

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
CURSO DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

PATRÍCIA MARIA FURTADO COSTA

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES  
PATERNO-FILIAIS

Biblioteca UESPI - PHB  
Registro Nº M 362  
CDD 342.16  
CUTEL C 837 a  
V 01  
Data 17 / 09 / 12  
Visto marcelo

PARNAÍBA  
2012

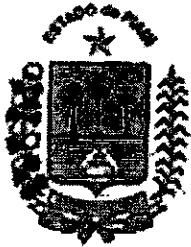
**PATRÍCIA MARIA FURTADO COSTA**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES  
PATERNO-FILIAIS**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí/UESPI, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas, sob a orientação do prof. Emmanuel Rocha Reis.

BIBLIOTECA-UESPI  
REGISTRO 377  
DATA 12/03/12  
DIREITO

PARNAÍBA  
2012



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ  
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ  
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

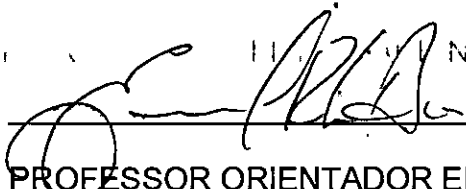


## MONOGRAFIA

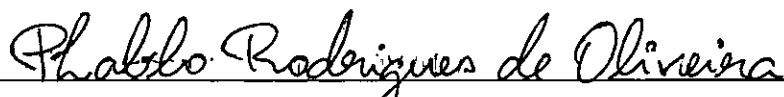
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES PATERNO-  
FILIAIS

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ  
de  
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
PATRÍCIA MARIA FURTADO COSTA

**Resultado: APROVADA**

  
\_\_\_\_\_  
PROFESSOR ORIENTADOR EMMANUEL ROCHA REIS

  
\_\_\_\_\_  
PROFESSOR EXAMINADOR PEDRITA DIAS COSTA

  
\_\_\_\_\_  
PROFESSOR EXAMINADOR PHABLO RODRIGUES DE  
OLIVEIRA

Dedico este trabalho a dois homens que considero a personificação do próprio amor: meu amado.

Filho Arthur, inspiração para este trabalho, para tudo o que faço, para minha própria vida.

E a meu amado esposo Rafael, alento para minha' lma e Meu ser.

Agradeço primeiramente ao meu bom Deus por tornar-me capaz de realizar este trabalho.

À minha amada mãe e amiga Conceição Macau presente em todas as minhas realizações e conquistas, cujas palavras não são suficientes para demonstrar toda a minha eterna gratidão.

A professora Maria do Rosário, pessoa que por tantas vezes se tornou para mim apoio e fortaleza incondicional.

Ao professor Emmanuel Rocha Reis e professor Roberto Cajubá, pela orientação e disponibilidade, sem os quais não seria possível a realização dessa obra.

Ao meu amigo Rafael Bruno Almeida por toda a atenção e amizade sincera dedicada.

*''Paz e harmonia: eis a verdadeira riqueza de uma família.''*  
*Benjamim Franklin*

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar as mudanças ocorridas no âmbito familiar em virtude das transformações, culturais, morais, sociais, tecnológicas e, de como o Direito de Família acompanhou essa evolução. Ao longo do trabalho será possível perceber que, o comportamento social e a vida familiar evoluíram de tal maneira a afastar-se do paradigma estabelecido pelo Código Civil de 1916, onde o modelo familiar era calcado na desigualdade de seus membros, desprovida de valores e princípios constitucionalmente reconhecidos e essenciais para a sua formação e plenitude. Este trabalho procura exaltar a família como uma entidade constitucionalizada, na qual todos os seus membros trabalham para manter o bem estar de cada um que a compõe, onde o respeito, igualdade e dignidade dos que a formam serão amparados e resguardados pela lei Mor (Constituição de 1988), que passou a reconhecer o papel jurídico deste instituto, que passou a amparar novas formações de entidades familiares e que reconheceu o valor jurídico do afeto. Neste âmbito o Princípio da Afetividade ganha a posição de Princípio solar das relações familiares contemporâneas. O papel de pai e mãe ganhara outro tônus, assim como o de filho. Comprovar-se-á que a entidade familiar vai muito além de um aglomerado social formado por indivíduos com a mesma consangüinidade, e que para formá-la é necessário que acima de tudo haja o desejo de compartilhar laços de afeto e amor, de conviver de maneira harmônica, respeitando a importância de cada indivíduo que forma a família, resguardando a dignidade na qual todos os seus indivíduos têm por direito.

**Palavras-chave:** Família, Código Civil de 1916, Constituição de 1988, Afeto, Princípio da Afetividade, Dignidade.

## ABSTRACT

This work analyzes the changes in the family because of the transformations, cultural, moral and social, of how the family law followed this evolution. Throughout the work will be possible to see that the social behavior and family life have evolved in such a way as to depart from the paradigm established by the Civil Code of 1916, where the family model was underpinned by the inequality of its members, devoid of values and principles currently constitutionally recognized and essential to their training and fulfillment. This paper seeks to exalt the family constitutionalized as an entity in which all its members work to maintain the well being of each of the compounds, where respect, equality and dignity of the form will be protected and guarded by law Mor (Constitution 1988), which came to recognize the legal role of the affection, support new family formations and bodies that recognized the legal validity of affection. In this context the principle of Affectivity wins the position of Principle solar contemporary family relationships. The role of father and mother had won another tone, like son. Check heating-up, the family unit is much more than a social cluster made up of individuals with the same blood, and to form it is above all necessary that there is a desire to share bonds of affection and love, to live in harmoniously, respecting the importance of each individual that makes up the family, protecting the dignity in which all individuals have their own right.

**Keywords:** Family, Civil Code of 1916, the 1988 Constitution, affection, Principle of Affection, dignity.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I - ASPECTOS SÓCIO-JURÍDICOS INERENTES AO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....</b>	<b>10</b>
1.1 A aplicabilidade do princípio da afetividade no âmbito familiar .....	13
<b>CAPÍTULO II-O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES.....</b>	<b>18</b>
2.1 A aplicação do princípio da afetividade em face das relações familiares na visão Constituição de 1988.....	18
2.2 A desbiologização dos aspectos familiares.....	25
2.3 Os novos paradigmas de família e a posse do estado de filho em face da afetividade.....	28
<b>CAPÍTULO III – MUDANÇAS OCORRIDAS NO MODELO FAMILIAR EM VIRTUDE DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....</b>	<b>35</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>38</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>39</b>

## INTRODUÇÃO

A entidade familiar representa a célula mãe da sociedade. É nela que acontecem as principais transformações que irão influenciar, mudar e renovar todo um contexto social. Por esta característica peculiar, o direito de família é o ramo do Direito a mais sofrer pressões entre fato social e norma jurídica.

Também recai sobre essa área do direito a pretensão de estabelecer e definir legalmente, o que está fora do dito normatizável, ou seja, o afeto e a sexualidade humana. Partindo-se desse contexto, onde se insere o direito de família, é importante constatar que a evolução dos tempos, conseqüentemente, fizeram com que as condutas, comportamentos e valores trouxessem significativas alterações para a vida dos indivíduos, portanto para a vida em família.

O direito enquanto ciência social acompanha essas transformações. Comparemos a família do Código Civil de 1916, vinculada á uma realidade sócio-econômica de uma época em que a atividade era preponderantemente rural onde os próprios integrantes trabalhavam para a riqueza da instituição familiar, visando a sua perenidade. Para tanto, os homens imperavam por ser força ativa nessa unidade de produção. As mulheres eram relegadas a segundo plano e os filhos tinham suas profissões, casamentos, direcionados à continuidade de uma família de caráter patriarcal e transpessoal.

Nessa esteira, o matrimônio delineava os limites de quem deveria integrar o cenário cultural e fruir os direitos dele provenientes. Dessa forma, os descendentes de pessoas casadas entre si tinham a condição de filho e todos os direitos que dela emanam. Já, aquelas pessoas que nasciam de um casal que não tivesse certidão de casamento, independentemente do motivo, eram renegadas pela sociedade e não tinham direito algum perante o ordenamento jurídico.

O comportamento social e a vida familiar evoluíram. As relações de convivência familiar e social já não são mais as rigidamente estabelecidas pelo Código Civil de 1916, em que o modelo único de família era fundado na desigualdade e sustentado pelo patriarcado, onde ao homem cabia a concentração do poder econômico e social da família; em que á mulher restava a tarefa precípua da procriação e educação da prole, onde os filhos diferenciavam-se em direitos e tratamentos pelo sexo ou origem.

A família contemporânea não se conforma mais com as atribuições estabelecidas de ser homem ou mulher. Ser filho não significa mais estar sujeito aos desígnios do pai; a família não é mais e somente o lugar de perpetuação dos laços de sangue, de preservação do nome e patrimônio dos antepassados. A família contemporânea é plural, incorporou modificações ocorridas nos costumes de nossa sociedade por fatores de ordem econômica, social e tecnológica.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, foi reconhecido o papel jurídico do afeto, o que irradiou um novo enlace para as normas jurídicas, tornando possível também uma interdisciplinaridade entre as diversas disciplinas que tratam das múltiplas formas de organização familiar, tanto sob o viés dos relacionamentos pessoais entre o casal quanto no que atine a uma nova forma de ver e conceber a filiação.

Na família contemporânea, a afirmação do afeto é quesito apto a determinar a verdadeira relação de paternidade, posto que, exercida com a responsabilidade idealizada pela lei.

É através do afeto que se constroem as relações interpessoais formadoras da família, motivo pelo qual merece maior atenção da área jurídica, devendo, assim, a base da sociedade ser centrada na dignidade da pessoa humana.

Assim, o afeto que tratava unicamente de um sentimento, passou a ter valor jurídico na esfera das relações familiares, sendo instrumentalizado através do princípio da dignidade da pessoa humana e passando assim a ser considerado atualmente como o responsável pela unificação formação e consolidação das relações familiares.

## CAPÍTULO – I

### 1. ASPECTOS SÓCIOS JURÍDICOS INERENTES AO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade tem fundamento na constituição federal brasileira, não se resume exclusivamente a um princípio ou fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que diz respeito aos filhos, a evolução dos valores inerentes à sociedade, levou progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. No âmbito jurídico e principalmente no âmbito do Direito de Família, a afirmação de sua natureza como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade ganhou força e mudou definitivamente a maneira de consagrá-la.

Na Constituição Federal Brasileira existem três fundamentos que são imprescindíveis e inerentes ao Princípio da Afetividade, e que constituem e mostram a evolução da família, e que se tornaram máximos desde o advento da Constituição de 1988. São eles:

- I – Todos os filhos são iguais independente de sua origem (art. 227, §6º);
- II – A adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano de igualdade de direitos (art. 227 §§ 5º e 6º);
- III – A comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226 §4º).

Antes do advento da Carta Maior 1988, a filiação era definida da seguinte maneira: entre filhos legítimos e ilegítimos, demonstrando que a origem genética era a grande responsável pela essência das relações familiares.

Atualmente a Constituição Federal não tutela apenas a família advinda do matrimônio e não estabelece mais a distinção entre filhos biológicos e adotivos ou, qualquer que seja a sua origem. As pessoas que se unem tendo o afeto como o responsável por essa comunhão, tendo, querendo ou não podendo ter filhos, é família protegida pela Constituição Brasileira.

A igualdade entre filhos biológicos e adotivos fez ganhar ainda mais relevância o fundamento da filiação. A concepção de família formada por um único pai ou mãe e seus

filhos, tem e deve possuir à mesma dignidade de família consagrada pelo matrimônio. O que há de comum nessa nova concepção de família, plural e democrática é a relação entre eles, fundada no amor e, sobretudo, no afeto, pois, é o grande responsável pela formação da família contemporânea.

É imposta a distinção entre origem biológica e a verdadeira noção de paternidade e de maternidade. Em outras palavras, a filiação não é algo que se determina apenas pela origem biológica, mesmo que seja da natureza humana a atividade natural relativa à procriação e, mesmo que na maioria dos casos a filiação seja um instituto calcado da relação derivada da origem biológica, ela emerge da construção paulatina, cultural e afetiva que se faz através da convivência. O afeto não é um fruto do biologismo. Os laços de afeto se tornam sólidos e perenes quando se há amor e uma convivência harmônica.

A história do direito de família encontrava-se intimamente ligado ao destino do patrimônio familiar, ligado também à consanguinidade legítima. Por isso, é lenta a emancipação dos filhos, e a das desigualdades existentes dentro do antigo modelo familiar, que acontecia na medida da despatrimonialização das relações entre elas existentes.

Aos juristas, impõe-se o desafio de acompanhar os avanços ocorridos no âmbito familiar, e de enxergar principalmente, o direito de família, em toda sua dimensão e, por todos os seus ângulos. Os sujeitos de direitos são mais que apenas titulares de bens e a eles deve ser imposta a materialização de direitos. Restaurar a primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição indispensável para a adequação do direito à realidade e aos fundamentos concernentes à Constituição.

Graças a uma Constituição que prima pela humanização das relações familiares, a família pode recuperar a função que, por muito tempo, esteve esquecida das suas origens mais antigas de formação; de grupo unido por laços de afeto, vivendo em comunhão de vida.

O princípio da afetividade faz emanar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, o respeito aos direitos fundamentais, bem como o sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser subjugada pelo prevalecimento dos interesses relativos ao patrimônio. Pode-se dizer, portanto, que, a pessoa humana colocou-se à frente nas relações familiares.

Essas mesmas relações e o desenvolvimento científico tendem a encontrar a harmonização entre o direito da personalidade e ao conhecimento da origem genética, até porque existe a necessidade de concretizar um direito de família que priorize o ser humano em todos os seus aspectos, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio da afetividade.

Na atual perspectiva da Família constitucionalizada pela Carta Maior de 1988, democrática e igualitária, a afetividade passa a desempenhar um papel de extrema relevância, sendo considerada o instrumento de ideais de cooperação nunca antes imaginados. A afetividade que deve ser baseada no amor, carinho, atenção, respeito e cuidado, atenção e todos os outros valores a ela ligados, passa a inspirar a dinâmica das relações familiares atuais.

Seguindo essa linha de intelecção, edifica-se mais uma vez a importância da afetividade e outros valores como a solidariedade, por exemplo, para a sadia construção da personalidade, exigindo que as pessoas façam dessas relações, algo permeado pela responsabilidade como dever de cuidado e de proteção recíprocos, numa dinâmica de vida em comum, onde os membros de uma família estejam comprometidos com os sólidos laços afetivos e a promoção do bem-estar e cuidado para com todos.

A afetividade passa a ser um axioma, em busca da igualdade, não apenas a igualdade formal, mas aquela consubstanciada nos valores constitucionalmente protegidos efetivando o respeito às diferenças das pessoas, desempenhando importante papel para a construção da personalidade de cada indivíduo.

Quando o respeito à pessoa, à sua identidade, à sua individualidade e aos seus anseios começa a ser observado, gera uma preocupação não somente de desejar, mas de promover o bem-estar da família.

O respeito permeia, de modo mais intenso e expressivo, as relações na dinâmica da família, não são mais uma forma de subjugar, de impor, mas de considerar o outro nas suas diferentes formas de manifestação.

O atual conceito de família aponta para uma aceção mais exigente, mais além da aceção de outrora, amparada pelo Antigo Código Civil, constituindo em ambiente que deve favorecer o pleno desenvolvimento dos indivíduos que compõem a família.

A família não é mais uma instituição com fim em si mesma, passou a assumir um caráter instrumental, passando ser o principal meio de promoção da pessoa. Assim, os membros de uma família passam a viver em espírito de solidariedade e cooperação mútua, buscando auxílio recíproco, promovendo a realização daqueles com quem dividem o espaço mais íntimo e privado: o espaço familiar.

Nessa nova ótica de interação, a família estruturada sob a orientação do Princípio da Afetividade encontra ambiente favorável ao desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos, à formação integral da pessoa, sendo construída sobre o cuidado, o respeito, o afeto, o amor e o carinho. Palavras com sentido próximo, passam a merecer especial conteúdo

valorativo na ótica da família constitucionalizada do novo milênio.

As várias manifestações de família originam novas espécies de relações familiares. Tem-se hoje, um Direito de Família plural, imperioso que são observadas regras de convivência capazes de vencer as dificuldades e buscar uma dinâmica de vida equilibrada e que atenda aos anseios de cada um dos membros da entidade familiar, efetivando o caráter instrumental da família contemporânea.

A responsabilidade de estruturar as relações familiares se mostra bastante complexa, devendo ser compreendida sob três aspectos: criar sólidos laços afetivos, auxiliar a dinâmica das relações familiares através da cooperação recíproca e minimizar os conflitos a fim de promover o equilíbrio no âmbito familiar.

Não se tem como finalidade este trabalho propor uma idéia de felicidade eterna, utópica, inatingível, mas que haja progressiva superação das diferenças que causam conflitos, através de posturas baseadas no respeito e na criação, no desenvolvimento e na manutenção de laços afetivos capazes de suportar as diferentes e situações de vida que se apresentem.

Os laços afetivos possibilitam que as pessoas amem-se, e que coloquem este amor acima dos preconceitos e paradigmas pré-estabelecidos. Respeitem-se e desejem a felicidade um dos outros, como deve ser. Esta atitude permite construir pontes sobre todos os abismos que possam interferir e prejudicar a relação entre as pessoas que compõe o núcleo familiar, ligando as pessoas por vínculos perenes, verdadeiros e sólidos.

O afeto é o que impulsiona o desenvolvimento do senso de respeito e de cuidado nas relações familiares. Não apenas sob a ótica jurídica. Também sob a ótica da Psicologia, o afeto se evidencia como uma verdadeira “âncora do sentido”.

A afetividade se materializa nas condutas de respeito e de cuidado, na busca do bem-estar, na construção da auto-estima, na busca incansável de atender às necessidades e aspirações uns dos outros, na aceitação recíproca e na compreensão.

Maria Berenice Dias consagra o afeto como verdadeiro direito fundamental, permitindo projeções do mais alto relevo, como o reconhecimento da igualdade entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva.

### **1.1 A aplicabilidade do princípio da afetividade no âmbito familiar**

As famílias mudaram bem como os seus núcleos, sofrendo significativas alterações tanto na estrutura, como em sua composição. A família composta por diversos membros começou a perder força ao longo dos anos, isto devido a diversos fatores sociais,

econômicos, científicos e tecnológicos, sem esquecer da ascensão social da mulher.

A família formada apenas por filhos legítimos ou por imposição legal, também perdeu espaço; porque os núcleos familiares passaram a valorizar fatores mais importantes para sua formação: amor e afeto, por exemplo.

Fica evidente a nova tendência da família contemporânea, onde a composição é baseada no Princípio da Afetividade. Sabe-se, que legislador não tem como criar ou impor a afetividade como regra para todos e da mesma maneira, pois esta surge pela convivência entre as pessoas e reciprocidade de sentimentos.

Segundo Oliveira (2002, p. 233),

a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.

Com essa situação estamos diante do que BORDA (2002) chamou de *estado de família*, que se resume na posição que uma pessoa ocupa dentro de um núcleo familiar.

Esse estado de família que foi mencionado acima pelo jurista argentino, mostra um claro exemplo da família baseada na cooperação, respeito, cuidado, amizade, carinho, afinidade, atenção recíproca entre todos os seus membros que a integram.

O afeto encontrava-se presente nas relações familiares tradicionais, sendo caracterizadas no tratamento/relação mútuo entre os cônjuges e destes para com seus filhos, que se vinculam principalmente pelo sangue, amor e carinho, que eram fatores, quase nunca mencionados.

A "adoção à brasileira", até os dias atuais, muito presente, é configurada pelo fato em que a paternidade não prescinde de vínculo biológico, encontrando guarida no art. 1.593 do Código Civil, quando dispõe que o parentesco pode resultar de "outra origem".

Essa modalidade de adoção, também se fazia comum nas entidades familiares antecedentes à atual. Uma criança era criada como se filha fosse, no entanto, seus direitos não seriam reconhecidos como os dos filhos biológicos.

Mas para que seja configurada esta formação familiar, faz-se indispensável que, alguns pontos sejam elucidados, dentre eles, a posse do estado de filho, o estado de filiação e a valoração do afeto como valor jurídico formador do núcleo familiar, os quais irão ser analisados a seguir.



## **I – Posse do estado de filho**

Tomando por base o conceito genérico de posse, encontraremos na doutrina bem como nos pronunciamentos dos tribunais, que esta é a manifestação, de externar um domínio ou propriedade.

Esse conceito de posse não pode se restringir apenas ao Direito das Coisas, para determinar quem é ou não possuidor de determinada coisa ou bem, devendo, também, ser estendido a outros ramos do Direito como o de família por exemplo.

No contexto da família contemporânea, influenciada diretamente pelos preceitos da Carta Maior de 1988, novos conceitos surgiram como, por exemplo, filiação sócioafetiva, que externa a posse do estado de filho, e que reflete, as novas tendências no que diz respeito às relações de parentesco e mudam também os antigos conceitos de pai e mãe.

No Direito brasileiro, sempre existiu certo conflito entre a paternidade/filiação biológica e a paternidade/filiação sócio-afetiva, tendo a primeira maior favorecimento por se tratar de vínculos sanguíneos; todavia, nos últimos anos a segunda modalidade passou a ser objeto de estudo e a ganha maior atenção por parte dos doutrinadores, da sociedade e também dos tribunais.

Se a paternidade/filiação for restrita apenas ao biologismo, o que não é o ideal, poderemos vislumbrar que o filho possui uma condição de titularidade em relação a seus pais e estes à prole, ou seja, a sociedade vê aquele como filho destes.

O afeto exerce no atual contexto do Direito brasileiro um papel muito importante, delineando as relações familiares e os novos paradigmas da filiação e da própria família. Temos que a posse do estado de filho é um requisito essencial para a caracterização da paternidade/filiação sócioafetiva, que se traduz na aparência e demonstração de um estado de filho, e no desejo de ser pai e chamada de estado de filho de afeto.

## **II – Estado de filiação**

O atual Código Civil consagra três tipos de parentesco são elas a consanguinidade, afinidade e civil. Porém, o advento da Carta Constitucional de 1988, declara que em seu art. 227, que este estado de filiação caracterizado pelo "filho" e aquele que assumiu todos os deveres e obrigações que são provenientes da paternidade, é o mais puro elemento exigido para a configuração dessas relações de parentesco.

Seria, portanto, a proteção criada pela doutrina e que passa a ter força nos Fóruns e Tribunais, ratificando um antigo dizer que pai ou mãe são aqueles que criam, dando a assistência necessária para a formação do indivíduo.

Sem sombra de dúvida, esta é uma tentativa de proteger um direito subjetivo desse filho, sendo esta uma luta constante por um direito subjetivo que acontece quando se dá há certa situação. É provocada quando o direito é lesado.

Não estando direito algum ao abrigo deste perigo, nem o dos indivíduos, assim como o dos povos, porque o interesse de qualquer um em defendê-lo, choca-se sempre com o interesse de outro em desprezá-lo, o que resulta que esta luta se apresente em todas as esferas do direito privado como também nas eminências do direito público e também do direito internacional.

A filiação biológica não se coloca mais como superior, uma vez que a criação de um filho afetivo surge por circunstâncias alheias à imposição legal ou natural que a paternidade vem a impor. A filiação que se constrói no afeto é sólida, perene e é baseada em todos os valores fundamentais para a construção de uma família onde haja harmonia entre seus componentes.

Este vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filhos e pais ou, entre o filho e apenas um deles, tem como fundamento precípua o afeto, o sentimento existente entre as pessoas.

O pai ideal ou mãe ideal, nem sempre são aqueles que biologicamente ocupam tal lugar que a natureza determinou, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo e colocando-o como superior e que deve ser superior ao fator biológico, pois é no afeto que se constrói a verdadeira família. Capaz de exercer a igualdade entre seus membros da maneira mais justa possível, pois, o Princípio da Afetividade também preza pela igualdade entre os entes de uma família.

### **III – Valoração do afeto como valor jurídico e formador de núcleo familiar**

A tendência do Direito de Família contemporâneo é a de buscar e primar pela alegria, amor, respeito, dignidade, carinho e todos os demais sentimentos e valores relacionados ao afeto, sendo que esses devem ser exercidos mutualmente no ambiente familiar. Parte-se da seguinte premissa, portanto, de reconhecer a verdadeira paternidade e filiação fundada no amor e no afeto, no carinho, na preocupação, no querer bem e no cuidado, na assistência assim como, nas demonstrações simples, porém, de incontestável relevância

que um alguém pode ter por seu semelhante, é justo ou seria ao menos razoável.

Seria atender ao que os constitucionalistas, porta vozes da Constituição de 1988 pregam para a sociedade e para a família contemporânea; igualdade, justiça e igualdade como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, democrática e livre; que se fundamenta na "harmonia social" trazidos no Preâmbulo de nossa Constituição Federal Guardiã de todos os direitos que amparam a entidade familiar atual.

O texto constitucional dispõe em seu art. 3º, I que "nossa República tem como objetivo fundamental *promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, o não reconhecimento do amor e do afeto como formador da família e da relação de parentalidade é ser no mínimo incoerente e porque não dizer, até mesmo anticonstitucional, pois é a própria Carta Magna e seus princípios que vão de encontro com as bases constitucionais do nosso Estado Democrático de Direito por ela formadas.

Este reconhecimento só traz benefícios às situações fáticas que se alongam no tempo, pois tratar os filhos de maneira igualitária, amando-os, respeitando-os, e, querendo-os no meio familiar é uma forma de exercer a justiça social sendo também uma forma de confirmação de uma responsabilidade social.

O Direito de Família, como ramo do Direito Civil que mais influências do Direito Constitucional, porque quando da confecção do texto atual do Código Civil não foram observadas devidamente tais ponderações.

Crê-se que quando homem e mulher, de livre e espontânea vontade resolvem acolher em seu lar uma criança e tratá-la como um filho de sangue, um filho biológico configura-se uma relação de maturidade e da mais profunda evolução do ser humano em seu meio social, também manifestando a sua própria evolução como pessoa.

O filho que porventura fora renegado, abandonado ou até mesmo desprezado por seus genitores não pode ser privado de ter afeto, amor, carinho, cuidado, assistência e o reconhecimento de um núcleo familiar, de uma situação que possa lhe trazer dignidade e respeito ante a sociedade.

Não nos limitamos às situações comuns dos noticiários de nosso país, em que, infelizmente, se tornou corriqueiro ver pais abandonando crianças, mas, sim, no caso da Adoção á brasileira dentro de uma mesma entidade familiar, como no exemplo de sobrinhos terem o carinho, amor, respeito e afeto de seus tios, e estes o tratarem como se filhos fossem.

Limitar as relações de parentesco apenas às modalidades de consangüinidade, não é de maneira alguma a proposta do atual Direito brasileiro, no que diz respeito às esferas

Constitucional e da Família.

Os pais e filhos não são unidos apenas por laços de sangue, isto é um fator muito limitado ante o que a família representa. Ou seja, também por amor, carinho, afetividade, respeito, cuidados e sentimentos de prosperidade, uma vez que a responsabilidade e função desses verdadeiros *pais afetivos* são assaz importantes. Nada os vincula ou os obriga à criação e ao desenvolvimento do amor por esses *filhos*, mas apenas o fazem por ser esta uma vontade que surge do afeto, do amor.

A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas, também, na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente, perante o grupo social e à família.

Poderia, então, haver uma melhoria nas legislações infraconstitucionais (em especial no atual texto de Código Civil) no sentido de adequá-las à atual realidade social, ao conceito contemporâneo de família, onde pouco importa se um filho é ou não biológico, colocando de forma expressa na lei o que a doutrina e jurisprudência já pacificaram: não há verdade biológica absoluta.

A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais.

#### **a) Valoração do afeto como valor jurídico e formador de núcleo familiar**

A atual tendência do Direito de Família é a de que buscar e zelar pela alegria, amor e respeito mútuos no ambiente familiar

A partir disso, parte-se da seguinte premissa: deixar de reconhecer paternidade/filiação fundada no amor, no afeto, no carinho, na preocupação, no querer bem e na demonstração mais simples e bela que um ser humano pode ter por seu semelhante, é justo? Seria razoável? Seria atender aos ditames constitucionais de "bem-estar", "igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" que se funda em "harmonia social" trazidos no Preâmbulo de nossa Constituição Federal?

Parece-nos que não. Se o mesmo texto constitucional dispõe em seu art. 3º, I que nossa República tem como objetivo fundamental *promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, o não reconhecimento de AMOR, do AFETO como formador da família e da relação de parentalidade é ir de encontro com as bases constitucionais do nosso Estado Democrático de

Direito.

Este reconhecimento só iria trazer benefícios às situações fáticas que se alongam no tempo. Tratar os filhos que igualmente são amados, respeitados e queridos no meio familiar seria uma justiça social e uma confirmação de uma responsabilidade social.

Se o Direito de Família é o ramo do Direito Civil que mais influências sofre do Direito Constitucional, porque quando da confecção do atual texto de Código Civil não foram observadas tais ponderações?

Creemos que quando um homem e uma mulher, de livre e espontânea vontade resolvem acolher em seu lar uma criança e tratá-la como um filho de sangue, configura-se uma relação de maturidade e evolução do ser humano em seu meio social. O filho que porventura fora renegado/abandonado/desprezado por seus genitores não pode ser privado de ter no amor o reconhecimento de um núcleo familiar, de uma situação que lhe traga dignidade e respeito perante a sociedade.

Não nos limitamos apenas nas situações comuns e nos noticiários de nosso país, em que, infelizmente, se tornou comum ver pais abandonando crianças, mas, sim, no caso da *adoção à brasileira* dentro de uma mesma família (sentido *lato*), como no exemplo de sobrinhos terem o carinho, amor, respeito e afetividade de seus tios, e estes o tratarem como verdadeiro filho.

Restringir as relações de parentesco apenas às modalidades de consangüinidade, civil e afinidade não nos parece ser a proposta do atual Direito brasileiro, no que diz respeito às esferas Constitucional e de Família.

Os pais e filhos não são unidos apenas por laços de sangue, mas também por amor, carinho, afetividade, respeito, cuidados e sentimentos de prosperidade, uma vez que a responsabilidade e função desses verdadeiros *pais afetivos* são assaz importantes. Nada os vincula ou os obriga à criação e ao desenvolvimento do amor por esses *filhos*, mas apenas o fazem por ser esta uma vontade que surge do afeto, do amor.

Para FACHIN (2003, p. 29),

essa *verdade sócio-afetiva* não é menos importante do que a verdade biológica. A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas, também, na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente, perante o grupo social e à família.

Poderia, então, haver uma melhoria nas legislações infraconstitucionais (em

especial no atual texto de Código Civil) no sentido de adequá-las à atual realidade social, ao conceito contemporâneo de família, onde pouco importa se um filho é ou não biológico, colocando de forma expressa na lei o que a doutrina e jurisprudência já pacificaram: não há verdade biológica absoluta.

## CAPITULO – II

### **2. O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES**

#### **2.1 A aplicação do princípio da afetividade em face das relações familiares na visão Constituição de 1988**

O Código Civil de 1916, l estruturou as relações familiares sob a ótica liberal dominante que privilegiava o patrimônio. Não obstante a apregoada igualdade, ao menos formal, a família tinha feição hierarquizada, sendo chefiada pelo marido, a quem incumbia a “tutela” de pessoas e bens.

A mulher, embora se tornando relativamente incapaz com o casamento, tinha a importante missão de “guardiã da moralidade” da família. Os filhos ocupavam o último lugar nessa hierarquia, estando “sujeitos” ao pátrio poder enquanto menores. O regime de bens do casamento era o da comunhão universal.

A “paz doméstica” deveria ser preservada a qualquer custo. A instituição do casamento deveria prevalecer sobre o interesse das pessoas que constituíam a família por ela gerada. Não havia família sem casamento, sendo repudiados os “concubinatos”.

A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988.

Ao longo do século XX, essa visão patrimonialista da família que emergia da interpretação das disposições da Lei Civil foi sendo aos poucos superada, flexibilizando-se mediante legislação extravagante a rigidez original. A realidade social se impôs, particularmente com relação aos filhos, de modo a amparar os havidos fora do casamento, de todo preteridos se adulterinos ou incestuosos.

A Constituição de 1988, reconhecendo e atendendo aos clamores sociais, estabeleceu princípios norteadores das relações familiares que alteraram profundamente sua estrutura são eles:

- 1- Princípio da Dignidade da pessoa ;
- 2- Princípio da Solidariedade Familiar;
- 3- Princípio da igualdade entre filhos;
- 4- Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros;
- 5- Princípio da igualdade na chefia familiar;
- 6- Princípio da não intervenção, ou, da igualdade;
- 7- Princípio do melhor interesse da criança;
- 8- Princípio da Afetividade;
- 9- Princípio da função social.

Deve-se entender que o Direito de Família, necessariamente, merece ser analisado sob o prisma da Constituição Federal, o que traz uma nova dimensão de tratamento dessa disciplina.

Assim, em razão de uma série de fatores sociais, econômicos e jurídicos a, dignidade da pessoa humana fecundou o novo Direito de Família, a ponto de surgirem corolários seus como o princípio da afetividade, pois o afeto não é fruto da biologia, mas de um conjunto de sentimentos que geram efeitos sociais e que não podem ser desconsiderados pelo Direito. Pode-se afirmar, portanto, que, os antigos princípios do Direito de Família foram aniquilados surgindo outros dentro dessa proposta de Constitucionalização, remodelando esse ramo jurídico.

No que tange ao Direito de Família, é preciso sistematizar os princípios, visando à facilitação didática do tema. Essa sistematização serve também para demonstrar a mudança de paradigmas pela qual passou esse ramo do Direito Civil, o estado da arte da matéria. Passemos à análise desses regramentos básicos.

### **1.Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II, da Constituição Federal de 1988)**

Prevê o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se



daquilo que se denomina princípio máximo, ou macrop princípio, ou princípio dos princípios. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente entre nós, falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado. Ao mesmo tempo em que o patrimônio perde importância, a pessoa é supervalorizada.

Não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais atuação do que no Direito de Família.

Como se pode perceber, o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana é um ponto de discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares.

## **2. Princípio da solidariedade familiar (artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988)**

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil.

A solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica. Assim, “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 Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”. O princípio da solidariedade familiar também implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

## **3. Princípio da igualdade entre filhos (artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, e artigo 1.596 do Código Civil)**

Prevê o art. 227, § 6º, da Constituição Federal que “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 legal regulamenta especificamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art.

5º, caput, do Texto Maior, um dos princípios do Direito Civil Constitucional.

Juridicamente, todos os filhos são iguais, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga (com material genético de terceiro).

Diante disso, não se pode mais utilizar as expressões filho adulterino ou filho incestuoso, as quais são discriminatórias. Também não pode ser utilizada a expressão filho bastardo. Para fins didáticos utiliza-se a expressão filho havido fora do casamento, já que, juridicamente, todos os filhos são iguais. Não é admitida qualquer forma de distinção jurídica dos filhos, sob as penas da lei.

#### **4. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, e artigo 1.511 do Código Civil)**

O texto Constitucional reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, §§ 3º e 5º, da CF/1988). O art. 1º do atual Código Civil utiliza o termo pessoa, não mais homem, como fazia o art. 2º do Código Civil de 1916, o que prova que diferente do antigo código, não será admitida qualquer forma de distinção entre os cônjuges. A prioridade do casamento, portanto é estabelecer comunhão plena de vida, baseadas na igualdade de direitos e deveres.

#### **5. Princípio da igualdade na chefia familiar (artigos 226, § 5º, e 227, § 7º, da Constituição Federal de 1988, e artigos 1.566, iii e iv, 1.631 e 1.634 do Código Civil)**

O princípio da igualdade na chefia familiar, que deve ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo, inclusive, os filhos opinarem (conceito de família democrática).

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão despatriarcalização do Direito de Família, já que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo ou colaboração, não de hierarquia, desaparecendo a figura do pai de família (pater familias), não podendo ser utilizada a expressão pátrio poder, substituída, na prática, por poder familiar.

#### **6. Princípio da não-intervenção ou da liberdade (artigo 1.513 do código civil)**

O art. 1.513 do Código Civil em vigor reza que “é defeso a qualquer pessoa de

direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Isto consagra o princípio da liberdade ou da não-intervenção na ótica do Direito de Família. Este princípio todavia deve ser lido e ponderado frente a outros princípios, por exemplo, o princípio do melhor interesse da Criança.

#### **7. Princípio do melhor interesse da criança (artigo 227, caput, da Constituição federal de 1988, e artigos 1.583 e 1.584 do código civil)**

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

É o que está previsto no Art. 227, caput, da Carta Maior. Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que considera criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade.

Em reforço, o art. 3º do próprio ECA prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

No caso de dissolução da sociedade conjugal, a culpa não mais influencia quanto à guarda de filhos, devendo ser aplicado o princípio que busca a proteção integral ou o melhor interesse do menor, conforme o resguardo do manto constitucional.

#### **8. Princípio da afetividade**

Falemos agora do Princípio apontado como o princípio Solar que trata das relações familiares: o Princípio da Afetividade,

O afeto talvez, atualmente, é reconhecido como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

No que tange a relações familiares, a valorização do afeto, trata da desbiologização da paternidade. Procurando provar que o vínculo familiar seria mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico. Assim, surgiria uma nova forma de parentesco civil, a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho.

A defesa da aplicação da paternidade socioafetiva, hoje, é muito comum entre os atuais doutrinadores do Direito de Família na jurisprudência nacional, o princípio da afetividade vem sendo muito bem aplicado, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico, o princípio da afetividade é importantíssimo, pois quebra paradigmas, trazendo a concepção da família de acordo com o meio social.

### **9. Princípio da função social**

O art. 226, caput, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Assim, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Sem dúvida, a socialidade também deve ser aplicada aos institutos do Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil, não reconhecer a função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer e ignorar a função social da sociedade.

Após a análise detalhada desses princípios percebe-se a sua importância não só para o ramo do direito das famílias, mas sim como uma forma de compreender até mesmo a nossa própria sociedade. Todos os princípios supra mencionados norteiam a família contemporânea, constitucionalizando-a, dando a esta um uma característica bem distinta da família protegida pelo Código Civil de 1916.

A família atual preza pela igualdade, dignidade, respeito e afeto entre seus entes. O último, com certeza, é o principal fundamento das relações familiares. Assim podemos afirmar que o afeto decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana.

O que deve balizar o conceito de "família" é, sobretudo, o princípio da afetividade, 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".

(STJ - 4ª. Turma - Relator Ministro Luiz Felipe Salomão - REsp 945283/RN - Data Julgamento 15/09/2009 - Dje 28/09/2009). Farias; Rosenvald (2008, p.25) realçam a importância da afetividade na atual acepção de família ao afirmarem que "[...] a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional".

## **2.2 A desbiologização dos aspectos familiares**

A filiação é, sem dúvida, um dos vínculos mais próximos de parentesco que envolve a organização familiar. No 'transcorrer histórico, a relação paterno-filial sofreu inúmeras modificações resultantes principalmente das mudanças de valores e porque não dizer da ascensão, tornando este vínculo não mais essencialmente biológico, calcado em laços de sangue, mas sim, abrindo espaço para outros valores, antes desprotegidos, como o afeto recíproco, a assistência, a responsabilidade e a solidariedade.

Com o advento do princípio da dignidade da pessoa humana e as transformações sociais, mudam os conceitos da família primitiva, e cada vez mais, os membros desta entidade passam a ser valorados na sua individualidade.

O atual Código Civil trouxe inovações ao instituto familiar, tanto com relação aos avanços genéticos, quanto ao surgimento das relações sócio-afetivas essenciais ao estado de filiação. Passa a tratar com igualdade os filhos legítimos, ilegítimos e adotivos em virtude dos princípios constitucionais da igualdade, da afetividade, da dignidade da pessoa humana, com a Carta Magna de 1988.

O Direito de Família ganhou novo tônus após a promulgação e entrada em vigor do novo código civil. O que antes se pautava apenas por orientações jurisprudenciais foi parcialmente acolhido pelo novo texto legislativo.

A estagnação legislativa até então, forçou a jurisprudência a evoluir e tomar posições completamente antagônicas à codificação de 1916. Após este período de estagnação as relações entre as pessoas voltaram a ser normatizadas, em grande parte, pela lei que se adaptou ao caminho jurisprudencial pacificado, trazendo ao povo uma legislação em consonância com seus anseios e modificações culturais mais atuais. Em que pese o novo código pouca coisa ter trazido de novo ao Direito de Família empreendeu-se um profundo

estudo sobre as relações familiares, de modo a caracterizar a família moderna na codificação civil em contraposição à família patriarcal e conservadora de 1916.

A relação de paternidade sempre aflorou importantes discussões na seara jurídica. Isto porque as relações pai e filho sempre são atuais, haja vista as modificações de pensamento e de cultura de nossa sociedade. Os conceitos de paternidade e maternidade se sobrepõem a própria biologia, saindo dela para adentrar ao mundo fático onde a convivência e o sentimento de afeto se contrapõem à relação biológica estabelecida, por vezes forçosa do exame de compatibilidade genética para auferir paternidade.

Embora hoje a lei reconheça o fator biológico nas relações familiares, não foi ela que o instaurou, mas a própria sociedade insculpiu esses valores. O peso da biologia na dimensão jurídico-sociológica ainda é predominante, porém já alçamos vôo maior, que foi o da inclusão de aspectos não biológicos na configuração das relações familiares, o que em si já é grande avanço evolutivo.

As novas situações fáticas que tornaram necessárias a desbiologização do direito de família são muitas, porém podemos citar a convivência sócio-afetiva do menor com pais não-biológicos (adoção), as formas de concepção não convencionais obtidas por técnicas de reprodução humana, dentre outras. Tudo isto converge para a formação do Poder Familiar Desbiologizado, ou seja, o poder familiar a herança biológica não seja o fator predominante da relação familiar.

Embora o ser humano tenha empreendido pesquisas sobre clonagem, maternidade de aluguel, bancos de esperma e de óvulos, o Direito enquanto ciência ainda não foi capaz de assimilar todas estas novidades. E não poderia ser diferente, haja vista que nossa sociedade, em sua maioria, não tem opinião sequer formada acerca destes temas, de modo que seria imprudência tentar regular sem a formação ideológica de nossa sociedade.

O que observamos é supremacia da vontade e da responsabilidade sobre a biologia. A socioafetividade ganhou força com o novo código, pontificando a tendência já existente. O conceito de pai hodierno ultrapassa o conceito meramente biológico de fonte do espermatozóide, e no mesmo sentido encontra-se o conceito de mãe.

Apesar da Biologia ainda ser um fator determinante nas relações familiares, o afeto, como o unificador da família, vem ganhando força. O advento da Constituição de 1988,

bem como, o Código Civil de 2002 foram imprescindíveis para a construção de valores antes não reconhecidos dentro da entidade familiar.

Esta evolução é clarividente quando comparamos o antigo Código no qual se refletia a imagem da família patriarcal entronizada num país essencialmente agrícola, sob a égide vigilante da Igreja Católica, que se estendia às mais íntimas relações conjugais, onde a família representava um grupo de pessoas hierarquizado, onde o homem detinha e exercia o seu poder (pátrio poder), sem qualquer objeção. Cabendo a ele decidir o futuro dos membros da entidade na qual comandava.

Podemos descrever a família patriarcal, portanto, como um aglomerado social formada por um marido déspota e, esposa e filhos submissos, subservientes; desprovida de princípios hoje considerados basilares como, por exemplo, igualdade, respeito mútuo e o mais importante de todos os fatores constituidores da família: o afeto.

Especificamente, no que diz respeito às relações de filiação, cuidava-se separadamente dos direitos dos filhos legítimos, e, das restrições concernentes aos filhos ilegítimos e adotivos. O princípio constitucional da igualdade (art. 227, § 6º, da CF-88) extinguiu uma longa tradição legislativa.

Do mesmo modo, afastou-se a primazia histórica da consangüinidade, cujo lugar foi tomado pelo estado de filiação, independentemente da origem biológica, como prioridade absoluta do filho, a convivência familiar, que não é um dado da natureza, mas um construído cultural socioafetivo.

O conservadorismo do legislador brasileiro quanto à evolução no conceito de família representa a influência de um pensamento retrógrado, pessimista e absurdo de que a civilização corre o risco de ser engolida por clones, bissexuais ou delinquentes da periferia, concebidos por pais desvairados e mães errantes. Um conservadorismo que fecha os olhos para a realidade e se omite em dar sustentação ao instituto já previsto na norma inclusiva, que é o art. 226 da CF/88.

A evolução dos tempos, na família moderna faz com que fato natural ceda lugar ao fato cultural deixando prevalecer, o que é primordial para a construção de um lar: o amor. No seio familiar cada um de seus membros desempenha uma função e os filhos necessitam dessa verdade de afetos dos pais, pois este elemento é sem dúvida o fator determinante para a

construção do caráter e saúde psicológica do indivíduo. E porque não dizer, para a sua própria afirmação como integrante.

Não se quer, com isso, diminuir a importância do vínculo consanguíneo, mas a valoração da afetividade no seio familiar, como instrumento primordial, independente da existência dos laços de sangue. Além do que, o instituto da desbiologização surgiu em face da irresponsabilidade dos progenitores no desenvolvimento integral dos filhos, ora pelo abandono material, moral e afetivo.

A comunidade de afeto merece que o legislador lhe confira cada vez mais direitos, dando a devida importância a todas as entidades familiares. Pois a família se constrói com a convivência diária, e a relação paterno-filial exige muito além do ato de procriar. Ser pai ou mãe exige, sobretudo, amar, respeitar e cuidar.

Desta forma, tanto de fato como de Direito as relações de Direito devem ser consideradas pelos legisladores e julgadores, levando-se em conta a felicidade dos entes envolvidos diante dos litígios judiciais envolvendo as relações familiares, focando para o bem estar do ser em formação seja ele criança ou adolescente.



## **2.3 Os novos paradigmas de família e a posse do estado de filho em face da afetividade**

A família é a célula mãe da sociedade, e por sua relevante função, encontra-se protegida pela Constituição de 1988. Em seu artigo 226 ela afirma que esta é à base da sociedade; espelho no qual a sociedade não poderá prosseguir seu caminho rumo ao bem comum.

O modelo tradicional de família encontra seu alicerce na ascendência genética, sustentado pelo paradigma do biologismo onde se determinava a filiação pela origem biológica.

Vivenciamos atualmente uma total reformulação do conceito de família. O tradicional modelo de família já não é suficiente para comportar uma gama de novas situações introduzidas em nosso meio social e jurídico em decorrência da globalização e da aquisição de novos valores incorporados na sociedade contemporânea. O mundo pode perceber que nem sempre a verdade biológica e a legal coadunam com os interesses dos filhos; a família contemporânea mudou, passou de um núcleo sob o comando de um chefe familiar para um instrumento de desenvolvimento social de cada um de seus membros.

Primar pelo reconhecimento do afeto como o fator que, de fato consolida e unifica a família foi o grande avanço para o reconhecimento de novas instituições familiares. Não se pode negar que a Constituição de 1988 foi de relevante importância para este reconhecimento.

As várias áreas do conhecimento, que tem a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação, identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou comunidade familiar. Por exemplo: No Brasil, a vivência dos brasileiros é objeto de pesquisa anual e regular do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística); e, de acordo com seus dados, tem revelado um perfil das relações familiares distanciados dos modelos legais. Exemplos:

1-Homem e mulher, com vínculo de casamento, com vínculos biológicos;

2-homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e não biológicos, ou somente com filhos não biológicos;

3-Homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);

4- Homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);

5- Pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);

6- Pai ou mãe, e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental);

7- União de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono de seus genitores, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;

8- pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;

9-união homossexuais, de caráter afetivo e sexual;

10- uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros, com ou sem filhos;

11- comunidade afetiva formada com "filhos de criação", segundo a tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos de posse de estado de filiação.

Em todos os tipos acima referidos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, são elas: a afetividade como fundamento e finalidade da entidade, estabilidade excluindo-se os relacionamentos casuais, convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

A evolução das relações levou a uma revolução dos conceitos, inerentes à família e das relações paterno-filiais. Dentre os elementos responsáveis por tais mudanças, temos a "afetividade" elevada a princípio dotado de força normativa.

O prestígio a afetividade fez surgir à figura da filiação socioafetiva, verdadeira revolução do até então entendido como família. Nasce a tutela dos vínculos afetivos. As bases para o reconhecimento de filiação foram ampliadas, alargando-se em relação as tradicionais: verdade jurídica e realidade biológica/genética. Surge, numa terceira esfera, a identificação da

“posse do estado de filho”, reconhecendo a relação afetiva, íntima e duradoura como filiação parental.

Nessa nova sistemática, basta a identificação de quem ocupa o posto de pai e de quem se considera filho para termos formado o liame parental, nascido do afeto e da reciprocidade, independente da realidade genética ou jurídica. Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, as relações familiares são “funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe”. Tal reconhecimento possui bases constitucionais, pelo respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e à identidade.

No que tange às entidades familiares e dos âmbitos da família várias áreas do Conhecimento, que tem a família ou as relações familiares como objeto de estudo, identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera unidade familiar.

A interpretação dominante do art. 226 da Constituição, entre os civilistas, é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Os que defendem que a Constituição não admite outros tipos além dos previstos controvertem acerca de uma hierarquia entre eles, e que por consequência resultam em duas teses distintas:

- 1- A primeira acredita que há a primazia do casamento, concebido como modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais como a união estável e entidade monoparental, por exemplo, receber tutela jurídica limitada.
- 2- A segunda afirma a igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura a liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade.

O argumento da primeira tese, baseada na desigualdade das entidades familiares, reside no enunciado final do § 3º do artigo 226, relativo à união estável: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A interpretação literal e estrita enxerga regra de primazia do casamento, pois seria inútil, se de igualdade cuidasse. Entretanto, o isolamento de expressões contidas em determinada norma constitucional, para extrair o significado, não é a operação hermenêutica mais indicada. Impõe-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere.

A segunda tese que trata da igualdade dos tipos familiares, consulta melhor o conjunto das disposições constitucionais. Além do princípio da igualdade das entidades, decorrente do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o Princípio da liberdade de escolha, como ratificador do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Tendo esta a liberdade de escolher e construir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial.

Estabelece a Constituição três preceitos, de cuja interpretação chega-se à inclusão das entidades familiares não referidas explicitamente:

- 1- "Artigo 226 da CF, A família base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (*caput*).
- 2- § 4º "Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".
- 3- § 8º " O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Porém é no *caput* da Carta maior que se expressa a mais intensa transformação no âmbito de vigência da tutela constitucional à família, onde não há qualquer referência a determinado tipo de família, diferente das Constituições anteriores.

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo de família, indicado no *caput*.

Desta maneira, respeitando o que reza o artigo 226 *caput* da Carta Constitucional, o que se entende, portanto, é que a família, independente da maneira que se apresente, seja ela monoparental (entidade familiar integrada por um dos pais e seus filhos menores), ou mesmo homo afetiva (formada por uniões homossexuais), são unidades familiares constitucionalmente protegidas, pois, preenchem os requisitos de Afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tem tendo como finalidade precípua a de constituir família.

## CAPITULO - III

### 3. MUDANÇAS OCORRIDAS NO MODELO FAMILIAR EM VIRTUDE DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Fatores não faltaram para influenciar a sociedade e especificamente, o núcleo familiar a evoluir e buscar uma nova forma de constituição.

O contexto histórico cultural de cada época, demonstra a diferença de comportamento, valores e pensamentos. Afirma-se com prioridade, que a família foi a instituição que mais sofreu alterações ao longo dos tempos, e suas mudanças acabaram por transformar por consequência, toda a sociedade de maneira significativa.

Façamos uma comparação com a família amparada e defendida pelo Código Civil de 1916 para que se possa visualizar quão grande foi o impacto da mudança na vida de cada indivíduo.

A família defendida pelo Código Civil de 1916 tinha finalidades bem distintas da família atual, constitucionalizada. Em um contexto histórico de um país onde a atividade agrícola imperava, é até compreensível que, prezar pela continuidade do patrimônio fosse uma prioridade para as famílias da época. O pai, como o detentor do pátrio poder (hoje poder de família), era responsável por prover o núcleo familiar e de decidir o destino dos filhos, como, por exemplo, determinando quando e com quem a filha ou filho iria constituir matrimônio.

O matrimônio, além de ser a única forma de reconhecimento da família, ainda poderia ter objetivo como o econômico. Filhos eram “negociados” como se mercadorias fossem em nome da continuação do patrimônio familiar.

A distinção entre filhos legítimos e ilegítimos era outra característica bem peculiar desta entidade, não havendo igualdade de direitos entre os mesmos. À esposa cabia o papel de detentora da boa moral e dos bons costumes, tendo a mesma, que transmiti-los a seus filhos com todo o cuidado, pois esta era a sua responsabilidade principal, depois é claro, da obediência absoluta a seu cônjuge.

A igreja católica exercia forte influencia pra acentuar ainda mais as características desta família baseada na desigualdade e no patriarcalismo. Servia como vigilante impetuosa da boa moral, interferindo até mesmo nas mais íntimas relações entre esposa e esposo, determinando como cada indivíduo deveria se comportar para obter respeito, dignidade e para ser aceito dentro da sociedade.

Todos aqueles que descumprissem tais regras impostas, pagariam por tais atos, e seus exemplos serviriam para estabelecer o respeito às normas pré-estabelecidas pela sociedade da época.

Amor, carinho e afeto nem sequer eram reconhecidos como valores fundamentais à constituição saudável de uma família.

Graças ao advento da Carta Maior de 1988, esses valores que outrora não eram reconhecidos, pela sociedade da época, ganharam relevante destaque, e são considerados pelo próprio Direito de Família imprescindíveis para a construção do núcleo familiar.

O que se presencia atualmente, é a manifestação de um Direito de Família democrático, plural, onde se busca vencer as barreiras do preconceito e quebrar paradigmas que só servem para construir abismos entre as pessoas.

A Constituição brasileira preza pela família e por sua unificação, e o responsável por isso é o Princípio da Afetividade. O Princípio mor das relações familiares contemporâneas, que reconhece que a família e todas as suas formas de manifestações sejam elas monoparentais (formada por um ascendente e um descendente; por exemplo, mãe e filho) e as constituídas pela união estável, devem ser respeitadas e ter os mesmos direitos.

O Princípio da Afetividade mostra que a família vai além de um grupo formado por laços de sangue, que provém do mesmo nome ou que tem a finalidade de perpetuar o patrimônio, como a família do Código Civil de 1916.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 veio para humanizar a família. Reconhecer suas diferenças e ao mesmo tempo, tornar todas as entidades constituídas das mais diversas maneiras iguais no que diz respeito aos direitos.

Se o afeto é o construtor da entidade familiar, e a Lei Maior do país o consagra como princípio, deve-se, portanto, respeitar todas as formações de família baseadas no afeto, amor, respeito, dignidade da pessoa humana e assistência.

Reconhecer a família homoafetiva como entidade familiar é justo e é um dever do Estado protegê-la, assim como protege os demais núcleos familiares já citados.

A família é à base de toda a sociedade, do indivíduo, o Princípio da Afetividade, portanto, veio a acrescentar ainda mais à família, transformá-la em um grupo unido pelos laços de afeto, de amor, e respeito ao ser humano. É esse o Princípio capaz de romper com as barreiras que existem entre as pessoas e que a afastam uma das outras. O Princípio da Afetividade é atualmente reconhecido tanto pelo Direito assim como pela sociedade por ser o verdadeiro fator de construção da família.

## CONCLUSÃO

As mudanças que ocorreram ao longo do século passado, sejam nos valores culturais e econômicos, bem como nos aspectos políticos e sociais da sociedade moderna ocidental, não passaram despercebidas. No campo daquilo que tradicionalmente chamamos de Direito Privado, por exemplo, presenciamos uma verdadeira transmutação na sua estrutura interna, mediante a constitucionalização dos vários ramos do Direito, por meio da plena efetividade dos princípios constitucionais, especialmente no Direito Civil, irradiando valores dos mais diversos, entre eles a afetividade, que reflete na própria compreensão que hodiernamente temos acerca das relações familiares.

Assim, em razão desses fatores, o macro princípio da dignidade humana fecundou o novo Direito de Família, assim surgindo corolários seus como o princípio da afetividade, pois “o afeto não é fruto da biologia, é fator determinante dentro da constituição familiar e que gera efeitos sociais que não podem ser desprezados pelo direito.

Com efeito, o novo Direito de Família não se satisfaz apenas com as instituições já conhecidas e sedimentadas. Há uma exigência da participação responsável dos atores sociais na busca da dignidade do ser humano, de maneira que nenhuma instituição pode servir de óbice à sua concretização.

Neste contexto, o princípio da afetividade ganhou importância normativa, pois, atualmente é considerado o fator de consolidação da família, responsável pela harmonia, bem estar e boa convivência entre seus entes. É este o princípio mor da base familiar. Pois é a afetividade que move os indivíduos a unirem-se e formarem um núcleo familiar onde prevaleça o respeito e a igualdade dos membros que a formam.

Conclui-se, portanto, que o Direito bem como a sociedade, caminham rumo a um modelo de família mais humanizado, constitucionalizado, onde a busca pela dignidade do ser humano e o afeto são fatores indispensáveis para um bom desenvolvimento moral, psíquico e intelectual dos indivíduos.



## REFERÊNCIAS

- ANDERLE, Elisabeth Nass. **A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação**. Teresina. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>>. Acesso em 29 out. 2003.
- ALVES, Jones Figueirêdo. **Psicologia aplicada ao direito de família**. Teresina: Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2740>>. Acesso em: 29 out. 2003.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5.
- FACHIN, Edson Luiz. Direito além do Novo Código Civil: Novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 17, Abr./Maio. 2003.
- FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOMES, Orlando Gomes. **Direito de Família**. 12ª ed revisada e atualizada por Humberto
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/%20?artigos&artigo=288>. Acesso em: 13 de julho de 2009. Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003.
- PAULILLO, Sérgio Luiz. **A desbiologização das relações familiares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 78, 19.09.2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4228>>. Acesso em: 01/06/2007.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. vol. 5, Porto Alegre: Magister, ago./set. 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O Cuidado como Valor Jurídico**.

Rio de Janeiro : Forense, 2008.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo e SARAIVA, Rodrigo Viana. **A lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família.** Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 1170, 14.09.2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8911>>. Acesso em: 01/06/2007.

TARTUCE, Flávio. Danos Morais por Abandono Moral. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** vol. 7, Porto Alegre : Magister. dez./jan. 2009.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 81, 01/10/2010 [Internet]. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8400](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400). Acesso em 19/11/2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.