenta nossa potência de agir, seria uma variação intensiva positiva, já a tristeza é o afeto que diminui nossa potência de agir.

Eis uma breve compreensão filosófica acerca de um sentimento tão inato ao homem, o amor. Infinitamente retratado por poetas, escritores, pintores, enfim,

¹⁰³SPINOZA, B. *Ética*. Proposição XVIII do Livro III. 1. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

artistas em geral, o Afeto inspirou grandes obras teatrais, a saber, duas das mais antigas: “Édipo Rei” e “Antígona” de Sófocles, que retratam os afetos, numa Grécia de 400 anos a.C.

A seguir, para encerrar o presente capítulo, transcreve-se o pensamento do filósofo alemão Arthur Schopenhauer: *“O amor é o objetivo último de quase toda a preocupação humana; é por isso que ele influencia nos assuntos mais relevantes”*¹⁰⁴.

¹⁰⁴ SCHOPENHAUER, Arthur. O mundo como vontade e representação.

CAPÍTULO IV

4. AS NOVAS PERSPECTIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Muito se tem debatido sobre a filiação socioafetiva nos Tribunais Superiores Brasileiro, que ocupam uma posição de vanguarda em relação ao direito estrangeiro que apenas aborda a “posse do estado de filho”, como ocorre expressamente na codificação de países como Espanha, França e Portugal.

De acordo com o art. 131 do Código Civil Espanhol, qualquer pessoa com interesse legítimo pode intentar ação com o intuito de declarar a filiação manifestada pela constante posse de estado, exceto nos casos em que haja contradição com outra filiação legalmente estabelecida¹⁰⁵.

Já o Código Civil francês dispõe que a posse de estado de filiação ocorre com a reunião de fatos que revelem claramente a relação de filiação e parentesco entre um indivíduo e a família à qual ele afirma pertencer¹⁰⁶.

Para a legislação francesa, a posse de estado de filho deve ser contínua, pública, pacífica e não duvidosa, procedimento muito similar ao processo de reconhecimento da União Estável no Brasil.

O direito francês exige para o reconhecimento da filiação socioafetiva, a coexistência de requisitos como a demonstração pelas partes de que se tratam como pais e filhos; que a educação e manutenção do filho seja decorrente deste tratamento; e que, por fim, a sociedade, bem como a autoridade pública, os defina como entidade familiar.

Na mesma toada, dispõe o Código Civil português, que a posse de estado de filho é um importante elemento de prova dentro das ações de reconhecimento e investigação de paternidade e maternidade¹⁰⁷.

Assim, diante das recentes decisões jurisprudências no Brasil, verifica-se que o direito pátrio avança a passos largos, rumo a uma percepção mais humana e real acerca da filiação, ainda que sem uma codificação expressa sobre o tema.

¹⁰⁵ O Código Civil da Espanha disciplina o instituto da filiação em seu Título V (“Da Paternidade e Filiação”) do Livro Primeiro (“Das Pessoas”).

¹⁰⁶ O Código Civil francês aborda a filiação em seu Livro I (“Das Pessoas”), Títulos VII e VIII.

¹⁰⁷ O Código Civil português regula a filiação pelos arts. 1796 a 1972, em seu Livro IV (“Direito da Família”), Título III (“Da Filiação”), Capítulos I (“Estabelecimento da Filiação”) e II (“Efeitos da Filiação”).

4.1 Famílias Pluriparentais

Quando se trata de filiação socioafetiva, não há como negar relevância às famílias pluriparentais, fator contemporâneo de grande importância para a contribuição do fenômeno social aqui estudado.

O que se verifica na sociedade moderna é uma sucessiva reformulação das relações afetivas, decorrentes de divórcios e recasamentos, o que, invariavelmente, deságua nas relações entre pais e filhos, algo representado pela vulgar expressão “os meus, os seus e os nossos”.

Dessa forma, os padrastos e madrastas tornam-se cada vez mais comuns na formação da nova geração brasileira, o que vem gerando inúmeras decisões judiciais, decorrentes das relações afetivas daí construídas.

Direito de visitação, guarda e até mesmo o direito de constar no registro de nascimento, eis alguns exemplos que envolvem os personagens da moderna família pluriparental. Ressalte-se que os “padrastos e madrastas” passam a compor, em muitos casos, uma forte relação jurídica estabelecida e reconhecida como parentesco perante o direito brasileiro, conforme dispõe o art. 1595 do Código Civil Brasileiro.

Nas ciências sociais, Ana Paula Uzie leciona:

“A pluriparentalidade parece, por um lado, inevitável, seja através dos novos arranjos familiares que se formam com os divórcios e recasamentos, seja através da circulação das crianças, ou ainda das novas tecnologias reprodutivas, embora a sociedade ainda resista a enxergá-la. A sacralidade da família nuclear talvez seja um dos impeditivos para a criação, até o momento, de termos que expressem esta pluralidade de laços.

O jurídico é muitas vezes o pólo localizável de impedimento de mudanças. Por ingenuidade, má fé ou falta de atenção de quem faz uma afirmação desse gênero, esta instância encobre outros espaços de dificuldade que não são revelados. É muito mais difícil assumir a perplexidade da sociedade frente à necessidade de numerar ou nomear pais e mães para designar cada um do que imaginar uma certidão de nascimento com várias lacunas a preencher com nomes de pais e mães, significando um número menos controlável de pessoas para responder por um menor de idade”¹⁰⁸.

Muito comum que as relações decorrentes desses novos arranjos familiares, também conhecidos como *patchfamily*, ganhem uma roupagem jurídica e a aceitação social, posto que fortemente estabelecidas.

¹⁰⁸ UZIEL, Ana Paula. “tal pai, tal filho” em tempos de pluriparentalidade. Expressão fora do Lugar?

É nesse sentido que Maria Berenice Dias vai esclarecer que:

“Agora surge a expressão famílias pluriparentais ou mosaico, que resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões. A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família-mosaico, conduzem para a maior compreensão desta modelagem. 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”¹⁰⁹.

E prossegue a autora:

“Ainda resiste a jurisprudência em atribuir encargos ao - na ausência de um melhor nome – padrasto. Não é reconhecido ao filho do cônjuge ou companheiro direito à alimentos, ainda que comprovada a existência de vínculo afetivo entre ambos, e mesmo que tenha ele assegurado sua manutenção durante o período que conviveu com o seu genitor. O que timidamente vem sendo admitido, em nome do princípio da solidariedade, é o direito de visitas”¹¹⁰.

Apesar do tema delicado, tratado com cautela pelo judiciário, alguns julgados ousados vêm surgindo, como a inédita decisão de agosto de 2012, quando o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a inclusão da madrasta na certidão de nascimento do autor, sem excluir o nome dos seus pais biológicos, a mãe já falecida.

Outras decisões inéditas e vanguardistas serão tratadas mais a frente, ilustrando a família pluriparental e a sua contribuição para a consolidação da filiação socioafetiva no direito brasileiro.

Em estudo sobre as novas formas de laço familiar, a psicanalista e professora titular da Université Vincennes-Saint-Denis, Laurence Gavarini nos ensina:

“A variabilidade das formas adotadas pelo grupo familiar e pela Parentalidade mostra bem que a família e o fato de ser pais são diversamente instituídos segundo o período histórico e as sociedades. Trata-se de agenciamentos ou de dispositivos sociais que têm por função não só inscrever as crianças numa linhagem, mas também transmitir os bens materiais e simbólicos. O laço familiar se apresenta aos indivíduos segundo regras, prescrições e interditos recaindo sobre a parentalidade, sobre a

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. P. 358

¹¹⁰ idem

filiação, sobre as obrigações parentais, ou ainda sobre o princípio da diferença dos sexos e das gerações”¹¹¹.

Não há como negar o crescimento do número de divorciados no Brasil, e de acordo com as recentes pesquisas do CENSO, nos últimos dez anos este número quase dobrou¹¹².

A família plural constitucionalizada, como alguns autores assim definem, são cada vez mais comuns em decorrência dos casos de divórcio e viuvez, gerando assim um novo contexto social que precisa ser legitimado.

Débora Consoni Gouveia, em sua dissertação de mestrado, defende a especial regulamentação dessas famílias, quando dispõe que *“a família reconstituída faz nascer uma estrutura complexa, que a família original não é capaz de explicá-la e, em razão de sua especificidade, deve-se estudá-la sob parâmetros próprios, já que sua estrutura não é objeto de regulamentação pelo direito”*¹¹³.

Segue a autora apontando o art. 1.593 do Código Civil como um canalizador para que se compreenda as novas formas de parentesco, no momento em que define as suas espécies em natural e civil, conforme resulte da consanguinidade ou de “outra forma”, o que pode-se, muito coerentemente, justificar a “classe socioafetiva” de constituição de parentesco.

Citando novamente Maria Berenice Dias

*“O retrato da família não é mais a foto de um casamento. Muitos fatores levaram ao esgarçamento do seu conceito. Passou-se a falar em entidade familiar e não em família matrimonializada. O distanciamento entre Estado e igreja, fenômeno que adotou o nome de laicização, subtraiu do matrimônio a aréola de sacralidade. Também o movimento feminista tirou o véu de pureza que a virgindade envolvia a mulher. O avançar dos direitos humanos colocou o indivíduo como sujeito de direito e a dignidade humana tornou-se o valor maior. Com todos estes ingredientes, a sociedade mudou de feição produzindo eco nas estruturas de convívio”*¹¹⁴.

Prossigue a autora:

¹¹¹ GAVARINI, Laurence. *Novas normas e formas de laço familiar*. Estilos da Clínica, 2008, Vol. XIII, n° 25, 268-287.

¹¹² CENSO 2010.

¹¹³ GOUVEIA, Debora Consoni. A autoridade parental nas famílias reconstituídas. Dissertação. USP. 2010.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Comentários - Família pluriparental, uma nova realidade*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 29 de dezembro de 2008.

“As situações que não encontram previsão na lei batem às portas do Judiciário. O juiz, que não consegue chancelar injustiças, encontra formas de enlaçar no âmbito jurídico o que o legislador não previu.

Se por desleixo, se por preconceito, não importa. O fato é que a Justiça não pode simplesmente condenar à invisibilidade e negar tutela ao que refoge do modelo engessado na legislação. Esta postura dispõe de nítido caráter punitivo, pois deixa de reconhecer direitos sob a justificativa de o comportamento escapar do modelo recomendado na lei.

Cunhado um novo conceito de família, atentando muito mais à natureza do vínculo que une seus integrantes do que ao seu formato ou modo de constituição, é necessário reconhecer que outras estruturas de convívio merecem ser enlaçadas no âmbito do direito das famílias. Não há como exigir a diferença de gerações ou a prática sexual entre seus integrantes para se reconhecer a existência de uma família.

Também se encaixam no conceito de pluriparentalidade os vínculos que se estabelecem com mais de duas pessoas desempenhando as funções parentais. Estas são novas realidades cada vez mais freqüentes, principalmente quando são utilizadas as modernas técnicas de reprodução assistida, em que mais de uma pessoa faz parte do processo procriativo.

Nada justifica alijar qualquer delas do vínculo de filiação. Nestas novas conformações é indispensável reconhecer que o filho tem mais de dois pais, o que lhe garante direitos com relação a todos e todos devem assumir os deveres decorrentes do vínculo pluriparental”¹¹⁵.

De grande importância, portanto, que se estabeleça a responsabilidade dos pais afins, já que é crescente o número de famílias reconstituídas no país. O Código Civil de 2002 nada manifesta acerca desta relação tão comum, deixando para o Judiciário a solução dos litígios envolvendo padrastos e enteados, que possuem sólidos laços de convivência, afeto e respeito.

Convém, neste cenário, lembrar da importância de “colocar a afetividade no lugar que lhe cabe, isto é, no âmago da personalidade humana; na base da conduta, como traço característico das relações de direito de família e como valor jurídico passível de proteção”¹¹⁶.

Não é exagero afirmar que, negar qualquer direito a estes indivíduos é ferir com profundidade o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

4.2 Aspectos do Direito Contemporâneo

Um dos temas mais debatidos na atualidade, os Direitos Humanos vão muito além da ideia de que tais direitos estariam elencados no Direito Internacional, restritos aos seres humanos. Já os Direitos Fundamentais estariam contidos na ideia

¹¹⁵ idem

¹¹⁶ SANTOS, Romulado Baptista dos. Direito e Afetividade. Dissertação de mestrado. USP, 2009.

de Direitos Humanos, eminentemente previstos na Constituição Republicana, e englobariam os direitos da personalidade, tal qual o direito ao afeto.

Ultrapassadas essas premissas iniciais, percebe-se no cenário contemporâneo um desenvolvimento constante da ideia do que sejam esses direitos de personalidade e o seu peso prático para o ramo da ciência do direito.

A sabedoria de Sócrates é bem aplicada neste diapasão, quando o filósofo questionava uma pessoa que pensava saber algo e, no decorrer do diálogo, o dono da verdade constatava que, o que pensava saber, não sabia.

Observa-se no campo jurídico uma grande mutação das relações entre os homens, sujeitos de direito, fruto de uma intensa transformação social, sendo ultrapassada a ideia de que os direitos fundamentais aplicam-se na defesa de uma coletividade e que só existem quando violados.

Assim, para entendermos melhor o que significa e quais são os direitos fundamentais no atual cenário jurídico, é mister compreender a sociedade contemporânea e seus anseios.

Contrariando uma ultrapassada cultura estática dos direitos humanos, a sociedade contemporânea é entendida por características peculiares, quais sejam: a sociedade atual é heterogênea, pós-convencional, pós-metafísica, multicultural, pluralista, fragmentada e, segundo Canotilho, hipercomplexa.

Diante disso, é preciso que se entenda o que são concretamente os direitos humanos e fundamentais, desenvolvendo percepções apenas fragmentadas sobre o tema.

Pise-se que não há protagonistas privilegiados nos Direitos Humanos, sendo um conceito reflexivo, resultado de um processo dialógico de comunicação.

E nesse campo, questiona-se: Refletir seria relativizar os direitos humanos? Será que são tão fundamentais que nem se sujeitam à relativização? Como fica o controle da discricionariedade pública? É possível estabelecer uma dosimetria de discricionariedade nos Direitos Fundamentais?

A análise dos direitos humanos e/ou fundamentais sob a ótica contemporânea requer uma breve reflexão sobre as teorias procedimentalista (processual ou formal) e substantiva (conteudista ou material), a princípio antagônicas, mas apontadas como intermediárias por alguns autores.

Ora, como devem ser elencados os direitos fundamentais?

A teoria procedimentalista defende que, se não há consenso convencional na sociedade (uniformidade), se as questões complexas possuem respostas diferentes, temos que investir num procedimento democrático que gere diálogos livres entre iguais, e, a partir disso, as pessoas cheguem em um resultado comum.

Um dos juristas de maior influência sobre o tema, e defensor do “agir comunicativo”, Habermas entende que, para processo seja democrático são necessários pressupostos comunicativos que garantam a participação de todos, buscando-se conferir legitimidade ao debate¹¹⁷.

Observe-se que a teoria procedimentalista não se preocupa com o consenso. Para esta teoria, uma Constituição legítima e permanente deve ser uma Constituição em branco ou neutra, ou seja, que não se posiciona previamente, apenas traça mecanismos para que a própria sociedade resolva seus conflitos, deliberando com base em uma Constituição Processual, que estabelece uma base mínima, como, por exemplo, o princípio da isonomia.

Seguindo adiante, a teoria procedimentalista vai preconizar uma Constituição enxuta, devendo as demais questões constarem de outras leis, contrariando-se assim, a Constituição Dirigente.

Já a teoria material está ligada a uma relação de “amizade” com o Poder Judiciário, defendendo o conteúdo dos direitos humanos. Para esta teoria uma decisão está certa ou errada não em função do procedimento aplicado, e muito menos pelo consenso a respeito do caso, mas sim por se formular a verdade intrinsecamente, na sua própria materialidade.

A unanimidade não é certeza de justiça, nem a decisão da maioria representativa de consenso. Para os defensores da teoria material, no máximo, o procedimento é indicativo de uma decisão justa, sendo mais correta a decisão, quanto mais democrático for o seu processo de discussão.

Os autores que criticam a teoria material apontam que esta trabalha com conteúdo ‘a priori’, o que não seria razoável, ou seja, afirmar conteúdos pré-políticos é uma idealização. Já para a teoria material, o procedimentalismo não é certeza de uma decisão justa. Quem está com a razão?

Sem emitir um posicionamento acerca das teorias procedimental e material, é de extrema importância que seja feita também uma reflexão sobre a ideia de

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro:

discricionariedade no cenário atual, para que seja possível a viabilidade de direitos tão importantes como os decorrentes da filiação socioafetiva.

Apontada como um problema do positivismo, a discricionariedade é fruto de uma tradição democrática.

Grandes autores debatem o tema, divergindo entre si. Gadamer¹¹⁸ afirma que interpretar é aplicar a norma, já Lênio Streck¹¹⁹ argumenta que o texto é inseparável do seu sentido, sendo os princípios mandados de otimização.

Em tempos de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, há um certo constrangimento ao extrair-se sentido da norma. Em casos difíceis, Kelsen joga para o juiz o dever de aplicar a regra, lembrando que há sistemas em que o legislador joga para o intérprete a discricionariedade¹²⁰.

Ressalte-se o fato de que a standartização da cultura jurídica elimina o caso concreto, sendo o processo hermenêutico muito mais profundo.

Ora, uma vez que o positivismo cria abertura para a discricionariedade, o judiciário emite decisões standartizadas que, desprovidas de casos concretos, se esvaziam. Diante disso, é imprescindível um processo hermenêutico cuidadoso, que leve em consideração que os princípios institucionalizam a moral, incorporando o direito uma moral que tem uma finalidade.

Assim, o Estado passa de inimigo a amigo dos direitos fundamentais, no instante em que diferencia discricionariedade de arbitrariedade.

Nessa linha de inteligência, o positivismo clássico que priorizava a objetividade do texto, agora prioriza a subjetividade do juiz, sendo a discricionariedade uma liberdade de escolha, havendo uma crítica a este posicionamento que afirma inexistir juízos totalmente discricionários, pois haveria uma predominância de dados que já guiam as decisões dos juízes.

Críticas consideradas, o que é de extrema importância para a efetividade dos direitos humanos é a sensibilidade do julgador e da sociedade, frisando-se que a Constituição Republicana brasileira não se limita à feitura de lei, estando o processo legislativo pátrio comprometido com a busca da democracia.

Convém a reflexão sobre a seguinte questão: É possível estabelecer uma dosimetria de discricionariedade nos direitos fundamentais?

¹¹⁸ GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método Vol.1*. Ed. Vozes. São Paulo, 2011.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Livraria do Advogado, Porto Alegre.

¹²⁰ Ob. cit. p. 45

Diante do exposto, convém analisar a concepção dos direitos humanos e/ou fundamentais frente à sociedade, sendo pacífica a ideia de que os tais direitos separados da prática se esterilizam.

Sabe-se que a conversão dos direitos humanos em fundamentais tornam os direitos mais positivados, o que, por si só já confere maior efetividade jurídica. No entanto, só isso não basta.

O surgimento de Novos Direitos que têm na pessoa humana o centro de radiação principal, geram a ideia de que os direitos humanos resultam de processos de tensão que reclamam por proteção, devendo-se materializar tais direitos, como por exemplo, através de diretrizes e princípios, não somente um processo simples e estático, como é o processo positivado.

Para o filósofo Schiller¹²¹, natureza social do ser é diferente da natureza individual do ser, o que deságua na ideia de que os direitos humanos só existem para o homem diante de outro homem. A sociabilidade humana é responsável pelas condições do exercício da individualidade, de como o indivíduo deve ser. Já para Habermas, os direitos fundamentais são direitos que dizem respeito muito mais ao outro do que a si próprio¹²².

Nesse diapasão, a efetividade dos direitos humanos reside em uma interpretação sistêmica contida na norma, na moral, no direito natural, no positivismo e no neopositivismo, lembrando-se inexistir hierarquia entre os direitos fundamentais.

Convém ainda mencionar o Jurista contemporâneo Ronald Dworkin¹²³, para quem 'as regras e princípios devem dialogar', sendo importante controlar a discricionariedade subjetiva das Cortes nesse processo, para que as mesmas não se transformem em torres, falanges ideológicas, devendo o processo de tomada de decisão ser controlado.

Em suas Obras 'Levando os Direitos a Sério' e 'Um Questão de Princípios', Ronald Dworkin, apresenta uma preocupação legítima em sustentar a Teoria do Direito sobre os pilares da moralidade. Elevando a sociedade a uma posição de detentora de direitos eficazes e coerentes.

¹²¹ Ob. cit

¹²² Ob. cit.

¹²³ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípios. Martins Fontes. São Paulo et. Levando os direitos a sério. Martins Fontes. São Paulo.

Observando o confronto entre os direitos individuais dos cidadãos e os interesses governamentais, que, na maioria dos casos editam as leis, Dworkin sugere a desobediência civil como solução, amparada pelo direito de infringir a lei.

A questão é polêmica, posicionando-se Dworkin entre o dever absoluto de obediência ao Estado e sua abstenção. O que impera elucidar no caso, é que um governo, ao professar o reconhecimento de direitos individuais, deve abrir mão da idéia de que os cidadãos nunca têm o direito de violar a lei, sendo equivocados os governos que tratam com rispidez a desobediência civil ou sejam contra o protesto verbal.

A certa altura de sua Obra 'Levando os Direitos a Sério', Dworkin enfatiza a importância crucial a instituição dos direitos, uma vez que esta representa a promessa da maioria às minorias, de que sua igualdade e dignidade serão respeitadas, do contrário, não haverá distinção entre o direito e a brutalidade organizada.

O autor segue em suas convicções, notadamente no que tange aos princípios do Direito e defende que, diante da interpretação do direito, os paradigmas devem ser avaliados sempre e rejeitados quando inadequados, estando a integridade do direito ligada a avaliações temporais, considerando todos os motivos anteriores e posteriores à lei debatida, devendo o juiz ter uma visão geral da sociedade e da historicidade ali demandada.

Segue Dworkin, em sua Obra 'Uma Questão de Princípios', contrariando a jurisprudência positivista que trata o direito como um conjunto de regras alheias à moralidade, sendo indispensável na efetivação do direito, a análise moral das questões analisadas em uma determinada comunidade.

Destinando um olhar instigante sobre o direito atual, Dworkin defende uma teoria de justiça na qual todas as decisões de direito constitucional e políticas públicas devem levar em consideração a total igualdade entre os seres humanos, independente de suas distinções sociais, ideológicas, econômicas e demais diferenças.

Nessa linha de inteligência, Dworkin manifesta-se acerca de temas polêmicos, como a desobediência civil, a eutanásia, o aborto e a liberdade de expressão, acrescentando, sobremaneira, o debate e evolução do pensamento jurídico contemporâneo.

Já Norberto Bobbio¹²⁴ afirma que os níveis de efetivação dos direitos precisam melhorar, o que não significa que os níveis de conceituação estejam perfeitos.

A conjuntura e contigência nos conduz para considerações de variáveis, fatores e elementos que interagem, buscando-se, assim, o estabelecimento de parâmetros argumentativos.

Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos*, ensina que o direito fundamental chegou a um nível elevado de forma, precisando, no entanto, encontrar o exato ponto de materialização destes direitos.

Hoje vive-se, segundo o autor, uma crise de “identidade eficaz”, onde não se conhece com clara distinção qual o limite entre a atuação do público e do privado.

Prossegue Ferrajoli, afirmando que os direitos humanos estão dentro dos direitos fundamentais, sendo estes relacionados a uma certa categoria de pessoas sociais e aqueles relacionados a uma generalidade de pessoas, cabendo a todos, divergindo, assim, de Alexy que afirma que os direitos humanos são os não positivados e os direitos fundamentais seriam os positivados, teoria que tem maior capacidade prática ao direito brasileiro, por seu pragmatismo.

Importante registrar, ainda, o posicionamento de Rogério Nascimento¹²⁵, para quem o direito não é razão pura e sim razão prática, legitimando-se num ambiente democrático, com adequação valorativa, que nada mais é do que a ética, sendo esta ética a ética do discurso, que trabalha com uma justiça procedimental.

A ética do discurso, no entanto, é uma pretensão à realidade e não é a realidade, mas sim uma doutrina, depurando-se o factível do utópico, nada mais coerente para a análise da inserção do afeto, como valor a ser considerado em busca de decisões judiciais mais justas.

Em outro trabalho publicado, Rogério Nascimento, oportunamente, chama a atenção para o risco de decisões arbitrárias:

“Na medida em que a constituição brasileira é reativa, compromissória, analítica e dirigente faz uso reiterado de conceitos abertos, tendência que se acentua com paradigma de um ‘direito ético’ que superou o positivismo. Esta realidade conduz a uma visão do ordenamento jurídico centrada nos princípios, reconhecidos como

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Ed. Campus. São Paulo, 2011.

¹²⁵ NASCIMENTO, Rogério. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

categoria normativa, e a uma metodologia centrada nas teorias da argumentação, portanto, entre nós o risco de um decisionismo autoritário, que neutralize o processo de integração é muito alto. Para que as decisões não sejam reflexo das convicções íntimas e pessoais do julgador é preciso valorizar o procedimento, construindo parâmetros formais de legitimidade que assegurem uma aplicação do direito tão democrática quanto se exige seja a sua produção”.¹²⁶

Assim, diante da necessidade de se criar uma sensibilização temática, a conjuntura e contingência atuais, nos leva para considerações variáveis, sendo imprescindível estabelecer-se parâmetros argumentativos suficientes para que os direitos humanos e/ou fundamentais – inserido neste contexto o direito ao afeto, núcleo de nosso debate – sejam, enfim, universalmente materializados.

4.3 O positivismo e a Modernidade

Em busca de uma maior fundação para que o alicerce do debate ora travado seja fincado, torna-se conveniente compreender-se o pensamento moderno, alicerçado em três grandes pilares, quais sejam: o ser, o conhecer e o homem, operadores da razão. O ser como concepção ontológica, o conhecer como concepção epistemológica e o homem como paradigma antropológico da modernidade.

Percebe-se no cenário contemporâneo um desenvolvimento constante da ideia do que seja a modernidade e qual o papel do Direito nesse contexto, onde a sabedoria dos grandes pensadores é bem aplicada, buscando-se uma melhor compreensão da relação entre o Direito e a Modernidade.

Assim, para demonstrar-se o que significa a modernidade, citemos Hegel¹²⁷, para quem todo real é racional, ou seja, tudo o que existe, existe sob uma ordem racional, sendo que, para a modernidade, o universo não é de caos, mas de ordem. Nesse cenário, não existe o mistério, mas sim o ignorado que ultrapassa os limites da razão.

Ressalte-se que o ignorado é o que não é conhecido, mas passível de conhecimento. Assim, todo homem é racional face a ideia de que o homem é um

¹²⁶ Idem. *Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da constituição dirigente*. In. *Juris Poiesis*, ano 8, n. 8., 2005. p. 433.

¹²⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2010.

sujeito de conhecimento, bem como, tudo o que existe é racional, caracterizando-se o ser como objeto de conhecimento.

Diante disso, é preciso que se entenda que o conhecimento se realiza no encontro entre sujeito e objeto e que este encontro somente se dá pela razão. Pise-se que o cientista do Direito afirma o que o ser é, descrevendo-o, e não o que deveria ser.

Importante frisar também a discussão sobre o Direito e a Justiça, ante esse cenário moderno.

Para pensadores como Kelsen¹²⁸, o Direito é justo, existindo doze princípios de justiça, e esta não se conhece, se sente, portanto, não pode ser objeto da ciência.

Recorre-se, portanto, a outros aspectos da cultura humana, não sendo o positivista insensível para a justiça, mas com base em paradigmas, verifica-se que o justo não é passível de se conhecer.

Já diante do pós-positivismo moderno de Robert Alexy¹²⁹, reabilita-se a razão prática, ou seja, afirma-se que escolhas morais podem ser justificadas racionalmente, sendo o justo racional.

Nos casos difíceis os positivistas se separam dos pós-positivistas, no momento em que afirmam ser a decisão autoridade de quem a toma, já os pós-positivistas afirmam que o justo é racional, podendo-se verificar qual justiça corresponde melhor à razão. Mais a frente, o pós-positivismo pós-moderno rompe com o paradigma da razão.

Pise-se que o moderno, tido como complicado, pode ser simplificado, distinguindo-se do complexo, onde nem tudo pode ser simplificado, típico do pós-moderno.

É sabido que a modernidade paralisa-se diante do complexo, limitando-se. Porém, apesar de existirem respostas possíveis no direito, nem todas as respostas são possíveis.

A legitimidade de uma decisão se explica pelas razões tomadas para tal, sendo que, para Kelsen, o positivismo está relacionado ao nazismo, ressaltando-se um problema fundamental do pensamento Kelseano, qual seja, a epistemologia.

¹²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes, 2009.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

Ora, não é que sejamos indiferentes à justiça, mas na busca do conhecimento científico, conclui-se que a justiça é fruto de sentimento e não de conhecimento. Questões controversas se apresentam diante deste cenário moderno: 1) O positivismo amarraria o juiz? 2) Caberia decidir contra a lei? 3) O direito é democrático?

Não obstante todos os posicionamentos a respeito da problemática acima mencionada, o direito trabalha com justificação, o que torna uma decisão legítima. Assim, justificar uma decisão contra a lei é mais difícil, sendo muito maior o peso argumentativo daquele que afasta a incidência da regra.

Diferentemente daqueles que criticavam o positivismo, justificando o autoritarismo, Kelsen traz o formalismo como uma forma de controle lógico-formal dedutiva, distinta da lógica retórica, que é plausível, possível e não-necessária.

Seguindo a exposição, cite-se novamente Ronald Dworkin¹³⁰, defensor do romance em cadeia, onde decide-se com base em tradição argumentativa, produzida há duzentos anos.

Para Dworkin, o pós-positivismo é adequado, diante do pensamento anglo-saxão, do common law, o que geram decisões com ônus argumentativo muito maior.

Já para o alemão Robert Alexy, forte é a tradução da lei escrita, da regra escrita, sendo esta diferente da norma que é o resultado da conclusão do intérprete.

Esse direito expresso na modernidade muito retira da equidade, moldando-se a justiça ao caso concreto, como ocorre na Suprema Corte, onde a constituição é o que a suprema corte diz que ela é.

Ao analisarmos o positivismo como epistemologia, ou seja, ciência do conhecimento, conclui-se que o saber social, o discurso social, sempre foi marcado por uma grande dose de moralidade.

Maquiavel, em tempos idos, já havia sido responsável por romper com paradigmas do estudo da política. E por influência de Maquiavel, entre os séculos XVIII e XIX, o positivismo vai se apresentar como a única possibilidade de acesso a verdade.

O positivismo busca descrever e não prescrever. É a lógica do ser e não do dever-ser. Observe-se ainda, envolvidos por estas reflexões, que a realidade social

¹³⁰ Ob. Cit. p. 67

é regida por leis similares às leis que regem os fenômenos naturais, quais sejam, racionalidade, universalidade e ordem.

A visão social do mundo que desejamos não pode influenciar a descrição de mundo que se observa, negando-se, através do positivismo, a ideologia de mundo. A teoria pura do direito é livre de ideologia, ressaltando-se que o positivismo não é a única epistemologia social de mundo.

Adentrando superficialmente em um cenário sociológico, convém mencionar que o marxismo é o grande adversário do positivismo, do ponto de vista da metodologia, não admitindo neutralidade. Para os marxistas, as perspectivas ideológicas impedem a percepção do mesmo horizonte, distintamente dos positivistas que afastam ideologias.

Para Luhman¹³¹, a sociedade não é um conjunto de indivíduos, mas de comunicações, ou seja, as sociedades possuem um sistema comunicacional que resolvem os seus conflitos.

O desenvolvimento da sociedade, para este pensador, reside no crescimento, no desenvolvimento da comunicação. Com o resultado da complexidade na comunicação, o sistema paralisa.

Nessa linha de intelecção, Habermas observa a sociedade também a partir da comunicação e não qualquer outra relação, desenvolvendo o agir comunicativo, que envolve a fala, a maneira como as pessoas se desenvolvem em sociedade.

Para Habermas a comunicação está colonizada pelo mercado, que representa um óbice, uma burocracia que prejudica o agir comunicativo. Assim, a comunicação poderia se liberar do sistema, através da formação racional livre das decisões, como deliberações públicas e espaços públicos, por exemplo.

Todos compreendem que o positivismo traz como características a racionalidade, cientificidade, ordem, universalidade, objetividade, neutralidade, etc. No entanto, o positivismo no direito tem como marca inicial a negação do que é metajurídico, para além do jurídico, negando-se, portanto, fontes formais.

O fato é que para os positivistas as fontes metajurídicas não geram direitos .

A negação da necessidade de um conteúdo moral específico para a validade do direito é um marco do positivismo, o que pode acarretar uma norma odiosa do ponto de vista moral, uma norma injusta.

¹³¹ LUHMAN *Sociologia do Direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro:Tempo

O que se pretende compreender diante dessas breves reflexões acerca do positivismo e a modernidade é que o direito está em constante evolução, buscando-se atender as necessidades e o desenvolvimento da sociedade inquieta e instigante.

4.4 A filiação socioafetiva nos Tribunais brasileiros

Com base em todo o debate até aqui proposto, os juízes e Tribunais pátrios vêm, com frequência, enfrentando o delicado tema da filiação socioafetiva, sendo o ano de 2012 muito significativo nesta construção jurisprudencial.

Em 18 de agosto de 2012, uma decisão inédita incluiu o nome da madrasta em certidão de nascimento, sem excluir o nome da mãe biológica para tanto.

O jovem paulista Augusto Guardia, de 19 anos, tem em sua certidão de nascimento o nome de duas mães e um pai, por decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu que a advogada Vivian Medina Guardia, casada com o pai de Augusto desde quando ele tinha dois anos de idade, é a sua mãe socioafetiva.

No caso em tela, a mãe biológica de Augusto havia falecido três dias após o seu parto, e a mãe socioafetiva, que poderia adotá-lo, segundo as regras civis, por respeito à família da mãe biológica e sobretudo ao seu “filho” que sempre orgulhou-se de ter duas mães: “uma no céu e outra na terra”.

Desde a morte da mãe biológica, as três famílias (dos pais biológicos e da mãe socioafetiva) educaram o jovem com fotos e histórias da sua mãe biológica Eloísa Guardia, fazendo questão de manter esta realidade afetuosa em seu registro.

Segue a Ementa da decisão proferida nos autos da Apelação Cível nº 006422-26.2011.8.26.0286 (Acórdão em anexo):

“EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da Solidariedade. Recurso provido.”

Semelhante decisão foi proferida em março de 2012 por uma juíza de primeira instância de Rondônia, que determinou a inclusão do pai biológico na

certidão de nascimento, ao lado do pai afetivo, e determinou que ele pagasse a pensão do menor¹³².

Em outra linha de pensamento, o afeto tem justificado a indenização pelo seu descumprimento.

A primeira sentença favorável ao ressarcimento do filho por abandono afetivo na relação paterno-filial que se tem notícia foi emanada pela jurisprudência italiana em 2000, entendendo que a conduta paterna gera sofrimento ao filho em face da ausência constitucionalmente garantido, relativo ao sustento material, moral e assistencial, o que justificaria naquele país a reparação pecuniárias de danos morais por abandono afetivo¹³³.

Na jurisprudência pátria, o primeiro caso que ganhou repercussão nos jornais em que se deu provimento ao pleito semelhante ocorreu na Comarca de Capão de Canoa, Rio Grande do Sul, em 2003. No caso em tela, o pai foi condenado a pagar indenização por danos morais equivalentes a 200 salários mínimos da época porque descumpriu os deveres de visitas acordados judicialmente em ação de alimentos transita em julgado.

O fundamento da sentença assim dispunha:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, ECA). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles deriva de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai - e é o caso do autor - deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.) Ou seja, aquele que não quer ser pai deve precaver-se. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprezado, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não

¹³² Ver em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1139427-em-decisao-inedita-justica-inclui-nome-de-madrasta-em-certidao-sem-excluir-o-da-mae.shtml>

¹³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In. A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Coordenação: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança. A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seus filhos”.

Em ação de mesma natureza foi movida no Rio de Janeiro, porém teve sentido oposto, em que se decidiu pela impossibilidade de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo. No acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, negou-se provimento sob os fundamentos de que o pai não tinha prazer em exercer a paternidade que foi de “uma aventura amorosa passageira”, não havendo fundamento legal que obrigasse o pai a amar a filha, haja vista que admitir reparação nestas hipóteses seria abrir uma “larga porta de incentivo às aventuras mercantilistas do gênero”¹³⁴.

Quanto a esta jurisprudência cabem algumas observações, a saber: em primeiro lugar não há como sustentar a falta de prazer do pai no exercício da paternidade, pois a solidariedade, como condição à vida coletiva, inibe o agir somente com liberdade e autonomia privada.

O argumento de que teve uma relação passageira com a genitora da autora não tem o condão de eximir o pai de suas obrigações, haja vista que independente da criança ter ou não nascido de um planejamento familiar, ela tem o direito de convivência familiar, educação e cuidados de criação.

Em relação à falta de fundamentação legal que obrigue o pai a amar o filho, por existir deveres que podem exigir do pai, deve-se condenar sim pelo abandono em casos de descumprimento de tais deveres previstos no Estatuto da Criança e Adolescente (artigos 19 e 22), na Constituição Federal de 1988 (artigo 227) e no Código Civil de 2002 (artigo 1634, incisos I e II). E, por fim, sobre a preocupação de incremento de ações mercantilistas, cada caso concreto deverá ser analisado minuciosamente antes que se dê provimento à intentada ação.

Recentemente uma decisão da Terceira Turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), julgado em 24 de abril de 2012, causa uma

¹³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade. In. Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de fevereiro de 2009, no. 03/2009, v. III.

mudança jurisprudencial por obrigar o pai a indenizar a filha em R\$ 200.000, 00 por abandono afetivo. A decisão é inédita. Em 2005, a Quarta Turma do STJ, que também analisou o tema, havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral por abandono afetivo.

No caso analisado pela Terceira Turma, a autora entrou com ação contra o pai, após ter conseguido reconhecimento judicial da paternidade, por ter sofrido abandono material e afetivo.

Na primeira instância foi julgado improcedente, tendo o magistrado entendido que a ausência paterna se deu ao comportamento agressivo da genitora em relação ao pai.

Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão, reconhecendo o abandono afetivo e fixou a compensação pelos danos morais em R\$ 415.000,00.

E o pai, em recurso especial, alegou violação a vários dispositivos do Código Civil e divergência com outras decisões do Tribunal, e que mesmo se houvesse abandono, não haveria ilícito indenizável. Para ele, a única punição possível pela falta com as obrigações paternas seria a perda do poder familiar.

Contudo, a relatora, ministra Nancy Andrighi, asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. Relatou que “amar é uma faculdade, cuidar é um dever”, descrevendo que o cuidado é um valor jurídico apreciável e com repercussão no âmbito da responsabilidade civil, porque constitui fator essencial – e não acessório – no desenvolvimento da personalidade da criança. Também apontou que, nas relações familiares, o dano moral pode envolver questões extremamente subjetivas, como afetividade, mágoa, amor e outros. Nestes termos a relatora afirmou que:

“(…) Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentar, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não. (...) Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”.

A ministra ainda destacou que cabe ao julgador, diante de cada caso concreto, ponderar a necessidade do demandante e a possibilidade do réu na situação fática posta em juízo no campo do dano moral, mas sem deixar de prestar a afetividade à norma constitucional de proteção dos menores. E assim considerou que tais aspectos fáticos foram estabelecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não sendo cabível o STJ alterá-los em recurso especial. Para o presente Tribunal, o pai teria a consciência da omissão e das consequências deste ato.

A Terceira Turma do STJ considerou apenas elevado o valor fixado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e reduziu a compensação para R\$ 200.000,00.

Veja a Ementa do referido julgado, já citado anteriormente neste trabalho:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(RESP. 1159242/SP. Min. Rel. NANCY ANDRIGHI. 3 T. STJ. 24/04/2012)

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sobre o tema, e assim espera-se que em breve os Ministros dessa Corte tenham oportunidade de apreciar a questão, tendo em vista a relevância de seus julgados na orientação dos demais juízes e Tribunais.

Outra decisão importante foi proferida pelo juiz Luís Antônio de Abreu Johnson, em processo que tramita em segredo de justiça, passível ainda de recurso para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No caso em tela, o juiz decidiu que o vínculo afetivo entre pai e filha é mais importante do que a verdade biológica, evidenciada por meio de exame de DNA¹³⁵.

Para o magistrado, um pai não pode, após 12 anos de convívio familiar, vir a questionar a paternidade da filha, que registrou espontaneamente.

A decisão da comarca de Lajeado negou o pedido de um homem que pretendia desconstituir a paternidade. O pai, e autor da ação, alegou que tinha dúvidas quanto a seu vínculo biológico com a menina, após verificar que ela não guarda semelhança alguma com nenhum de seus familiares.

Na Justiça, a filha defendeu a improcedência do pedido, já que o registro de paternidade foi feito por vontade própria, mesmo sabendo que ela era não era sua filha biológica.

O juiz, na ocasião, analisou: *"Dez anos se passaram desde o nascimento da filha até o ajuizamento da demanda. Houve convivência, houve troca, houve afeto. A menina foi apresentada à sociedade como filha, e ele como pai dela, e assim foi criada a ideia de pertencimento"*.

O magistrado assinalou ainda que o Código Civil de 2002, estabelece que a paternidade pode ser contestada em caso de erro ou falsidade do registro. No entanto, no caso em tela, entendeu que não se estava diante nem de erro nem de falsidade do registro, já que existente a paternidade socioafetiva entre o autor e a filha.

Mais recentemente o Supremo Tribunal Federal, em 16 de janeiro de 2013, em votação no Plenário Virtual, reconheceu repercussão geral em tema que discute a prevalência, ou não, da paternidade socioafetiva sobre a biológica.

A discussão chegou à Corte através do Recurso Extraordinário com Agravo nº 692186 (sem Acórdão publicado até o fechamento deste trabalho), interposto

contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que inadmitiu a remessa do recurso extraordinário para o STF.

No processo, foi requerida a anulação de registro de nascimento feito pelos avós paternos, como se estes fossem os pais, e o reconhecimento da paternidade do pai biológico.

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente e este entendimento foi mantido pela segunda instância e pelo STJ. No recurso interposto ao Supremo, os demais herdeiros do pai biológico alegam que a decisão do STJ, ao preferir a realidade biológica, em detrimento da realidade socioafetiva, sem priorizar as relações de família que têm por base o afeto, afronta o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”¹³⁶.

O relator do recurso, ministro Luiz Fux, levou a matéria ao exame do Plenário Virtual por entender que o tema – a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica – é relevante sob os pontos de vista econômico, jurídico e social. Por maioria, os ministros seguiram o relator e reconheceram a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Em decorrência desta decisão muito recente, o presidente do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira, manifestou-se afirmando que *“apenas o reconhecimento da repercussão geral já é um passo importante para a evolução do Direito de Família. A futura decisão do Supremo fixará jurisprudência sobre a questão”*¹³⁷. Em entrevista sobre o tema, o autor prossegue:

“O Direito hoje, especialmente a partir do discurso psicanalítico, já sabe e reconhece que paternidade e maternidade são funções exercidas. Ou seja, se o pai ou mãe não ‘adotar’ o seu filho, mesmo biológico, eles jamais serão pais. Os laços de sangue não são suficientemente fortes para garantir ou sustentar uma relação de paternidade ou maternidade. Qualquer julgador que pensar um pouco mais profundamente sobre ‘o que é ser pai, o que é ser mãe’, chegará à conclusão da preponderância da socioafetividade sobre a

¹³⁶ Ver em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228595>

¹³⁷ www.ibdfam.org.br acessado em 30/01/2013

genética. A única coisa que pode colocar em dúvida esta equação “é um pensamento jurídico muito dogmático e que não está interessado em proteger a essência do Direito, mas a sua forma ou formalidade”.

Já em entrevista concedida a este trabalho, Maria Berenice Dias, observa que “quando a Justiça foi chamada a verdade afetiva sempre prevaleceu sobre a biológica”. A vice-presidente do IBDFAM cita como exemplo corriqueiro os casos em que os pais biológicos se arrependem de terem entregado o filho à adoção. Ela ressalta que a Justiça, de modo geral, não autoriza a devolução da criança, não se anulando o processo de adoção.

Maria Berenice Dias observa que já existem várias decisões do STJ no sentido de que a verdade afetiva prevalece sobre a biológica, e, para ela, o Supremo deve seguir este entendimento.

Seguem recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

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 auto-produzida, 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.

(RESP. 1244957/SC. Min. Rel. NANCY ANDRIGHI-T3-07/08/2012)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA.

I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha.

II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.

III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida.

IV. A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda – in status assertionis –, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC.

Recurso não provido.

(RESP. 1259460/SP. Min. Rel. NANCY ANDRIGHI, 3 T, 19/06/2012)

É interessante observar a carga de reflexão que tais decisões demandam de seus julgadores, sem ferir o direito, analisando a concretude de cada caso. Seguem outras decisões:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE.

ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.

Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos.

A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família

que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade.

A existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.

Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.

O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares.

O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte.

Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.

Recurso não provido.

(RESP 1217415/SP. Min. Rel. NANCY ANDRIGHI. 3 T -28/06/2012)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.

1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.

2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.

3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido.

(RESP 1189663/RS . Min Rel. NANCY ANDRIGHI 3 T -06/09/2011)

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

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.

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

3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

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

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido.

(RESP 1087163/RJ, Min. Rel. NANCY ANDRIGHI – 3 T - 18/08/2011)

Na mesma linha de inteligência, segue a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido.

(RESP 1059214/RS Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO – T4 - 16/02/2012)

Diante de tais decisões, verifica-se que a jurisprudência tem caminhado a passos largos na direção da preferência do critério afetivo na determinação da paternidade, privilegiando-se o melhor interesse do menor e a harmonia das relações familiares já estabelecidas por vínculos de estabilidade e amor.

Registre-se que as linhas de pensamento aqui expostas, bem como as decisões judiciais coletadas, apontam possíveis caminhos para a concretização do direito ao afeto, e portanto, ao reconhecimento da filiação socioafetiva, são apenas sugestões para um rico e necessário debate, que se faz tão urgente como o foi aquele acerca da união estável nos anos 80 e 90, e como vem sendo o que trata do delicado tema das relações homoafetivas.

O que verifica-se através das inúmeras decisões a favor e contra a filiação socioafetiva é que a ponderação e o estudo do caso concreto, devem ser a base de qualquer decisão justa, no entanto, uma vez caracterizada a relação de afeto, não há como negar este reconhecimento, seja este oposto ou paralelo aos laços biológicos.

A construção do afeto e das relações jurídicas que dali decorrem, devem estar pautadas na segurança jurídica e bem-estar de todos os envolvidos, cabendo aos operadores o estudo aprofundado de cada caso, considerando não só os aspectos jurídicos, mas, sobretudo, emocionais dos envolvidos.

Para alguns este argumento pode parecer absurdo, porque não caberia ao direito avaliar os afetos, no entanto, nas decisões acima citadas, percebe-se que o tom afetivo foi conferido aos casos concretos com serenidade e conveniência, sem qualquer exagero, enfrentando-se a realidade ali apresentada.

CONCLUSÃO

Diante das considerações apresentadas no trabalho, verificou-se que atualmente a família apresenta diferentes formas de organização, devendo todas estas formas serem protegidas pelo direito. Nota-se que a sociedade está em constante transformação, devendo o sistema jurídico se ajustar a tal fenômeno.

É sabido que a família é a base de toda e qualquer sociedade, e que, com o recente reconhecimento das diversas formas de entidades familiares, como as famílias monoparentais, homoafetivas e pluriparentais, estas passaram a ser tuteladas pelo Estado, o que significa uma grande evolução no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, passou a ser questionada a viabilidade do critério afetivo para caracterizar as relações paterno-filiais que decorrem dessas diversas formas de famílias, decidindo a jurisprudência pela prevalência dos filhos socioafetivos em detrimento da filiação biológica. Isso se dá em razão dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e o princípio da solidariedade.

Cumpra observar que o afeto possui um valor jurídico amparado na Constituição Republicana, posto que se vincula a igualdade entre os filhos, mesmo que decorrente de relação socioafetiva, ao princípio da solidariedade, ao direito à convivência familiar e não apenas à origem genética, bem como, o direito a ser amado, a ser cuidado e receber afeto.

Portanto, não se pode permitir, com base no estudo aqui debatido, que o critério biológico afaste a força e a vontade do afeto expresso nas relações socioafetivas, independente de sua origem.

Apesar do legislador ser omissivo quanto a filiação socioafetiva, o entendimento majoritário é de que com fundamento nos princípios constitucionais e utilizando a lacuna na lei, poderá ser concedida judicialmente a todos os filhos socioafetivos todos os direitos resguardados aos filhos biológicos.

É notório que o conceito de família sofreu modificações ao longo do tempo, havendo a despatrimonialização das relações, visando o bem comum de todos no exercício do poder familiar, cedendo, assim, espaço ao laço afetivo. Da mesma forma, não há dúvida que o afeto possui uma grande relevância na vida dos

indivíduos, haja vista que a família não se estrutura somente em laços sanguíneos, mas também em laços afetivos.

Como a família é a base de formação social, se faz necessário também que se reconheça juridicamente o afeto como meio para a concretização da dignidade da pessoa humana, tendo em vista ser o elo que garante a formação dos elementos familiares.

A negativa do afeto, principalmente nas relações paterno-filiais, provoca sérios transtornos à criança e ao adolescente, refletindo na sua personalidade, e negar a devida reparação ao dano causado pelo abandono ou o reconhecimento deste vínculo afetivo quando solidamente constituído, é negar a dignidade a quem os pleiteia.

Seria mais fácil de compreender o assunto se o ordenamento jurídico pátrio passasse a reconhecer, de forma expressa, a filiação socioafetiva como constituinte de direitos e deveres, no entanto, pretendeu-se através dos debates sobre justiça, positivismo e modernidade, abrir caminhos para que o legislador, de fato, reconheça a importância da regulamentação da filiação socioafetiva, como ocorreu com a união estável.

As ações existentes sobre o assunto em questão demonstram que a sociedade jurídica brasileira está preocupada na obtenção de respostas, nas análises de argumentos, proporcionando a evolução do pensamento jurídico, já que cabe ao direito acompanhar a evolução da sociedade, ofertando respostas às lacunas a serem preenchidas.

Assim, por todo o exposto no presente trabalho, entende-se que os filhos do novo direito devem ser amplamente amparados, reconhecendo-se o afeto, zelo e cuidado nas relações familiares, especificamente, nas relações paterno-filiais, proporcionando-se, assim, o desenvolvimento regular e sadio da personalidade das crianças deste país.

A afetividade garante ao infante uma convivência harmoniosa e uma referência familiar onde se tem respeitada a dignidade da pessoa humana, o direito a receber carinho, cuidado e respeito dos componentes do grupo familiar, dando-lhes a possível realização do sonho de felicidade.

Não se pode olvidar que o reconhecimento desta relação de afeto como caracterizadora do instituto da filiação decorre de um princípio contido de forma expressa na Constituição Republicana, qual seja, o da paternidade responsável,

garantindo-se a plena liberdade ao cidadão brasileiro, no que tange ao planejamento de sua família, não cabendo, a princípio, a negação de direitos e deveres que decorram de tais vínculos de filiação estabelecida pelo afeto.

Por fim, como o tema abordado não se encontra exaurido no campo jurídico, só mesmo o tempo e a experiência poderão dizer se essas decisões trarão benefícios ou não as pessoas envolvidas. Há necessidade que os operadores do direito continuem refletindo sobre a questão, de modo a consolidar um determinado entendimento de acordo com as previsões constitucionais e com os direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

_____. Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1998.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Ed. Atlas.2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. Disponível em: ibdafm.org.br

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARROS, Sérgio Resende de. O direito ao afeto. In *Del Rey Revista Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, maio/2002, ano IV, nº 8.

BARROSO, Luis Roberto. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional. Ed Renovar. Rio de Janeiro.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido – sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2004.

BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. Vol.2.

BOEIRA, Jose Bernardo Ramos, *Investigação de Paternidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. São Paulo.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito da Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. In *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

CALADO, Aline Vieira. Parentesco por afinidade socioafetiva e a obrigação de alimentar. Disponível em: ambitojuridico.com.br

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra.

CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa apud KLEVENHUNSEN, Renata Braga. *Pluriparentalidade e as possibilidades principiológico-normativas na delimitação de*

critérios à aferição da paternidade. Revista de Direito Juris Poiesis, ano 11, n. 11, p. 71 a 104, jan-dez.2008.

CENSO 2010. Anexo.

DIAS, Maria Berenice. *Comentários - Família pluriparental, uma nova realidade*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 29 de dezembro de 2008.

_____. Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

DIAZ, Elias. *Sociologia y Filosofia*. Madrid: Taurus Ediciones, 1971.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: 2012.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Martins Fontes. São Paulo.

_____. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes. São Paulo.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Direito das famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p.546.

FERNANDEZ, Eusebio. *Teoría de La justicia y derechos humanos*. Madrid: Editora Debate, 1984.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *O afeto nas relações entre pais e filhos: filiações biológica, socioafetiva e homoeafetiva*. Tese de doutorado apresentada no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p.117.

FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. *Paternidade biológica x paternidade declarada: quando a verdade vem à tona*. IBDFAM.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método Vol.1*. Ed. Vozes. São Paulo, 2009.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva*. Ed. Vozes: Petrópolis, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze, em palestra proferida no Tribunal de Justiça da Bahia. <http://pablostolze.ning.com/video/lancamento-do-livro-e-palestra> Acesso em 12/05/2012.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhman*.

GAVARINI, Laurence. *Novas normas e formas de laço familiar*. Estilos da Clínica, 2008, Vol. XIII, nº 25, 268-287.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro: direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2011

GOUVEIA, Debora Consoni. *A autoridade parental nas famílias reconstituídas*. Dissertação. USP. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro:

_____. Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo:

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Del Rey. Minas Gerais.

_____. Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo *in Repertório de jurisprudência IOB – 2ª quinzena de junho de 2006 – nº 13/2006*, v. III.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais*. RT, São Paulo.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. RT. São Paulo.

LÔBO Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Site do IBDFAM.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao> Acesso em 13/10/2011

los tribunales. *El Canon Neoconstitucional*. Madrid, Trotta, Org. Miguel

LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen*: Loyola, 2002, p. 293-308.

LUHMAN *Sociologia do Direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Petrópolis. Lúmen Júris, 2004.

MARTINS, José de Souza. *Sociologia e Sociedade: leituras de introdução à*

MARX, Karl. *A mercadoria: os fundamentos da produção da sociedade e do seu*

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã*. Tradução: Rubens Enderle e marxismo e positivismo na sociedade do conhecimento. São Paulo: Cortez, 2009.

MESZÁROS, István. *A teoria da alienação em Marx*. Tradução: Isa Tavares. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários dos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Atlas, São Paulo.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In. A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Coordenação: Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. Livraria do Advogado, Porto Alegre.

_____. Deveres Parentais e Responsabilidade. In. Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de fevereiro de 2009, no. 03/2009, v. III.

MORRIS, Zoë Amanda. A intenção na determinação da parentalidade. Tese de doutorado. USP-2006

NADER, Paulo. *Curso de direito civil v.5: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.278

NASCIMENTO, Rogério. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da constituição dirigente*. In. Juris Poiesis, ano 8, n. 8., 2005.

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver , casar. 2005: Belo Horizonte. MG.

PECES-BARBA MARTINES, Gregorio. Lecciones de Derechos Fundamentales.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. Ed. Del Rey. Belo Horizonte.

PROUST, Marcel. *No caminho de Swann*. Em Busca do Tempo Perdido. V.1. Tradução Mário Quintana; 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2006. P.32.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

RAWLS *Uma Teoria da Justiça*. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 1997.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Editorial Presença. 1ª Ed. Lisboa, 1997. P. 182.

REALE, Miguel. Lições de Introdução ao Estudo do Direito. recepção. El Canon Neoconstitucional. Madrid, Trotta, Org. Miguel Carbonell e RECONDO, Felipe. *STF reconhece união homoafetiva por unanimidade*. Notícia extraída do site do Estadão. Disponível em: www.estadao.com.br/noticias/geral/stf-reconheceu-uniao-homoafetica-por-unanimidade,715492.htm Acesso em 05/10/2011.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, *Introdução ao Direito de Família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*, São Paulo: Saraiva p. 297.

SANTOS, Romulado Baptista dos. *Direito e Afetividade*. Dissertação de mestrado. USP, 2009.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Livraria do Advogado. Porto Alegre.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil. Riscos e Possibilidades*.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIMÃO, Fernando José. *Parentalidade: o duelo DNA x Afeto*. Carta Forense, São Paulo, Nov. 2008.

SPINOZA, B. *Ética*. Proposição XVIII do Livro III. 1. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Livraria do Advogado, Porto Alegre.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Livraria do Advogado, Porto Alegre.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2010, p. 28.

UZIEL, Ana Paula. “tal pai, tal filho” em tempos de pluriparentalidade. Expressão fora do Lugar?

VEIGA, Francisco Daudt de. Em entrevista ao site www.lolamag.com.br abril de 2012. Rio de Janeiro.

VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro de Filiação e Paternidade*. Malheiros. São Paulo.

Ver em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1139427-em-decisao-inedita-justica-inclui-nome-de-madrasta-em-certidao-sem-excluir-o-da-mae.shtml>

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Evolução Histórica da Família Brasileira*. IBDFAM.

VILLELA, João Baptista. *Revista da Faculdade de Direito*. Disponível em <HTTP://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=150> Acesso em 14/05/2012.

_____. A Desbiologização da Paternidade. Repensando do Direito de Família *in* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Paternidade Responsável*. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenador R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, v 57, p.242.

Vozes, 2010.

WALD, Ronald. *Curso de Direito Civil*. 2004, p. 179.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça – Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.

ANEXOS:

ENTREVISTAS:

ENTREVISTA 1

João Silva*, 50 anos, casado, advogado, filho socioafetivo e pai socioafetivo.

Pesquisadora: Minha base de pesquisa, trabalhando com os professores orientadores, é fazer uma análise desta nova geração que eu chamo de “Os filhos do novo direito”, sujeitos à filiação socioafetiva à luz do princípio da afetividade. Como voluntário desta pesquisa, o Sr. Expôs que foi criado por um homem que não era seu pai biológico, assim como cria uma filha socioafetiva. Pode discorrer sobre sua experiência?

Entrevistado: Sim, fui criado por um homem a quem eu chamo de pai, e atualmente, convivo com meus dois filhos biológicos e uma filha socioafetiva em minha casa. Todos criados por mim e minha esposa.

Pesquisadora: Como essas relações se constituíram em sua vida?

Entrevistado: Através da relação de afeto, comum aos seres que se relacionam em sociedade. Uma profissional da psiquiatria me questionou, certa vez: Como vocês do direito estão pretendendo fazer uma disciplina jurídica do afeto? Como se executa isto? Ora, o afeto se instaura e pronto. Não é algo calculado, é um processo de eleição e construção natural. Foi isso que ocorreu em minha relação como filho e como pai.

Pesquisadora: O Superior Tribunal de Justiça, quando decidiu recentemente pela condenação de um pai por cometer abandono afetivo em relação a sua filha, aplicou a seguinte linha de raciocínio: “ Eu não posso obrigar este pai a amar, mas este pai vai ter que indenizar pelas consequências causadas pelo abandono.” Eu pretendo concluir o meu trabalho, observando que a sociedade deve refletir sobre o peso do parentesco genético e o afetivo. A genética é um possibilitador para que exista o afeto, mas nem sempre o pai ou a mãe biológicos conseguem nutrir este afeto por seus filhos. Diante deste duelo DNA x Afeto, eu questiono ao Sr.: O que é ser pai? Onde é que reside, de fato, a paternidade, sob a visão de quem tem as duas relações de filiação, a biológica e a socioafetiva?

Entrevistado: Para mim é uma resposta fácil e muito segura. A Paternidade, para mim, é afetiva. É muito legal ter a paternidade biológica. Não é algo desimportante, não é uma experiência sem relevância. É a experiência de se enxergar no outro. O que a relação biológica proporciona, também é muito legal. Você ver características suas no outro, que são transmitidas organicamente, este vínculo também é legal. Mas ele está muito aquém de expressar o que é paternidade para mim. E eu digo que isto é muito seguro e simples para mim porque muito antes de eu ter isto resolvido como pai, eu tenho isto resolvido como filho. Porque o pai que me criou não foi meu pai biológico. Então, na verdade, para mim, eu posso responder como pai e como filho, porque eu reproduzo uma experiência que eu já vivi. Então isto faz para mim duas coisas. Eu já cresci e me equilibrei resolvendo claramente isto: o pai que me registrou e me criou é meu pai. Esta situação me instigou, e eu reconheço isto em mim muito facilmente, a pretender a paternidade, a buscar esse projeto em minha vida. Eu me lembro de ter visto isto uma vez em uma entrevista do

Ziraldo quando ele estava fazendo 70 anos (e ele já está com um pouco mais de 80 anos). Não faz muito tempo que ele fez 80. Isto deve ter uns 10 anos. É uma coisa que não tem muito tempo, mas a esta altura eu já tinha os 3 filhos porque meu caçula está com 15 anos). A entrevista era na Marília Gabriela e aí ela perguntava qualquer coisa do tipo: tendo o Ziraldo muitos papéis bem sucedidos, cartunista, jornalista, designer, escritor de livros infantis, o que mais o realizou em tantas tarefas? Ele respondeu: Ser pai. Não foi nenhuma das profissões bem sucedidas, a coisa que eu mais tenho orgulho na vida foi ter criado bem os meus filhos, o resto é detalhe. Então aquilo me marcou. Então eu reconheci nessa frase algo que eu já sentia. Então psicologicamente é bem banal, eu passei até hoje e provavelmente vou passar muitos e muitos anos realizando o projeto de ser o pai que meu pai biológico não foi.

Isto é duas vezes forte, porque primeiro eu tenho o exemplo do sim e o exemplo do não. Eu não tenho só o exemplo do não, então isto é mais forte, porque eu tenho o exemplo do qual eu me preocupo em me diferenciar, de quem eu não conheci e o exemplo no qual eu me espelho, de alguém que me registrou, que me cuidou, de quem não tinha vínculo de sangue nenhum comigo.

Pesquisadora: O seu caso decorreu de uma adoção a brasileira?

Entrevistado: Sim foi uma adoção a brasileira. Uma situação que era muito atípica. E essas coisas não são fáceis. Era mais complicado porque a minha família já era uma família totalmente atípica como núcleo familiar. Então eu vim de uma vivência de um núcleo familiar completamente atípico e de muito amor. Por um lado porque tive este pai que não era meu pai biológico muito dedicado a mim até hoje.

Pesquisadora: Isto ainda na década de 60 ou já para década de 70? Faça um paralelo da sua história com a atualidade.

Entrevistado: Isto era muito complicado na década de 60, eu nasci em 63. Eu não sei dizer, minha mãe já morreu e meu pai agora está misturando algumas estações e este tema é um tema que nunca foi um tema fácil para eles. Tem uns buracos na minha história que eu não sei preencher sozinho e que eu optei por não forçar esclarecer porque foi uma escolha. Algumas coisas que para mim seriam satisfazer uma curiosidade, para eles reviver seria um sofrimento. Então alguém tinha que ceder e eu optei que a minha curiosidade cedesse para que eles não sofressem. Então tem algumas coisas que eu não sei. Meu registro de nascimento é 69, então eu tinha 6 anos. No mínimo desde os 6 anos que eu acho que ele passou a morar com a gente. Então minha mãe me teve solteira a mim e a meu irmão. Aquela história bem comum, meio atemporal. O pai do meu irmão é um e o meu é outro. Ela engravidou do meu irmão, o pai não assumiu e sumiu e ela ficou no começo dos anos 60 lidando com a reação social, com o escândalo na família, com a cobrança, com a dificuldade e começou a criar o filho. Não deve ter sido nada fácil para ela, é de imaginar. Em 61 nasceu meu irmão aqui no Rio. Eu conheço mais a história do meu irmão do que a minha porque ele nunca aceitou a situação do pai que nos registrou ser pai. Então a gente viveu em casa as duas situações: a do meu irmão que nunca aceitou o abandono do pai biológico e que nunca aceitou a acolhida do nosso pai afetivo. Uma relação que sempre foi complicada. Então o meu irmão nunca aceitou o nosso pai afetivo como pai dele. Nunca conseguiu conviver com o abandono do pai biológico. Eu optei por outro caminho. Talvez ajudado por ser mais novo e ele tenha chegado lá em casa e eu era mais novo e isto tenha facilitado, não dá para julgar. Eu segui um caminho e ele seguiu outro. O que mostrou

duas experiências na mesma casa. Uma situação quase igual e duas reações totalmente diferentes que não tem lógica. A mesma mãe, o mesmo pai no caso de estrutura familiar de cuidado, mesma mãe e mesmo pai, registrando igualmente os dois. Entre mim e meu pai estabeleceu-se um vínculo de paternidade, com meu irmão não. O que faz com que isto aconteça, não sei te explicar. Mas como meu irmão nunca aceitou, há 8 anos, talvez, ele resolveu correr atrás, descobrir quem era o pai dele. Foi uma situação danada em casa. Minha mãe (que já morreu há 6 anos) sofreu à beça. Meu pai não se conforma até hoje porque meu irmão tirou o sobrenome dele, fez reconhecimento de paternidade do pai biológico e ele sofre à beça. É uma situação curiosa, ele vive intensamente esta paternidade, ele até hoje se sente pai e ele não se conforma com 84 anos que ele sentia de um jeito meu irmão de outro. Era uma coisa diferente, então havia o desequilíbrio. Então estas coisas acontecem.

Pesquisadora: Pode também acontecer na paternidade biológica...

Entrevistado: Sim, estas coisas podem, também, acontecer na paternidade biológica. Ele se sentia pai e meu irmão não se sentia filho. Quando meu irmão ficou adulto chegou um determinado momento na vida que ele tirou o sobrenome do pai afetivo e registrou o nome do pai biológico e não cortou totalmente o vínculo. Mas ele tem um vínculo com ele assim: "Aquela pessoa com quem eu convivi, mas não é pai". Então tem esta situação curiosa: a história do meu irmão acabou toda revelada. Eu conheço o pai dele porque acabei conhecendo por acaso. Conheço as irmãs que ele tem desse pai. Não me dou com eles, mas eu conheci porque ele foi atrás da história dele. Eu não fui atrás da minha. Eu sei que é outra, eu sei muito pouco da minha história. Minha mãe sofreu muito nesta

época com esta história toda. Ela nunca falou com a gente sobre isto, ela nunca conseguiu falar com a gente sobre isto quando a gente era criança, Nesta época ela me contou a historia toda do meu irmão, detalhes da história do meu irmão que já estava mais ou menos revelada pela atuação do meu irmão que já tinha identificada, que já estava fazendo o processo de reconhecimento de paternidade. Ele queria que ela depusesse, foi horrível porque ela se recusou e eu tive que brigar, eu tive que falar com o promotor para respeitar o direito dela não ir depor em juízo. Ela não queria encontrar com o pai do meu irmão, ela não queria que ela a visse velha, doente, foi horrível. Mas ela me contou a história toda e disse: “Esta é a história do seu irmão, a sua se você me perguntar eu te conto. Com isto não deu para eu perguntar. Ou ela me contava, ou ela não me contava. Se ela pudesse me contar ela me contava. “Se você me perguntar eu te conto”, ponto. Eu achei que ela não merecia mais isto e aí eu optei por não perguntar. Depois que ela morreu eu perguntei para duas tias mais velhas algumas coisas. Com meu pai nunca toquei neste assunto porque seria uma crueldade. Com ele é que não vou perguntar mesmo. Eu só sei que minha história foi parecida com a do meu irmão. Dois anos depois ela se reestruturou desta situação, reconstruiu a vida, na situação sozinha, solteira, nos anos 60, com todo preconceito de uma mulher solteira com filho, conheceu meu pai, namorou meu pai, engravidou de mim. O que conta minha tia é que eles chegaram a ficar noivos e ele chegou a conviver com a família. Era um português, chamava Joaquim, tinha uma padaria. Passei a vida inteira sem nem imaginar, há pouco tempo que vim a saber. Jamais teria passado na minha cabeça meu pai ser português, Joaquim e ter uma padaria. Não me reconheço em nada nisto. Isto reforça que esta questão não significa nada, quase nada. É um dado da minha história, ponto.

Pesquisadora: E com sua filha socioafetiva, como a relação se estabeleceu?

Entrevistado: Ela veio morar em casa recém-nascida, fruto da típica história da “filha da empregada doméstica”. Eu e minha esposa a assumimos como pais, a criamos em igualdade total no meio de nossos dois filhos biológicos, com quem ela tem uma relação ótima. Eles têm o quarto deles e ela só o dela. Foi criada e muito amada por nós e hoje se tornou uma moça linda.

Pesquisadora: Vocês são pai e filha, então?

Entrevistado: Sim, nada a mais ou menos que isso. Ela é minha filha, criada e educada por mim e minha esposa. Esta é a nossa relação, nossa história, a família toda viaja junta, somos uma família feliz.

ENTREVISTA 2

Maria Berenice Dias, Mestre em Direito, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Vice-Presidente nacional do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, autora de vários livros jurídicos¹³⁸.

Pesquisadora: Qual a sua opinião sobre o debate envolvendo a filiação socioafetiva *versus* filiação biológica, apontado recentemente como tema de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal?

Entrevistada: Apesar da lei prestigiar a filiação biológica, a justiça sempre deu mais relevo a filiação socioafetiva, neste primeiro embate, nos casos da mãe que entregava o filho pra adoção, por motivos de contingência social, por exemplo, e quando esta mãe se arrependia, a justiça já fazia prevalecer a filiação com base na posse do estado de filho. Sempre prevaleceu este vínculo, mas a posse de estado de filho já trazia inserida em seu corpo este conceito afetivo.

Pesquisadora: A posse de estado de filho é bem codificada no direito estrangeiro, o que não ocorre no Brasil expressamente, isso coloca o direito estrangeiro numa posição privilegiada em relação ao tema?

Entrevistada: Não, em termos de filiação socioafetiva o Brasil é um dos países mais vanguardas do mundo, pois nos países da Europa, sobretudo onde houve guerras significativas, como no caso da Alemanha, e também durante as guerras mundiais, ou no caso da Argentina, onde crianças eram retiradas dos pais e

¹³⁸ Entrevista concedida via telefone, no dia 27 de janeiro de 2013.

entregues a outras pessoas, fato que gerou a necessidade de se regulamentar a posse do estado de filho. Eles ficam surpresos com a nossa constituição, pois prestigiam a filiação biológica, existe um conservadorismo mundial que prestigia a filiação biológica. Não vingam a filiação socioafetiva em outros países, da forma como se estabelece em nosso país. Não temos antecedentes de guerra no Brasil, o regime militar não chegou a este ponto de retirada de crianças de seus pais.

Pesquisadora: Existe a necessidade de se positivar o tema no Brasil?

Entrevistada: Sempre acho que deve haver a lei, alguns juízes de vanguarda assim decidem, mas o efeito vinculante não é garantido, o povo tem direito a uma justiça segura e a justiça segura é a que vem da lei. Essas questões mais vulneráveis esbarram em posturas conservadoras. A lei é a representante do povo, e confiar o povo ao que reside somente na cabeça do juiz não vale.

Pesquisadora: O afeto que justifica hoje esta relação de filiação socioafetiva, é um direito personalíssimo ou fundamental, segundo a doutrina vem definindo. Na sua visão qual a natureza deste afeto?

Entrevistada: Esta construção do Afeto como elemento identificador da família - posição defendida e estabelecida pelo IBDFAM -, mostrou um novo conceito de família, principalmente depois da Constituição Republicana e suas alterações. Antes a família vinha do casamento, a sua identificação era feita pela chancela estatal, hoje a união estável se constitui pelos laços de afetividade, e quando a Constituição Republicana passou a reconhecer esta relação familiar proveniente também de uma união estável, o afeto foi instaurado no corpo da constituição.

Isso acabou se espalhando em outras ramificações como a filiação, relações homoafetivas, etc, por isso hoje se fala em “famílias” e não só “família”, aquela decorrente do casamento. Assim, independentemente de sua natureza jurídica, o afeto hoje consta de forma clara na Constituição Republicana brasileira.

Pesquisadora: Qual o seu posicionamento acerca da recente decisão que autorizou a inclusão do nome da mãe socioafetiva na certidão de nascimento de um rapaz de 19 anos, sem retirar o nome dos pais biológicos?

Entrevistada: A justiça, a lei, precisa encarar, enxergar a realidade de vida, esta é uma realidade! Tem pessoas que têm mais de um pai e mais de uma mãe, e hoje estas relações compostas, formadas pelos egressos de outras relações com filhos constituem vínculos afetivos. Por exemplo, o namorado da mãe passa a conviver com a filha desta, a filha sabe que aquele homem não é seu pai, mas constituem-se relações de afeto. A lei já possibilita a modificação do nome dos enteados, por exemplo, não vejo porque não permitir, esses fatos existem, as pessoas têm dois pais ou duas mães, e não há porque haver restrição legal nestes casos.

Pesquisadora: Esta é a tendência dos Tribunais Superiores?

Entrevistado: Sim, essa é uma responsabilidade da ética da justiça, pois se não reconhece não impõe obrigações e este é o maior compromisso da justiça, garantir os direitos de quem os detenha.