

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

LUCIANA COSTA POLI

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito de família e sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro
Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-086-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito de família. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Apresentação

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos aos leitores o livro, resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito de Família e Sucessões I, selecionados no XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Universidade Fumec e Escola Superior Dom Helder Câmara com apoio da CAPES e CNPq, com o tema A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, realizado em Belo Horizonte - MG, entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015.

Temos o prazer e o orgulho de prefaciar essa obra que reúne o primoroso e instigante conjunto de trabalhos resultantes de pesquisas e estudos elaborados por pesquisadores de diversas instituições de ensino superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho.

Foram abordados uma pluralidade de temas, cuja acurada análise mostra-se extremamente relevante para a consolidação de respostas eficazes aos problemas atinentes ao direito de família, suscitados pela complexidade da vida social contemporânea, pelo rápido desenvolvimento da ciência e da tecnologia e ainda na busca da sistematização das decisões dos tribunais.

Como o arguto leitor poderá observar, os artigos reunidos traduzem uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos do direito de família, aliados a uma visão crítica e reflexiva da atual da jurisprudência de nossos tribunais. Os textos são enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira, a possibilitar um intercâmbio essencial na busca de soluções para a incompletude e as imperfeições do sistema jurídico brasileiro.

A obra reflete o cuidado dos autores em investigar os contornos principiológicos do direito de família e das sucessões conformando-os aos ditames do Código Civil e da Constituição da República de 1988. São enfrentadas questões intrincadas como adoção por casais homoafetivos, indenização por dano moral no direito de família, dentre tantos outros.

O conjunto de textos ora publicado não tem a pretensão de trazer respostas definitivas às tormentosas questões jurídicas que envolvem o direito de família contemporâneo, mas é inegável que constitui expressivo contributo para levar adiante o trabalho sistemático e desafiador que a comunidade acadêmica brasileira vem empreendendo para dinamizar a compreensão e aplicação do direito de família e de sucessões

As discussões travadas traduziram a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

Na oportunidade, os Organizadores prestam suas homenagens e agradecimentos a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram essa obra coletiva de excelência.

O livro é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família, apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhe é característico. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família e de Sucessões como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

Há que se reconhecer que a realidade jurídica deve ser socialmente construída, abarcando perspectivas multidimensionais, pluralísticas e de maior sensibilidade, a posicionar a objetividade e a racionalidade em um plano periférico.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo labor dos pesquisadores do direito de família e de sucessões, visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli

PUCMINAS

Profa. Dra. Tereza Mafra

Faculdade de Direito Milton Campos

Profa. Dra. Valéria Galdino

Cesumar

NOVOS RUMOS DO DIREITO DE FAMÍLIA: A AFETIVIDADE COMO VALOR JURÍDICO

NEW FAMILY LAW OF DIRECTIONS: THE AFFECTIVITY AS LEGAL VALUE

Juliana Silva Dunder

Resumo

Com a família em constante transformação, a tutela sobre determinados temas ainda acontecem de modo lento. O Direito de Família, como um dos ramos que mais sofrem com as mutações sociais não tem sua tutela jurídica bem definida, o que deixa brechas à sua interpretação. O objetivo deste trabalho é refletir acerca da sobreposição da filiação socioafetiva à biológica, considerando fatores como a convivência, troca recíproca de afeto, dentre outros. Conforme firma a conclusão, ficou evidenciado que apesar de ainda estar em constante construção, a figura do afeto é um sentimento natural e não pode ser provocado e tampouco forçado. A filiação biológica não é um elemento que sobrepõe e garante a presença do amor, pois, a família não se funde apenas na procriação. Portanto, considera-se que o valor do afeto é de grande relevância nas searas jurídicas e familiares, sendo possível sua preferência à filiação biológica.

Palavras-chave: Direito de família, Filiação socioafetiva, Valor jurídico do

Abstract/Resumen/Résumé

With family in constant transformation, guardianship over certain issues still happen slowly. The Family Law, as one of the branches most affected by social change has a well-defined legal protection, which leaves loopholes for interpretation. The objective of this work is to reflect on the overlap of membership socioafetiva biological, considering factors such as coexistence, mutual exchange of affection, among others. As a firm conclusion, it was evident that although still in constant construction, the figure of affection is a natural feeling and can not be triggered, nor forced. The biological parentage is not an element that overlaps and ensures the presence of love, because the family does not melt only in procreation. Therefore, it is considered that the affections of value is of great importance in legal and family crops, it is possible you prefer to biological affiliation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family law, Socio-affective affiliation, Legal value of affection

1 INTRODUÇÃO

Não seria um exagero considerar que a família é uma das, senão a mais importante instituição que sustenta a célula base da sociedade. Esse reconhecimento vem disposto na Constituição Federal de 1988, que além de ser o mais importante documento do Estado, é parâmetro para as demais normas.

A seara familiar é um tema que vincula todas as pessoas humanas, justamente por ser um campo que não se restringe apenas ao Direito, já que em tantas outras envolvem situações de caráter social, moral, econômica, dentre outras. Dessa forma, é por meio da família que o indivíduo é inserido no espaço social coletivo e assim, ultrapassa as fases que o conferem plena capacidade de subsistência própria. A consequência disso é torná-lo um sujeito que contribuirá para a formação de mais e mais indivíduos, sejam eles de ordem biológica ou afetiva.

Para tanto, cumpre salutar que a família que aqui se coloca não é apenas aquela que se baseia em um modelo tradicional, formada pelos genitores e sua prole. Na atual conjuntura da pós-modernidade, não há restrição na forma organizacional das pessoas que compõem as sociedades e muito menos imposição que se restrinja apenas a esse modo de formação familiar.

A filiação afetiva vem ganhando notoriedade e se tornando um fenômeno comum frente às transformações experimentadas pelas famílias, que sem uma forma padronizada, tendem a se organizarem de acordo com a situação particular dos seus membros. No Brasil, apesar de não ser um assunto pacífico entre os estudiosos, o Direito de Família já vivencia uma realidade antes presente apenas no plano informal: o reconhecimento do vínculo afetivo como superior ao vínculo biológico.

O despertar para a investigação dessa problemática surgiu a partir de um caso de densa complexidade decidido no corrente ano pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual, privilegiou-se a socioafetividade à filiação biológica, excluindo esta última do vínculo familiar. Nesse sentido, o problema central a que este trabalho se propõe a refletir é acerca da possibilidade sobreposição dos vínculos afetivos aos biológicos, considerando que é essencial que toda e qualquer relação deva ser pautada no amor recíproco, o que independe de laços sanguíneos.

Para esta pesquisa que se caracteriza como sendo sociojurídica, utilizar-se-á do método de abordagem o hipotético-dedutivo, a partir da realização de uma revisão bibliográfica. Em relação às técnicas de pesquisa, também será utilizado o método da

documentação indireta, envolvendo pesquisa documental e bibliográfica aliada à leitura de obras doutrinárias, artigos jurídicos e demais produções acadêmicas pertinentes.

2 NOVO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A tendência de viver em grupos é uma característica que não se sabe ao certo o seu início. Com a evolução das espécies e consequente desenvolvimento intelectual, o ser humano começou a compreender que a convivência social com o grupo familiar era a mais importante célula de relacionamento.

Foi com o passar dos tempos que muitos conceitos foram criados, desconstruídos ou caíram em desuso, tudo isto por que o Direito de Família é um dos ramos jurídicos que mais se transformam, principalmente pelas constantes mudanças sociais que impulsionam novas reflexões de como a sociedade se comporta. Essas mudanças acontecem tão velozmente que as leis que regulam as relações sociais não conseguem acompanhar e acabam por deixar as franjas questões litigiosas que necessitam de tutela jurídica.

Nesse sentido, o Direito de Família passou por um marco regulatório muito importante, que foi sua constitucionalização. Isso significa a elevação da matéria pertinente à família para o plano legal máximo do Estado, que é a Constituição Federal de 1988 que em conjunto com a promulgação do Código Civil de 2002 trouxeram mudanças significativas nos novos caminhos percorridos pela sociedade, que em sua essência, perpassa por constantes transformações.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, especificamente no que concerne ao Direito de Família, Higgs Henrique Pereira Braga (2011, p. 19) explana sobre as mudanças:

Em seu art. 226, a CF/88 constitucionaliza especificamente o Direito de Família ao reconhecer a união estável, a família monoparental como entidade familiar, a igualdade entre os cônjuges, a facilitação do divórcio, a isonomia dos filhos. Ademais, embora o texto constitucional não cite diretamente o tema, há o trato jurisprudencial da união homoafetiva, para completar a diversidade de entidades familiares legitimadas.

Persistindo ainda nessa mudança constitucional sobre as novas fixações no que se refere à família, Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho (2003, p.59-60), evidenciam essas mudanças:

São as seguintes as regras fundamentais introduzidas pelo texto constitucional: a) a conceituação de família como base da sociedade e sob proteção do estado (art. 226, caput); b) a instituição da família pelo casamento (§ 1.º); c) a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 5.º); d) a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio (§ 6.º); e) a paridade de direito entre filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção (art.227, § 6.º). Além disso tudo, a Constituição reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus ascendentes (art. 226, § 4.º), bem como a união estável entre homem e mulher, esta para proteção do Estado (§ 3.º), a par de outras regras sobre deveres da família, sobre planejamento familiar, sobre adoções e sobre mecanismos de defesa do menor e do idoso (arts. 226 e 227 e seus parágrafos).

Então, a partir desse momento, não se trata apenas da evolução da família de maneira geral, extrapolando assim a ordem legal e superiorizando os laços afetivos em relação ao que diz a lei. Helder Martinez Dal Col (2002, p. 39) cita em sua obra:

A conotação de família vai muito mais além da regulação da mútua convivência pela lei.

[...]

A base afetiva da família, constituída sob os seguros laços da simpatia recíproca, tem merecido dos autores modernos ricas páginas que encerram pérolas jurídico-filosóficas, demonstrando uma nova concepção de família, baseada nos laços afetivos, na compreensão, no amor, afetando profundamente os pilares mestres do Direito, que tende a modificar-se para dar lugar a um novo estado de comportamento e um novo tratamento à família.

Certifica-se, então, que hoje a família está fortemente ligada pelos laços afetivos e sentimentos afins, modificando sua concepção e ensejando relações mais fortes e autênticas.

De fato, aconteceu uma nova remodelagem ao Direito de Família, principalmente direcionando a pessoa como o centro das preocupações no ordenamento jurídico, mudando os rumos e difundindo a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, §3 da Constituição Federal de 1988), como princípio basilar e norteador da criação de normas constitucionais, direcionadas para sua proteção.

E assim, notadamente, percebe-se que muitas mudanças foram sentidas na passagem do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, provocadas por esse fenômeno: a publicização do direito privado, que tem como garantia e fundamento, a superioridade da Constituição em relação às demais normas, que devem estar em consonância com a Lei Maior. Augusto César Teixeira Barbosa (2008) revela algumas dessas mudanças:

A família passou a ser composta de várias configurações que se possa imaginar: monoparental (pai ou mãe criando o filho sozinho), homoparental (casal de homossexuais, gays ou lésbicas, criando filhos de um dos dois, adotados ou frutos de inseminação artificial com óvulo ou espermatozoide de um dos membros do casal), recomposta (filhos de vários casamentos convivendo com pais recasados). Além disso, na família de hoje, conta-se ainda o de três mães para uma mesma criança. A primeira, dona do óvulo, a segunda, que hospeda o embrião e o feto por nove meses, e a terceira, a mãe social, casada com o homem que doou seu espermatozoide para a fecundação do óvulo.

O instituto da filiação passou por esse momento de renovação legal e não saiu ileso de novidades. Há muito vem se percebendo que o vínculo que une os seres humanos é muito mais forte do que apenas os laços sanguíneos, que não pode ser preponderante ao afeto recíproco. Durante muito tempo a filiação foi pautada nesse caráter que limita a relação entre os genitores e sua prole à questão biológica e deixa as margens quem verdadeiramente exerceu o papel afetivo.

Sob a mesma perspectiva, Paulo Lôbo elucidada:

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. A filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito, ainda fascinados com as maravilhas das descobertas científicas. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo (Princípio jurídico da afetividade na filiação).

Nesse sentido, com o intuito de entender o que significa filiação, Paulo Lôbo (2011, p. 216) apresenta o seguinte conceito:

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, maternidade. Filiação

procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.

Em consonância com o que apresenta o conceito do autor acima citado, filiação significa a relação familiar estabelecida entre duas pessoas que não implica necessariamente apenas o vínculo biológico.

Sob essa perspectiva, preceitua Laura Affonso da Costa Levy (2008):

A afeição se estabelece entre os pais e filhos, já nas primeiras semanas de vida, isto é, o vínculo de amor nada tem a ver com a filiação meramente biológica. O dever de cuidado, de proteção, de carinho, não se diferencia entre pais biológicos ou não, devendo ser perseguida a qualidade de vida do menor. Diante disso, àquele que deu amor ficará também obrigado a dar o pão.

A Carta Magna de 1988 trouxe profundas mutações e retirou a desconfortável diferenciação entre as espécies de filiação, como é assegurado no artigo 227, parágrafo 6º: “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”.

Estabelecida a igualdade entre filhos e filhas, independente se advindos de relações formais, este foi um grande passo para o rompimento de preconceitos sociais que acabavam por deturpar direitos e deveres e principalmente criar estigmas sociais que os colocavam em situação de ilegitimidade. Dessa forma, foi através do alcance dessa igualdade, assegurada também no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que se chegou à constante de que todos são iguais em direitos e deveres perante a lei, não mais diferenciando filhos havidos fora do casamento como ilegítimos.

Com efeito, o Código Civil de 2002, mais precisamente no artigo 1.593, trouxe em sua redação que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” o que alargou o sentido de ser parente não o restringindo apenas ao caráter consanguíneo.

O objetivo do legislador foi explicitar que a questão do parentesco não se limita apenas ao caráter biológico, o que antes era visto apenas na informalidade passou a ser objeto de lei.

A jurisprudência do STJ vinha concordando que a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica, apenas se essa pretensão fosse do próprio filho. Ou seja, antes da recente decisão da referida corte que em seu teor, manteve a adoção de um jovem maior de idade pelo padrasto, cominada com destituição do vínculo paterno mesmo sem o

consentimento do pai biológico, era acolhido a paternidade socioafetiva, apenas se o interesse não é do filho que está a procura de sua ancestralidade, mas do pai registral – e que não é pai biológico – ou de algum sucessor do mesmo.

3 HOMEM TAMBÉM ABORTA?

Há muito tempo vem se debatendo sobre o direito ao aborto, e em alguns países tal conduta possui respaldo jurídico para tal procedimento. No Brasil, de forma excepcional, admite-se que isto aconteça quando a situação estiver em consonância com a previsão legal.

Acontece que, tal fato, recai apenas sobre a mulher a responsabilidade pelo cometimento do aborto, isto se dá em decorrência do fator biológico que a faz gerar vidas.

A discussão que aqui se pretende fazer, ainda que seja muito pertinente, não é acerca da legalização ou não do aborto, mas sim, sobre um genitor que abandona ou até mesmo não se responsabiliza em momento algum pela sua prole. A indagação a ser feita é: será que ao renunciar o dever de cuidado para com a sua prole, um pai não comete um aborto? Ou então, quando o mesmo apenas arca apenas com questões financeiras?

Sobre essa reflexão, Rodrigo Pereira Cunha e Claudia Maria Silva (2006, p. 668) lecionam:

Na assunção de seus papéis de pais, os genitores não devem limitar seus encargos ao aspecto material, ao sustento. Alimentar o corpo, sim, mas também cuidar da alma, da moral, da psique. Essas são prerrogativas do “poder familiar” e, principalmente, da delegação de amparo aos filhos.

Assim complementam (2006, p. 674):

A transferência de valores com a inserção do filho na vida social ocorre por meio da convivência e do afeto. E o exercício da função paterna nunca poderá estar atrelado, unicamente, ao suprimento das necessidades materiais do filho. A supressão dessa função causa ao filho, especialmente na infância, prejuízos psíquicos, morais e afetivos, que, só com dificuldades e sofrimentos, poderão ser reparados no futuro. No caso judicial aqui adotado como referência, a paternidade foi inicialmente exercida, em sua plenitude. Na primeira infância, o filho desfrutou da segurança, da proteção do pai ao conduzi-lo pela mão, rumo à escola e à vida. Sentiu a presença do pai e almejou que ele ali permanecesse. Houve, entretanto, o corte paterno, a negativa da perpetuação do afeto e de todos os atributos próprios do pai. Tratou-se de abandono e de rejeição. O filho buscou o pai incessantemente, demandando a continuidade do amor, do afeto, de sua presença e participação, em momentos importantes de seu desenvolvimento. E não mais encontrou aquele que um dia foi seu pai.

Isso significa dizer que a responsabilidade dos genitores para com a sua prole não se resume a tão somente garantir a sobrevivência material. Talvez isso seja o menos importante se comparado ao que o amor pode oferecer. Obviamente há de se convir que esses aspectos materiais são essenciais para a vida humana, porém, a afetividade recíproca é capaz de abrir caminhos e romper barreiras que muitas vezes são tidas como impossíveis.

Acerca da função paterna, seguindo a mesma linha de pensamentos dos autores acima citados (2006, p. 672) aduzem:

A função paterna sempre esteve atrelada à idéia de manutenção, de provimento, de poder sobre os demais componentes da família. Com o declínio do patriarcalismo e a luta por direito à igualdade entre homens e mulheres, essas concepções se alteraram. A figura paterna, entretanto, persiste relacionada à segurança, à proteção, ao acolhimento. Um elemento relevante para a afetividade e o crescimento saudável é a segurança que pode ser encontrada na família, entre os entes queridos, com os quais nos relacionamos desde o início de nossa existência. Consideramos, aqui, a diversidade de formas de famílias, pois para o sujeito interessa a inserção em um núcleo familiar, onde possa receber e dar amor, afeto, segurança e amparo. Para a criança, a segurança está vinculada à certeza do amor, à sua aceitação constante, ao acolhimento. A aceitação incondicional por parte dos pais é um elemento importante do amor.

Com efeito, essa função paterna nem sempre foi alicerçada em bases que abarcam as nuances do amor. A figura do pai, por exemplo, no patriarcalismo, tinha função autoritária para com os membros da família. A esposa e mãe não possuía autonomia em suas decisões e apenas figurava papel no âmbito privado. Nesse momento é possível compreender a transição do “Pátrio poder” para “Poder familiar”. Acerca desse entendimento, Midian Moura Maymone de Melo (2010, p. 253-254): tece o seguinte comentário:

A evolução do termo “Pátrio Poder” para “Poder familiar” ocorreu em face da revolução que a entidade família sofreu ao longo do século XX. O Brasil, que antes era um país em que a família era lastreada na figura do poder paternal e marital, passou a ser, no fim do século passado, uma nação onde a figura feminina cresceu e tornou-se essencial na relação familiar, uma vez que a emancipação da mulher, configurada no direito ao voto, possibilidade de divórcio, com o Estatuto da Mulher casada de 1962, maior participação no mercado de trabalho, criou outras estruturas familiares, em que a mulher – casada, solteira ou divorciada – assumiu a função de “chefe” da família.

A limitação da mulher apenas na seara privada e sua inserção em ambientes públicos a tornou independente, bem como participativa nas decisões referentes à família. Sua não restrição ao ambiente doméstico vem sendo desconstruída como algo inerente ao seu gênero.

Entretanto, isso ainda faz parte muito mais do plano teórico do que prático. A mulher ainda precisa provar sua capacidade (e em muitos casos até sua superioridade) para que seja tratada de forma igualitária em relação aos homens.

Com efeito, majoritariamente recai sobre a mulher a responsabilidade de criar sua prole, isso se dá em decorrência dos resquícios deixados pelo patriarcado, no qual, cabia ao homem apenas prover a subsistência da família através do financeiro.

Atualmente, em virtude de todas as transformações acontecidas, a família não se constitui antigamente, no qual, pessoas se uniam sem que houvesse nada em comum. Hoje em dia as facilidades de ordem moral e burocrática para a constituição ou desconstituição de uma entidade familiar fazem com que a convivência forçada não seja necessária, o que de igual modo não acontece quando esta relação envolve os genitores e a prole. O vínculo amoroso entre os cônjuges da relação pode ser quebrado a qualquer momento, mas o vínculo que une pais, mães, filhos e filhas é eterno.

Dessa forma, Rodrigo Pereira Cunha e Claudia Maria Silva (2006, p. 679) tecem o seguinte comentário:

O sofrimento faz parte da vida e os adultos são responsáveis por seus encantos e desencantos amorosos. Os pais são responsáveis pela educação de seus filhos – aí pressupondo-se, cuidados, afeto, apoio moral, atenção. Abandonar e rejeitar um filho é violar direitos. A toda regra jurídica deve corresponder uma sanção, sob pena de se tornar somente regra moral. Uma das razões da existência da lei jurídica é obrigar e colocar limites.

Portanto, independentemente da gênese do vínculo, quando este for alicerçado de amor e afeto, o resto é passível de superação. No próximo tópico será abordado sobre a importância do afeto nas relações familiares.

4 A “DITADURA DO AFETO”?

As famílias se transformaram e os núcleos familiares também sofreram modificações em seu arcabouço e modos organizacionais. Isto por que os núcleos familiares passaram a apreciar um fator cogente para sua formação: o amor e suas nuances.

Sob essa perspectiva, Rolf Madaleno (2008, p. 66) comenta:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua

intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles.

Na mesma linha de raciocínio, Rodrigo Pereira Cunha e Claudia Maria Silva (2006, p. 667) colocam a importância do afeto para as relações familiares:

Por razões culturais, sociais, políticas e ideológicas, a família mudou e o ordenamento jurídico vem buscando responder a essas mudanças. Sozinho, o elo biológico ou genético não sustenta a base familiar. O afeto, o respeito, a vontade de seguir juntos e o tratamento igualitário vêm se tornando o elo entre seus componentes.

Baseada na afetividade, o novo modelo familiar não pode apenas se limitar ao vínculo biológico, no qual, este é insuficiente para amar ou não alguém. A figura do legislador pode em qualquer tempo aplicar alguma sanção legal que se reverta em alguma medida punitiva, mas nunca a exigibilidade do amor, pois, este surge através da convivência e principalmente a reciprocidade afetiva.

José Sebastião de Oliveira (2002, p. 235) aduz:

É dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar.

Não muito longe, o vínculo familiar era aquele ligado apenas pelos laços sanguíneos. Nesse ritmo de tantas modificações, talvez a maior delas tenha sido o destaque para a afetividade. Nesse sentido, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.41) aduzem:

É certo e incontroverso que, nesse passo, a família caracteriza uma realidade presente, antecedendo, sucedendo e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico (compreensão setorial), para buscar uma dimensão mais ampla, fundada na busca da realização pessoal de seus membros. Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes são os referenciais da família contemporânea.

Busca-se, acima de tudo, a realização pessoal dos seus membros como uma meta coletiva, como um dever universal dos membros familiares, entretanto, nem sempre foi assim.

A transição do modelo em que se concentravam as decisões no esposo e pai aconteceu de forma gradual e lenta e infelizmente ainda não superável.

Dessa forma, Guilherme Calmon Nogueira Gama (2008) explica:

A família consiste, nesse contexto, em comunidade intermediária que se funcionaliza à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, demonstrando seu fundamental papel: aquele de servir de instrumento para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais das pessoas humanas que a integram. Não há mais lugar, no mundo atual, para o Direito de Família aristocrático, ou seja, aquele objetivava tutelar a família “legítima”, detentora de patrimônio e da paz doméstica, como valores absolutos, sem qualquer conteúdo ético e humanista nas relações travadas entre os partícipes de tal organismo familiar

Partilhando do mesmo pensando, assim aduz Paulo Lôbo (2002, p.345):

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desaparecem 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 sua finalidade precípua.

Dessa forma, falar em afetividade significa também falar em solidariedade. O princípio da solidariedade está situado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal vigente. O cuidado entre os seus entes que recebe forças advindas desse princípio que se revela importante para a harmonia, criação e formação da relação familiar. Flávio Tartuce (2011, p. 987) nos apresenta este princípio no âmbito constitucional:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

Maria Berenice Dias (2011, p.66) demonstra a importância desse preceito:

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

Com isso atesta-se a pertinente relevância deste elemento no ordenamento jurídico, principalmente nas relações sociais e afetivas. É imperioso ressaltar a importância desse princípio para regência das relações familiares, implicando assim no respeito e consideração mútua em relação aos membros da família (TARTUCE, 2006).

O paradigma anterior da formação da família era motivado pela manutenção do patrimônio e procriação, que difere do modelo atual, baseado no afeto. Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 70) explicitam essa transição:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.

A citação demonstra a evolução da família brasileira, deixando de ser um instituto com fins unicamente patrimoniais, passando a ter proteção e tutela do núcleo que constitui as entidades familiares.

Acerca do princípio da afetividade, Paulo Luiz Neto Lôbo consagra:

Impõe-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 ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.

Certo é que o afeto não pode ser exigível, por ser um sentimento que nasce espontaneamente e não é obediente à razão (ou ao que se é tido como razoável), como acontece nas relações, sejam elas familiares ou de qualquer outra ordem.

Dessa forma, cumpre aqui salutar a principal diferença entre o princípio da afetividade e o afeto: o princípio decorre da comunhão de vidas, da afetividade como peça

para a formação de uma entidade familiar que zela pelo cuidado, proteção, principalmente a união da família com indicação implícita na lei; enquanto que o afeto é um sentimento com maior amplitude, que se lacia no carinho e no querer bem, ultrapassando a esfera legal e familiar.

Nesse sentido, o que não se pode desprender é da importância da afetividade, que é a base de sustentabilidade para qualquer relação e principalmente a que está em foco, que são as relações familiares. Portanto, a afetividade é elemento essencial para relação familiar, principalmente para harmonia amorosa entre os entes familiares.

5 A RECENTE DECISÃO DO STJ

Recentemente, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu por manter a adoção de um jovem maior de idade pelo seu padrasto, que não precisou do consentimento do pai biológico. Isso porque em consonância com a decisão, estabelecido o liame afetivo, a adoção de pessoa maior não pode ser recusada pelo genitor biológico, principalmente quando o adotante e o adotado manifestam livre vontade.

Segundo a notícia veiculada pelo site do STJ (2015):

Um homem ajuizou ação de adoção de maior de idade combinada com destituição do vínculo paterno. Ele convive com a mãe do jovem desde 1993 e o cria desde os dois anos. Sem contato com o filho há mais de 12 anos, o pai biológico foi citado na ação e apresentou contestação.

O juiz de primeiro grau permitiu a adoção, considerando desnecessário o consentimento do pai biológico por se tratar de pessoa maior de idade, e determinou a troca do nome do adotando e o cancelamento do registro civil original.

A negativa da apelação interposta pelo pai biológico em sede de segunda instância foi o que motivou para a decisão ser feita pelo STJ. O fundamento se baseou na violação do artigo 1.621 do Código Civil e do artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), justificando que seria indispensável para a adoção o consentimento de ambos os pais biológicos, mesmo quando um deles exerce sozinho o poder familiar.

De acordo com o que consta na notícia, única fonte de informações já que se trata de um processo que segue em segredo de justiça e portanto, não tem seu número revelado, o pai biológico reconheceu a ausência na vida do seu filho justificando na falta de recursos financeiros e consequente culpa psicológica por não poder contribuir.

O ministro relator do recurso, Villas Bôas Cueva destacou:

O direito em tela discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade. Nesse sentido, o ordenamento jurídico autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (artigo 1.625 do Código Civil).

Para o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) através da advogada Silvana do Monte Moreira que também é presidente da Comissão Nacional de Adoção do IBDFAM “a decisão é um avanço no reconhecimento de que a socioafetividade suplanta os laços de sangue.” E complementa:

Estamos, neste exato momento, travando uma enorme luta contra o Estatuto da Família, que restringe família aos pais e descendentes, valorizando laços sanguíneos despidos de afeto. Esta decisão é mais uma resposta ao preconceito e ao reconhecimento de que o cuidado e o amor criam verdadeiros laços de parentalidade e filiação.

O que acontece nos dias atuais é que há uma tendência do Direito de Família brasileiro em sobrepor a filiação afetiva à biológica, o que reflete diretamente que pai é aquele que ama e convive e não apenas aquele que possui vínculo biológico.

Esse caso, mais precisamente, reflete o quanto é importante a presença da afetividade como um fundamento jurídico nas relações familiares. A afetividade passou de um elemento secundário para um elemento essencial e, portanto, tem sua utilização como elemento definidor na fundamentação da decisão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família sem dúvida alguma vem passando por mutações expressivas no que se refere ao seu amparo e o Direito como ente regulador das relações sociais não pode se abster disso. Uma das maiores transformações nesse ramo é a tutela jurídica do afeto, principalmente o reconhecimento do afeto dentro das relações familiares a partir da compreensão de sua fundamentalidade não só para a família, mas para o próprio o indivíduo enquanto sua condição de humano.

Hodiernamente, o afeto teve incorporado ao seu significado valor jurídico e assim, tem tratamento de princípio, que atua como mecanismo interpretativo da norma. Há de se

considerar que a afetividade passou a exercer função norteadora no Direito das Famílias. A família se transformou e passou a ser guiada muito mais pela subjetividade da convivência do que as estruturas normativas, que não acompanham no mesmo tempo tantos avanços na sociedade.

Ademais, a Constituição Federal deu nova roupagem ao Direito de Família na ocasião de sua constitucionalização, pois estabeleceu entre muitas coisas, deveres para os genitores e sua prole, tais como, a assistência, criação e educação. Estes deveres não podem ser considerados apenas de cunho material, mas sim amorosos e afetivos, já que é insuficiente apenas prover elementos dessa ordem.

Como é defendida em todo o texto, a afetividade é um fator essencial para toda e qualquer relação, devendo sim a vinculação socioafetiva ser sobreposta ao fator biológico, uma vez que a convivência é fator preponderante aos laços sanguíneos.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. **Evolução da família nos vinte anos de constituição federal brasileira**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942. Acesso em: 20 ago. 2015.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRAGA, Higo Henrique Pereira. Direito de Família. In: Silvio Neves Baptista(coord.) **Manual de direito de família**. 2 ed. Recife: Bagaço, 2010. p. 253-262.

BRASIL. Código civil 2002. **Código civil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Ado%C3%A7%C3%A3o-de-adulto-pelo-padrasto-dispensa-consentimento-de-pai-biol%C3%B3gico
Acesso em 20 ago 2015

DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei no. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. Atlas, 2008.

IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5601/+STJ+autoriza+ado%C3%A7%C3%A3o+de+adulto+por+padrasto+sem+o+consentimento+do+pai+biol%C3%B3gico>
Acesso em: 20 ago. 2015

LEVY, Laura Affonso da Costa. **Investigação de paternidade no direito moderno: direitos, limites e possibilidades**. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/12146/1/a-investigacao-da-paternidade-nodireito-moderno-direito-limites-e-possibilidades/pagina1.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Identidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte. Anais. Belo horizonte: Del Rey, 2002, p. 329-351

MELO, Midian Moura Maymone de. **Poder Familiar**. In: Silvio Neves Baptista(coord.) Manual de direito de família. 2. ed. Recife: Bagaço, 2010. p. 13-22.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. SILVA, Maria Claudia. **Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono afetivo**. Disponível em: www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf. Acesso em: agosto de 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: **Direito das Famílias**. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.