

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SEUS REQUISITOS
Enfrentando o vazio legal

PATRÍCIA ALVES DE ABREU

Rio de Janeiro
2018/ 1º SEMESTRE

PATRÍCIA ALVES DE ABREU

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SEUS REQUISITOS

Enfrentando o vazio legal

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de Oliveira.**

Rio de Janeiro

2018/ 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

Al62p Alves de Abreu, Patricia
Princípio da afetividade e seus requisitos:
enfrentando o vazio legal / Patricia Alves de
Abreu. -- Rio de Janeiro, 2018.
61 f.

Orientadora: Rachel Louise Braga Delmás Leoni
Lopes de Oliveira..
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Direito das famílias. 2. Filiação. 3. Princípio
da afetividade. 4. Parentesco socioafetivo. 5.
Requisitos. I. Braga Delmás Leoni Lopes de
Oliveira., Rachel Louise , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

PATRÍCIA ALVES DE ABREU

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SEUS REQUISITOS

Enfrentando o vazio legal

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, **sob a orientação da Professora Ms. Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de Oliveira.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018/ 1º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Cecília Meireles, em seu Romance LIII ou Das palavras aéreas, poetizou a potência das palavras, sua força e variável instrumentalidade. Peço licença poética à autora, mas a potência dos sentimentos experimentados ao longo desses cinco anos jamais poderá ser aqui traduzida meramente por palavras.

Escrevo tentando captar sentido em cada caderno, avaliação, aula, sorriso, abraço e vivências construídas nos corredores da Faculdade Nacional de Direito e nos caminhos que a ela conduziram e nela me sustentaram.

Inicialmente, agradeço à vida e à força estranha que dela emana e que nos faz navegar por mares por não descobertos, ainda que muitas vezes não seja preciso.

Quando algo nos falta e gera um vazio, tentamos algumas vezes estudá-lo em uma tentativa desesperada de suprir a ausência que tanto nos machucou. Por este motivo, dedico este trabalho à minha mãe, Adeilde, na esperança de que um dia, ela sinta o afeto e seja por ele motivada.

Ao meu pai, Landerley, agradeço o carinho, ainda que muitas vezes tímido e medroso e agradeço pelo apoio em minhas mais diversas escolhas, por mais que com elas não concordasse em muitos momentos. Agradeço por ser meu maior símbolo de honestidade, dedicação e disciplina.

Ao meu irmão, João Pedro, por ter me ensinado a conjugar o verbo amar em todos seus tempos e formas, por ter sido ternura e sorrisos ao longo de nossa infância, momentos dos quais jamais esquecerei e os quais guardo no local mais seguro de meu coração.

Ao meu amigo, Felipe, por cada palavra de apoio, de incentivo, por ser amigo, pai, irmão, avô e parceiro. A empatia expressada por sua companhia e sua capacidade de compreensão foram fundamentais para a jornada que aqui se encerra.

Ao Professor Cezar Augusto por todos, sem exclusão de nenhum deles, momentos em que fui sua aluna e monitora. Pelo carinho, atenção, paciência e pelas conversas críticas sobre o direito penal. Obrigada por todo o conhecimento passado e que ao contrário do artigo 17 do Código Penal tiveram o crime como meio eficaz para sua transmissão. O meu eterno muito obrigada por ser esperança em um Poder Judiciário tão excludente e tão desejoso de privilégios institucionais. Muito obrigada por reforçar meus ideais.

Ao meu namorado, Luiz Gustavo, que apenas ingressou nessa viagem quase na estação final, mas, que simultaneamente foi combustível para que ela chegasse ao seu destino. Obrigada por ser a mão estendida, o carinho constante no olhar e a força no companheirismo.

Obrigada pelo mais singelo ato de amor e de pureza. Que sigamos e construamos nossos sonhos juntos. Viver a liberdade, só se for à dois!

À minha orientadora Rachel, que me socorreu nos quarenta e cinco minutos do segundo tempo e que com sua doçura e dedicação me trouxe a possibilidade de ver esse trabalho concluso a tempo.

Aos meus queridos monitorandos e alunos, por quem tenho todo a afeição e para quem desejo muita felicidade e sucesso! Obrigada por tornarem possível perceber o quão maravilhoso é o palco da sala de aula!

Aos meus amigos de infância, meus amigos geólogos e à Camille e Paula que sempre foram fonte de alegria e de muitas risadas.

Por fim, agradeço à Faculdade Nacional de Direito e a todos os lugares nos quais estive durante esse percurso e que confirmaram o quanto que o Direito ainda é discriminatório, racista, sexista e homofóbico. Muito obrigada por desconstruir em mim o ideal de que uma sociedade melhor dessas instituições viria e por mostrar, concomitantemente, que é necessária a elaboração de uma ótica que não lute tanto por privilégios e benefícios para seus membros, mas sim por uma sociedade mais justa e menos desigual. Que o Poder Judiciário e seu elitismo se livre das ideias que não correspondem os fatos!

É, no fim, uma equação simples. Quanto mais afeto, maior a possibilidade de justiça.

Andréa Pachá

RESUMO

O instituto do parentesco socioafetivo se desenvolveu a partir do reconhecimento de que a família não poderia ser constituída apenas a partir de vínculos biológicos ou registrais, mas também tendo como premissa que é ela o espaço no qual seus membros constroem sua dignidade, o que reflete a metamorfose do conceito dessa entidade que passou a ter o afeto como seu principal valor. O Código Civil de 2002, seguindo essa ótica humanista, previu no artigo 1.593 que o parentesco civil pode resultar de outra origem, não sendo esta definição restrita à adoção. Entretanto, o mesmo diploma legal não trouxe em seu texto elementos ou requisitos que permitiriam a verificação de tal elo, tarefa que coube à doutrina e mais precisamente à jurisprudência. Este trabalho tem como intuito, portanto, expor os principais critérios utilizados por operadores do direito para constatar esse tipo de relacionamento. Para tanto, se procedeu a um estudo da evolução do entendimento do que é família, parentesco, filiação e suas espécies, bem como a demonstração de que o princípio da afetividade é implícito ao texto constitucional. Através da análise de decisões judiciais proferidas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se verificou os critérios que foram utilizados para se balizar e verificar a existência do parentesco socioafetivo.

Palavras-chave: direito das famílias; família; filiação; parentesco; afetividade; requisitos.

ABSTRACT

The affective parentage has developed from the recognition that the family could not be constituted only by kinship or traditional bonds. The family is also the environment where its members build their dignity, thus reflecting the changing of this entity's notion where affection has assumed a basic value. The Civil Code of 2002, following a humanistic perspective, established in article No. 1.593 that the civil parentage can result from other origin, and it is not restricted to adoption. However, the same legal text has not stated the requirements that could allow the exam of this bond, therefore, this task has been done by doctrine and especially by jurisprudence. This paper aims to present the principal standards used by judges to verify this type of relationship. In order to do this, a study of the evolutionary understanding and meaning of family, parentage, filiation and its kind was carried out as well as the demonstration that affection is not expressed in Brazilian Constitution, although it is implicit in many other parts of it. After close reading of judicial decisions determined by Rio de Janeiro State Court it was possible to define the standards used to check the existence of this affective relation.

Keywords: family law; family; filiation; parentage; affectivity; standards.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 FAMÍLIA: INSTITUTO METAMÓRFICO	14
1.1 Micro-organismo social e suas inúmeras modelagens	14
1.1.1 <i>Unidade articulada com os percursos sociais: um breve traçado histórico</i>	14
1.1.2 <i>A instituição familiar como instrumento para a concretização do projeto constitucional</i>	18
1.2 A principiologia constitucional da família-instrumento	23
1.2.1 <i>A definição de família pela Carta de 1988</i>	23
1.2.2 <i>O princípio da dignidade da pessoa humana no direito das famílias</i>	24
1.2.3 <i>O princípio da liberdade e sua aplicação à pluralidade e diversidade familiar</i>	26
1.2.4 <i>O princípio da igualdade</i>	28
1.2.4.1 <i>A isonomia entre os cônjuges</i>	29
1.2.4.2 <i>A isonomia na filiação</i>	32
1.2.5 <i>O princípio da solidariedade</i>	34
1.2.6 <i>O princípio do melhor interesse da criança</i>	35
1.2.7 <i>O princípio da paternidade responsável</i>	37
2 PARENTESCO E FILIAÇÃO: MODALIDADES CLÁSSICAS E TRADICIONAIS 39	
2.1 Parentesco e filiação	39
2.1.1 <i>Conceito e estrutura</i>	39
2.2. As espécies e modalidades de parentesco e filiação.....	43
2.2.1 <i>Categorizar: ainda necessário?</i>	43
2.2.2 <i>O parentesco e filiação naturais</i>	44
2.2.3 <i>O parentesco civil</i>	45
2.2.4 <i>O parentesco por afinidade</i>	47
2.2.5 <i>O parentesco decorrente de outra origem</i>	48

3 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: ENFRENTANDO AS NOVAS CONCEPÇÕES FAMILIARES.....	49
3.1 Conceito.....	49
3.2 Previsão constitucional implícita.....	51
3.3 Uma visão prática do instituto.....	53
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

Por tratar da instituição mais íntima à natureza humana e regulamentar elementos tão sensíveis da vida, o direito das famílias transmuta-se ininterruptamente em uma edificação incorporada à aspectos de caráter cultural e social.

Assim, desde a entrada em vigor do pretérito Código Civil de 1916 até os dias atuais, a concepção de família passou por um contínuo ciclo de reconstrução, exprimindo mudanças que refletem a evolução da própria sociedade. O parentesco, casamento, filiação, união estável e outros institutos foram completamente reformulados ou viram surgir em sua normatização novas modalidades e vertentes que já não prestigiavam puramente o critério biológico que refletiam um contexto machista e patriarcal. Até mesmo a adoção, que também é outra fonte de parentesco admitida desde os tempos mais remotos, passou por uma maior aceitação desse instituto e sua equiparação com as outras formas de filiação.

O tempo permitiu, portanto que a realidade fática, diversa e multifacetada da sociedade brasileira conduzisse à relativização do parentesco sanguíneo. Rogava-se pelo reconhecimento de novos padrões que há muito já existiam e eram aceitos, porém carentes de regramento legal e, conseqüentemente, sem efeitos jurídicos. Surge, então, a figura da parentalidade socioafetiva, que pode ser sintetizada como “o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”.¹

Essa nova entidade foi um dos delineadores também do desenho familiar que em sua nova configuração teleológica deixa de ser visto como um mero fim em si mesmo para representar um instrumento ao desenvolvimento e felicidade de seus componentes.

O afeto e carinho passaram a ter valor jurídico, suprimindo uma lacuna normativa de um elo que já existia, que já era reconhecido por outros campos do saber humano e que representava importante parcela da sociedade. Adoção à brasileira, filhos de criação, ou pais que registram filhos que sequer são seus, aqui, o laço de amor que os une exigia ser regulado, o que evitaria futuros conflitos e traria mais segurança jurídica.

¹ CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 16.

O Código Civil de 2002, mostrando-se atento e coadunado às necessidades sociais que habitavam os lares e agrupamentos de nossa sociedade, previu em seu artigo 1.593 que o parentesco é natural ou civil, desde que resulte de consanguinidade ou de outra origem, respectivamente. A partir da expressão “de outra origem” a construção doutrinária e jurisprudencial teve seu embasamento para não se restringir apenas ao modelo clássico da adoção, como também ampliar o conceito de parentesco e filiação de forma a garantir sua previsão e tutela para essas hipóteses em que antes jazia o vácuo legal.

Entretanto, ainda que o Código Civil tenha reconhecido a existência de vínculos não biológicos ou clássicos, permaneceu silente quanto os cenários em que estes seriam verificados. Tal tarefa, portanto, coube à doutrina e à jurisprudência que se debruçaram em teorias e para entender o que, de fato, seria o parentesco socioafetivo e posteriormente averiguar sua existência.

O presente trabalho procura analisar em termos gerais os principais impactos do reconhecimento de novos arranjos que envolvem o instituto do parentesco e da filiação. Para tanto, será feito o exame da literatura jurídica sobre o presente tema e mais especificamente, de decisões judiciais proferidas nas Varas de Família do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reconheceram a presença de tal elo.

O tema, apesar de não ser muito recente, carece de maior tratamento, o que em muitos contextos pode ocasionar certa insegurança jurídica aos que pleiteiam judicialmente. Dessa forma, o estudo será dividido em três capítulos que abordam as principais controvérsias relativas ao reconhecimento jurídico dessa nova espécie de parentesco e suas implicações práticas.

O primeiro capítulo se inicia com um breve relato histórico que retrata a mudança paradigmática da noção de família. Perpassa-se pela ótica da família instituição, berço do casamento, do elo consanguíneo, e da ótica que a entendia como entidade que zelava por valores patrimoniais e sua transferência sempre dentro do mesmo núcleo. Em um segundo momento, analisou-se a família que se revela no cenário atual e que é mecanismo para a efetivação de todos os valores trazidos pela Constituição Federal de 1988. Por fim, buscou-se entender qual seria a principiologia a ser referenciada por esse núcleo de pessoas reunidos pelo afeto.

Já o segundo capítulo trata de conceitos-chaves de institutos legais como o parentesco, filiação, suas espécies, estrutura, características, limites, e efeitos oriundos de seu surgimento. Aqui, inicia-se a abordagem do que seria o parentesco por outra origem e, por conseguinte, o parentesco socioafetivo.

Por fim, o terceiro e último capítulo aborda mais precisamente o parentesco socioafetivo e as novas concepções familiares e de filiação que ele trouxe. Há questionamentos acerca da possibilidade de uma hierarquia entre os diferentes modelos de parentesco e cogita-se se ele teria gerado um quadro de incertezas, dúvidas e suscitado assim divergências. Por fim, através do estudo de sentenças judiciais e de pesquisa doutrinária, elencaram-se critérios que foram adotados pelos operadores e estudiosos do direito para reconhecer quando tal liame parental estaria efetivado e suas posteriores consequências.

1 FAMÍLIA: INSTITUTO METAMÓRFICO

1.1 Micro-organismo social e suas inúmeras modelagens

1.1.1 Unidade articulada com os percursos sociais: um breve traçado histórico

Mutação e adaptabilidade são características intrínsecas aos seres humanos. Somos seres transitórios, versáteis e em contínua mudança. Influências externas sejam de cunho sociológico, tecnológico e até político, nos moldam e por nós são moldadas, em um cenário simultâneo de atores e espectadores, em constante simbiose.

Nesta lógica, por ser constituída por sujeitos, a família, núcleo social primordial, é também permeável a todo o influxo de manifestações culturais, temporais e espaciais, diversificando-se e conformando-se de acordo com os impulsos a ela transmitidos.

Assim é de forma clara sintetizada por Luiz Edson Fachin que ensina que “a família, como realidade sociológica, apresenta íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”.² Sua trajetória não é linear e sequer representa ininterrupta evolução, porém, sempre fluida às necessidades de cada momento histórico.

Associar-se e agrupar-se também é outro traço instintivo aos indivíduos, seja por uma questão de sobrevivência, o que envolve a reprodução de seus pares, ou até mesmo por necessidades emocionais e neste aspecto, funciona a família como um micro-organismo, sendo entidade básica e necessária em que nos unimos e no qual as sociedades se organizam. A família é fato natural, espontâneo e, por isso, precede todas as formas complexas de agrupamento, sendo estrutura primária para o desenvolvimento da personalidade e da capacidade dos que por ela são abarcados desde os mais primitivos tempos históricos.³

O termo família, de origem latina, etimologicamente remete a *famulus*, escravo, que, inquestionavelmente, simbolizava valor econômico na sociedade romana. A partir desse significado depreende-se que essa palavra correspondia ao agrupamento de pessoas

²FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

³FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 10ª edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p.40

submetidas ao chefe de família, como também aos bens a este pertencentes. Isto é, o eixo familiar precípua era o *paterfamilias*, ao qual todos eram subordinados e, por isso, assemelhavam-se a servos e sendo ele o único sujeito de direitos dessa comunidade, exercia seu poder de modo a centralizar e governar seus membros, assim como administrar suas propriedades e haveres. O parentesco, denominado *adgnatio*, era puramente jurídico e correspondia à autoridade incontestável do patriarca e ao vínculo gerado com ele.⁴

Com origem econômica e patrimonial, equiparada à propriedade, assim perpetuou a noção de família com o caminhar dos séculos, chegando à Idade Média e mantendo a concepção do grande grupo de pessoas que viviam sob a tutela do senhor. Neste contexto, sob exarcebada presença da Igreja e uma inexistência do espaço privado de cada um de seus partícipes, não havia espaço para o crescimento individual deles.⁵

A sociedade brasileira, colonizada por um país de profundas raízes religiosas, reproduziu tal peculiaridade em sua organização e, até a elaboração do primeiro Código Civil em 1916, ainda era aqui aplicado o Direito Canônico, sempre fidedigno ao Direito Romano. Válido ressaltar que a Igreja Católica era também a única responsável, até a Proclamação da República em 1889, pelo registro de nascimentos, óbitos e por todos os processos matrimoniais através do chamado Registro Paroquial.⁶

Por estas razões, em um contexto que legitimava e mantinha a autoridade masculina sobre a mulher e seus filhos e que objetivava reforçar laços patrimoniais até para sua posterior transmissão aos herdeiros, sem preocupações com valores afetivos, o Código Civil de 1916 preconizava esse exercício do poder e é nítida a finalidade do domínio pelo cônjuge varão, assim exposto:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime

⁴MARKY, Thomas. Curso elementar de Direito Romano. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 153.

⁵CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 24

⁶FILLIPO, Filipe de. O serviço notarial à luz do artigo 236 da Constituição de 1988 e seus aspectos controvertidos. 2006. 111 f. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2006.

matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial III. direito de fixar e mudar o domicílio da família. IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal. V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.⁷

O aspecto estático, a forma da família, era propósito principal de uma legislação que apenas tutelava aquela que fosse oficialmente matrimonializada, heteroparental e patriarcal. O tripé que sustentava esse modelo era: sexo, casamento e reprodução⁸, o que justificava todo o sacrifício individual de seus componentes em benefício da paz doméstica e da coesão dessa sistemática.⁹

Por essa razão, só receberiam chancela Estatal os filhos biológicos, naquele momento tachados de legítimos¹⁰, e que eram concebidos na constância do casamento, sendo totalmente discriminados os filhos adotivos, os de criação e os concebidos fora do casamento que não possuíam direito à herança e aos quais era destinado um capítulo inteiro neste Código Civil de 1916 que dispunha sobre seu regime jurídico diferenciado.¹¹

A família era, por conseguinte, célula mater do Estado que a tratava como sua, delimitando aquelas que por ele eram amparadas e reconhecidas em uma perspectiva de preservação da instituição essencial à ordem pública¹². O afeto não era tido como valor jurídico e, desta forma, o direito o suprimia.

⁷BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Coleção de Leis do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm> . Acesso em: 29 mar. 2018.

⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Novas configurações de família – Parte 1. EMERJ eventos. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?time_continue=405&v=11nIDFNwLWU> . Acesso em 01 abr. 2018.

⁹TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Civil-Constitucional das relações familiares. 1997. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>> . Acesso em 31 mar. 2018.

¹⁰Código Civil, 1916, artigo 337: São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé.

¹¹BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Coleção de Leis do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm> . Acesso em: 29 abr. 2018.

¹²TEPEDINO, Gustavo, 1997, op. cit., acesso em 01 abr. 2018.

Uma das consequências dessa circunstância foi a construção jurisprudencial de institutos do direito obrigacional para relações familiares, como no caso da utilização da sociedade de fato para suprir a vedação legal das uniões constituídas sem casamento, de modo a garantir-se alguma proteção a mulheres abandonadas por seus companheiros em uniões não reconhecidas como instituição familiar pela legislação vigente. Autores italianos denominaram esse mecanismo de “uso alternativo do direito”¹³ que decorreu pelo fato do Direito de Família ser aplicado exclusivamente àquele modelo Estatal rígido.

Permanecendo na contramão de outros campos científicos não dominados pelo saber legal, como a sociologia, psicologia e antropologia, o Direito confirmou o quanto não consegue acompanhar as sociedades que normatiza e insistia em sua conceituação de família atrelada ao casamento indissolúvel¹⁴. Persistia um modelo que teimava que a entidade familiar se pautava nesta rigidez transpessoal¹⁵, resultante de normas de cunho religioso e fundamentadas com vistas à procriação e laços patrimoniais.

Entretanto, com o advento tecnológico e diversos movimentos culturais verificados principalmente após a segunda metade do século XX, a família, também suscetível a estas modificações, foi considerada como uma entidade em decadência e que representava todo o inverno de uma tábua de valores conservadores e de repressão daqueles que a compunham.

A crescente industrialização desencadeou em um aumento da produtividade e do consumo, este que, instigado por estímulos publicitários, se mostrou como uma singular maneira de satisfação, ainda que impulsiva. O avanço da medicina e o surgimento de métodos contraceptivos com a consequente possibilidade de o casamento constituir-se sem a geração de filhos estimularam uma maior emancipação da mulher em um maior rol de opções ofertadas e livremente escolhida por elas, o que diferia do único caminho antes traçado pela coletividade feminina, que consistia em casar-se e procriar.¹⁶

¹³LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. 2002. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> . Acesso em 29 mar. 2018.

¹⁴Constituição Federal, 1967, artigo 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel.

¹⁵FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2018, op. cit., p.35

¹⁶ CALDERÓN, 2017, op. cit., p. 12

A sociedade de consumo necessitava incessantemente de satisfação, não havendo mais um único lugar comum que concretizasse esses desejos, que podiam variar conforme a pessoa e ainda ao longo de suas vidas. Nesta seara, a família tornou-se também ferramenta para a realização de seus integrantes, saindo seu enfoque da instituição e dirigindo-se aos seus sujeitos e aspirações.¹⁷

Por conseguinte, Maria Celina Bodin de Moraes constata de maneira exata que:

“crise houve, mas não investi contra a família em si; seu alvo foi o modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder.”¹⁸

A inflexibilidade proposta pelo *Codex*, centro do ordenamento até então, não era mais adequada à realidade que se fazia presente, não se sustentando mais acentuado formalismo. Era urgente uma nova concepção principiológica que acompanhasse as tendências e modelagens do que a própria sociedade e outros ramos do conhecimento já compreendiam como família.

1.1.2 A instituição familiar como instrumento para a concretização do projeto constitucional

A Constituição Federal de 1988 iniciou um movimento de consideração dos impactos temporais e espaciais e relativizou institutos estanques e severamente estruturados. Há, finalmente, uma percepção das influências exógenas e o Texto Magno não se pautou somente em um conhecimento puramente legal, indiferente ao seu entorno. Houve o reconhecimento, conforme constatado por Carlos Nelson Konder “de que todo instituto jurídico é contingente a uma determinada época e a um determinado local.”¹⁹

O saber jurídico, portanto, deveria suprir as demandas de uma sociedade que por sua liquidez e maior individualidade permitiu a busca pela realização pessoal, em uma retomada

¹⁷ Ibidem, p. 14.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. 2005. *A Família Democrática*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf> . Acesso em 31 mar. 2018.

¹⁹ KONDER, Carlos Nelson. *Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de Direito Civil*. Direito Civil / organização: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho et al; autores

hedonista em que prazeres são preenchidos em suas diversas facetas: pessoais, consumeristas, sexuais, familiares, dentre outros.

Com o decorrer dos anos, as transformações sociais conduziram a uma superação do modelo patriarcal e, aos poucos, alguns dogmas sobre a família e sua organização foram rompidos. Em 1977, com a Lei do Divórcio²⁰, a indissolubilidade do vínculo matrimonial deixa de existir, dando um passo na marcha evolutiva do Direito de Família brasileiro.²¹

Ato contínuo, a elaboração do texto foi resultado de uma conjuntura que alterou o vértice do ordenamento, consagrando uma inédita tábua de valores. O centro da tutela jurídica não seria mais o contrato, a propriedade, a empresa e a família como instituições pelo simples fato de existirem. O ente familiar não deveria ser protegido por ser “unidade de proteção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos”²², mas, sim porque é também um dos mecanismos de efetivação de toda uma sistemática trazida e que centraliza o sujeito.²³

Desta forma, o colapso experimentado pelo padrão tradicional cedeu espaço ao paradigma de uma família que teve seu arranjo transformado de maneira flexível e que se moldou para promover toda uma carga de princípios que permitisse seus membros atenderem às suas aspirações individuais.²⁴ A vocação da família é ser alicerce fundamental para o alcance da felicidade²⁵, isto é, há o surgimento da família eudemonista, assim definida por Rolf Madaleno:

²⁰ Refere-se à Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. V. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 308.

²² TEPEDINO, Gustavo, 1997, op. cit., acesso em 08 abr. 2018.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2018, op. cit, p. 74.

“O termo família eudemonista é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros.”²⁶

Ao apontar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, III, CF²⁷, colocou-se o ser humano no “epicentro axiológico”²⁸ do ordenamento. Por isso, não se permite a superioridade de quaisquer outras instituições, ainda que estas possuam previsão constitucional, devendo ser elas instrumentalizadas de forma a empreender a realização dos indivíduos que a formam e não estes serem sacrificados em favor daqueles. Assim aponta Paulo Luiz Netto Lôbo:

“A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o lócus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana.”²⁹

Diante de tamanha carga subjetiva, isto é, protagonizando-se os sujeitos, era inviável permanecer apenas com o paradigma da família patriarcal constituída pelo casamento, que discriminava a cônjuge virago, filhos que não fossem havidos em sua constância e uniões não concebidas no modelo matrimonial. Suplicava-se, então, pelo reconhecimento de outros arranjos que também exercem a função que designamos à família, qual seja, a valorização do ser humano e que tornam obrigatórios a igualdade entre homem e mulher e entre os filhos.

Juntamente com a dignidade da pessoa humana, atua o princípio da liberdade expresso no *caput* do artigo 5º, CF³⁰ que embasa a possibilidade de se alterar totalmente a cartografia dos mapas conjugais e parentais, ou seja, as formas das famílias. Os sujeitos, tutelados por

²⁶ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31.

²⁷ Constituição Federal, 1988, artigo 1º, III, CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana.

²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit. P 405

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto, 2002, op. cit., acesso em 08 abr. 2018.

³⁰ Constituição Federal, 1988: artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

essa liberdade, constituem suas famílias segundo suas escolhas, através de suas experiências, tornando totalmente dúctil tal compreensão.

Logo, alicerçada na centralização da pessoa humana e na promoção da democracia em todas as formas e arcabouços nos quais se constrói e articula a sociedade, era preciso que a família exercitasse essa conjectura da Constituição da República. E para que isso se concretizasse imprescindível e necessária a ruptura da ótica da “família-instituição” e a gênese da “família-instrumento.”

O conceito estático que privilegiava a forma, que sobretudo era única, dessa entidade foi substituído por um dinâmico, pois, a família poderia resultar em suas múltiplas formas desde que atendesse e fosse funcionalizada em razão da dignidade de seus partícipes. Ou seja, para que seja digna de tutela, basta que seja engrenagem para a prática dos princípios expressos na Carta de 1988³¹. Há uma função social dessa família que é potencializar interesses afetivos, psíquicos e existenciais, correspondendo a anseios individuais e não àqueles que são destinados ao Estado e à própria instituição em si.³²

No entanto, a Lei Maior ao ampliar a previsão de outras formas de família, expressamente abrangeu além do casamento, apenas a união estável no artigo 226, §3º³³, CF e a família monoparental no artigo 226, §4º³⁴, CF e com isso iniciou-se intensa produção doutrinária e jurisprudencial acerca da viabilidade ou não de acolhimento de outras estruturas já existentes e aceitas na conjuntura social. As correntes em debate clamavam uma pelo apego à literalidade da lei e reconhecimento dos 3 modelos previstos baseando-se essa em um rol taxativo – *numerus apertus* -, e outra que através de uma interpretação sistemática objetivava o acolhimento de agrupamentos diversos que realizassem plenamente a sistemática constitucional, privilegiando a função e não a forma, clamando por um rol exemplificativo – *numerus clausus*.

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de, 2005, op. cit., acesso em 08 abr. 2018.

³² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Civil Constitucional e relações de família. P 415

³³ Constituição Federal, 1988: artigo 226, §3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

³⁴ Constituição Federal, 1988: artigo 226, §4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Contudo, prevaleceu-se através de uma interpretação com toda a regularização constitucional que esse rol não era taxativo e, ademais, que não havia preponderância do casamento sobre as demais formas de família, sendo aquelas expressamente dispostas meros exemplos, não havendo razão para que se perpetuasse um regramento discriminatório e excludente não condizente com todo o arcabouço textual que deve ser interpretado de forma a ter o maior alcance possível.³⁵

No decorrer dos anos viu-se então ampliar o reconhecimento e a consequente proteção jurídica para diversas unidades de vivência familiar, além daquelas expressamente previstas, isto é, o casamento, união estável e famílias monoparentais. Deste movimento surgiu a união homoafetiva, em maio de 2011 pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277/2009 que podem se constituir através da união estável ou do casamento; as famílias anaparentais³⁶ que são aquelas que se constituem sem ascendentes, tendo como exemplo principal a convivência entre irmãos; famílias afetivas formadas com filhos de criação, muitas das vezes se constituindo apenas por um dos ascendentes de 1º grau; casais em que um ou os dois cônjuges apenas se separaram de fato do relacionamento anterior já extinto e que já coabitam neste novo relacionamento formando a chamada família reconstituída, dentre outras várias formas.

Reconstruiu-se o Direito de Família, caracterizado por aquele centralizado na figura paterna, monogâmica e patriarcal para uma nova concepção marcada pelo Direito das Famílias que abrange os mais diversos e metamórficos agrupamentos que são compreendidos socialmente como família.

Desta forma, ao optar-se por elevar a pessoa humana ao centro do ordenamento e ainda consagrar uma abundante carga principiológica, a forma de composição do exercício familiar foi modificada porque deixado ao critério daqueles que a constituem, não sendo unitário e não tendo mais somente o casamento como referência. Para a família estabelecer-se, portanto, é

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto, 2002, op. cit., Acesso em 09 abr. 2018.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.75.

fundamental e suficiente a edificação de um espaço de realização pessoal vinculado pelo afeto e que instrumentalize todo esse projeto democrático instituído em 1988.³⁷

1.2 A principiologia constitucional da família-instrumento³⁸

1.2.1 A definição de família pela Carta de 1988

Limitar e definir institutos são tarefas indispensáveis a qualquer âmbito do saber jurídico, o que se dá pela utilidade de prever as implicações que podem decorrer. Com o Direito das Famílias não poderia ser diferente uma necessidade tão severa de classificação até por ser este o ramo do Direito que é mais intimamente vinculado à condição humana. Conceitua-se para proteger e desta conceituação que decorre é possível consagrar, por exemplo, a impenhorabilidade do bem de família, os efeitos sucessórios e até mesmo a questão alimentícia, isto é, todas as consequências patrimoniais e existenciais.

Entretanto, em uma interpretação literal e expressa da Constituição Federal de 1988, as formas familiares seriam apenas a o casamento, a união estável e a família monoparental. Outrossim, a legislação codificada continha muitos resquícios de um ideal positivista, fechado e que conduzia a um isolamento do direito privado sem que houvesse uma interação de fontes e sua posterior harmonização com as condições que lhe eram contemporâneas.

Por esta razão, norteadas pela sua função maior de dar abrigo ao sistema democrático, a definição de família deveria ser construída através de todo o caldo principiológico trazido pelo constituinte originário, tutelando a multifacetária sociedade brasileira, o que seria mera decorrência do reconhecimento das modalidades de família que estão implícitas no texto constitucional.³⁹ Tal tarefa foi executada pela doutrina e jurisprudência que empreendeu respostas através dessa visão dialética do direito civil com o direito constitucional.⁴⁰

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das novas famílias contemporâneas. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2705/pdf>> Acesso em 21 abr. 2018.

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2018, op. cit., p.37

³⁹ MADALENO, Rolf, 2015, op. cit, p. 04.

⁴⁰ CALDERÓN, 2017, op. cit., p. 9.

Logo, imperioso conhecer o conteúdo desta porção que institui o caráter dinâmico das famílias, ou seja, sua função, demonstrando como que se instrumentaliza tal organismo para com seus integrantes.

1.2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana no direito das famílias

Originária de um marco filosófico iluminista de onde emerge o ideal da centralidade do homem e de seu fim em si mesmo, a dignidade da pessoa humana tornou-se consenso ético e passou a protagonizar os diversos ordenamentos ocidentais após o hediondo período da Segunda Guerra Mundial. Naquele cenário de horrores vividos na primeira metade do século XX era inadiável uma associação entre direito e moral que permitisse uma interpretação normativa influenciada por valores sociais.⁴¹

Considerada um conceito cambiante, que irradia efeitos para todo o processo interpretativo, funcionando como um elixir para direitos, mas também constituindo papel normativo, não deve ser restritamente tomado somente como direito fundamental, porém como princípio, a despeito destes serem institutos intrinsecamente correlatos. Ao qualificarmos a dignidade da pessoa humana apenas como direito fundamental, a colocamos em um patamar mais débil do que aquele que ela teria caso fosse tida como epicentro axiológico da ordem constitucional de onde desempenha papel primordial para a solução de questões complexas para as quais não há uma regra legislativa específica.⁴²

Muito já se discutiu acerca da essência deste princípio, sendo considerado por alguns como um grande guarda chuva que é capaz de proteger qualquer ideal, conforme conveniente ao intérprete e ao caso concreto. Entretanto, o Ministro Luís Roberto Barroso, através de profundo estudo doutrinário, legislativo e jurisprudencial estruturou o que ele denominou de “conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana” e que está erigido em três pilares: o valor intrínseco dos seres humanos; a autonomia de cada indivíduo e; valores comunitários e sobre os quais será feita breve observação.⁴³

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar – A dignidade humana no direito contemporâneo e discurso transnacional. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf Acesso em 30 abr. 2018.

⁴² Ibidem

⁴³ Ibidem

O valor intrínseco tem sua concepção atrelada não a institutos jurídicos formais e uma hermenêutica puramente científica, contudo, é fundido a um arquétipo kantiano que tem a proteção da personalidade humana como bússola do sistema.⁴⁴ Desta noção, ligada a não instrumentalização do homem, que possui um fim em si mesmo, extraímos a percepção, quanto ao direito das famílias, de que é a família que serve ao sujeito e não o contrário, não podendo ele ser “meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros,” conforme assinalado pelo expoente constitucionalista.⁴⁵

O segundo suporte, qual seja, a autonomia, edifica a independência e faculdade de cada indivíduo indicar com esmero como governar escolhas e o seu ideal de vida, o que deve ser feito de maneira espontânea e natural, sem ingerências externas. É mister, portanto, destacar que a autonomia manifesta-se claramente em decisões sexuais e de relacionamentos pessoais, cabendo a cada um autodeterminar-se em como deseja exercer tal liberdade até mesmo para avaliar qual modelo familiar pretende fundar e manter.⁴⁶

Por último, o elemento dos valores comunitários representa os limites impostos à autonomia e que se dá em uma espécie de acordo de valores culturais e consuetudinários compartilhados por toda uma coletividade em virtude daquilo que por esta é considerado como digno. Observa-se a influência deste pilar nos artigos 226, §§ 7º⁴⁷ e 8º⁴⁸, artigo 227, *caput*⁴⁹ e artigo 230, *caput*⁵⁰, todos da Constituição Federal em que se dispõe que apesar do

⁴⁴ MELLO, Cleyson de Moraes. Os caminhos da proteção da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto, op. cit. Acesso em 30 abr. 2018.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ Constituição Federal, 1988, artigo 226, §7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁴⁸ Constituição Federal, 1988, artigo 226, §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.

⁴⁹ Constituição Federal, 1988, artigo 227, *caput*: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

planejamento familiar ser de livre decisão dos membros familiares, ele deve se instituir de forma a reprimir a violência dentro deste agrupamento de pessoas, assim como de forma a garantir a plena proteção da criança, do jovem e do idoso, isto é, daqueles grupos tidos como socialmente vulneráveis. No âmbito deste terceiro ponto, as normas impostas pelo Estado e aceitas por um grupo molduram as liberdades que são inteiramente amplas no alicerce da autonomia.

A partir dessas três bases observamos que o princípio expressamente disposto no artigo 1º, III da Carta da República de 1988, por ser um conceito jurídico indeterminado, atua, na prática, como uma massa que se molda conforme a forma em que é colocado, ou seja, é interpretado casuisticamente. Privacidade, união homoafetiva, proteção contra a autoincriminação em processos penais nos quais o réu não precisa colher provas contra ele mesmo, morte digna e aborto foram umas das questões balizadas por este fundamento.⁵¹

No direito das famílias, por sua vez, o reflexo da dignidade da pessoa humana, conforme constatado pelo Desembargador Guilherme Calmon “atua no segmento de assegurar o pleno desenvolvimento da dignidade e da personalidade de todas as pessoas humanas que integram a entidade familiar.” Tal fenômeno retirou a leitura insular deste ramo do direito que deve dialogar com aspectos distintos do conteúdo hermético científico para ser lido em um viés ontológico.⁵²

1.2.3 O princípio da liberdade e sua aplicação à pluralidade e diversidade familiar

Inexistente outra forma de associação humana que traz à baila de forma tão evidente as modificações no comportamento da humanidade como a família.

Devido às acentuadas transformações ocorridas na marcha social e observadas no último século, este quadro refletiu-se nos relacionamentos pessoais que sob o prima da subjetividade, volúvel para cada pessoa, passaram a expressar seu interesse primordial na

⁵⁰ Constituição Federal, 1988, artigo 230, *caput*: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, op. cit. P 412

⁵² MELLO, Cleyson de Moraes, op. cit.

satisfação de seus sujeitos. Ato contínuo, o ideal das justas núpcias não era mais o único protótipo a ser seguido, emergindo relações afetivas das mais diversas configurações.

A liberdade, que potencializa a realização existencial dos seres humanos, se interliga, portanto ao imperativo de cada um de indicar de que maneira irá constituir e manter sua família. Até porque em um contexto que despatrimonializou as relações pessoais e as elencou a um conceito líquido e plural, o matrimônio não será a única dimensão de sua formação, conforme ensina Rodrigo da Cunha Pereira:

“a família não se constitui apenas de pai, mãe e filho, mas é antes uma estruturação psíquica em que cada um dos seus membros ocupa um lugar, uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente.”⁵³

Previsto no artigo no *caput* do artigo 5º da Constituição da República⁵⁴, o princípio da liberdade na família diz respeito não só à forma como cada qual irá construir sua entidade familiar sem interferências Estatais ou de terceiros, mas também, em um aspecto interno, diz respeito à liberdade de cada um dos familiares diante dos demais componentes que devem respeitar-se de maneira a exercer o amor e a compreensão.⁵⁵

Em uma análise mais estrita, o aspecto externo está entrelaçado com o princípio da pluralidade familiar, disposto no artigo 226, *caput* do Texto Magno⁵⁶ que traz um conceito plural e indeterminado. Há, portanto, uma cláusula geral de inclusão que é concretizada pelas mudanças verificadas no contexto comunitário e que para garantir uma maior abrangência e conseqüente não marginalização precisa ser lida à luz de um ideal de proteção do lugar em que seus integrantes vão atingir e consolidar sua dignidade e felicidade.

Não há um rol único que determine como deverão ser as entidades familiares devendo aquele que a quiser constituir se encaixar em um destes, mas há um rol de valores que se

⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 166.

⁵⁴ Constituição Federal, 1988, artigo 5º, *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁵⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, op. cit. 416

⁵⁶ Constituição Federal, 1998, artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

exercido por um conjunto de pessoas, este será considerado como entidade familiar, o que permite sua diversificação.

Desde que exerça sua função que a sociedade destinou de formar e cuidar da pessoa dignamente e estando seus componentes ligados por um laço afetivo que tende à permanência, como família será considerada esse agrupamento não importando sua feição, o que acentua a pluralidade e liquidez dos arranjos construídos pelas pessoas.⁵⁷

1.2.4 O princípio da igualdade

Assim como a liberdade, a igualdade é considerada direito fundamental de primeira geração, logo, é resultado de uma ideologia liberal-burguesa originada no século XVIII. Por neste panorama ideológico ter sido embasada, possui forte cunho individualista, sendo entendida, neste primeiro momento, como um direito negativo, o qual preservava a abstenção do Estado e um espaço de independência pessoal frente ao seu domínio.⁵⁸ O princípio da igualdade aqui é predominantemente delimitado pela igualdade perante a lei, a qual está preconizada no artigo 5º, *caput*⁵⁹ da Carta Política de 1988.

Entretanto, o caminhar do tempo e a perpetuação de mazelas sociais como as desigualdades, pobreza extrema e discriminação de classes levou à percepção de que não seria uma mera igualdade formal que garantiria a efetividade deste princípio. Ao longo do século XIX, até mesmo pelo impacto de doutrinas socialistas desenvolveu-se uma nova assimilação dessa ideia que mantém a proibição do tratamento discriminatório de pessoas que estão em idêntica situação, contudo, que autoriza a diferenciação sempre que, de fato, houver uma distinção entre as partes ou grupos.

Leciona propriamente Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald que:

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2018, op. cit., p.78

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 274

⁵⁹ Constituição Federal, 1988, artigo 5º, *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

“o verdadeiro sentido da igualdade substancial é tratar desigualmente quem está em posição desigual e tratar igualmente quem está na mesma posição jurídica. Ou seja, o princípio da isonomia pode resultar na necessidade de tratamento igual ou desigual, a depender das circunstâncias fáticas das pessoas envolvidas na relação jurídica.”⁶⁰

Nesta nova abordagem, em sentido oposto àquele que se clamava no século XVIII, reivindicava-se uma prestação estatal que em uma dimensão positiva deveria ter um papel ativo de forma a promover o estado de bem estar social. Direito à prestação de saúde, educação, previdência social eram traços marcantes desta doutrina que almejava uma equalização de disparidades perceptíveis.

A leitura do princípio da igualdade deve ser feita em dois enfoques. A igualdade formal é aquela que prevê o tratamento igualitário dos seres humanos diante de uma perspectiva legal. Mas, de forma a complementar esse primeiro entendimento e para lhe dar maior eficácia há também a igualdade material que irá diferenciar o tratamento dado aos indivíduos de maneira a nivelar desiguais e assegurar uma perspectiva mais isonômica.

Através de atenta leitura ao texto constitucional observa-se que esse princípio está explícito em artigos que tratam de aspectos familiares, trabalhistas, sexuais e de gênero e, além disso, é abordado também de forma implícita e para nortear outro grupo de princípios, evitando discriminações das mais variadas configurações. Por isso, será abordado nos dois vieses que desembocou no direito das famílias e que corresponde na igualdade entre os cônjuges, assim como na igualdade entre os filhos. Destacando que a pluralidade de formas familiares também foi garantida graças ao princípio da igualdade que marcou, por exemplo, o reconhecimento da família homoafetiva.

1.2.4.1 A isonomia entre os cônjuges

Estigmatizada e ferida por uma trajetória de submissão, a mulher durante todo o caminhar histórico foi definida como sendo uma serva de seu marido. Impedida de trabalhar, tendo seu domicílio definido apenas pelo cônjuge varão e, em um apogeu de aberrações sendo

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2018, op. cit., p. 99

considerada relativamente incapaz a partir do momento que contraísse núpcias⁶¹, ela era totalmente reificada para atender aos anseios daqueles que a dominavam.

Na esfera cível, era impossibilitada de opinar sobre os rumos da família e seu papel era restrito ao governo doméstico. Já na esfera penal, a tese da legítima defesa da honra tornava lícito o crime de homicídio praticado pelo marido que ao descobrir que sua mulher possuía uma relação extraconjugal a assassinava e, ainda neste mesmo quadro, o homem que obrigasse sua esposa a com ele ter relações sexuais não praticava o crime de estupro, pois seria tal ato um mero exercício regular de direito, isto é, outra excludente de ilicitude.

Como uma das diversas referências culturais da década que nunca terminou, a revolução feminina e o surgimento dos primeiros métodos contraceptivos foram as sementes para uma nova organização social em que a mulher não poderia mais ser um mero objeto, garantindo sua voz e expressão no núcleo familiar.

Em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, a capacidade plena é devolvida àquelas que fossem casadas e, ato contínuo, foi dispensada a autorização marital para que a mulher exercesse suas atividades laborativas, sendo seu produto econômico considerado bens reservados e que não respondiam pelas dívidas do marido.

Como expressivo estágio seguinte, houve a Lei do Divórcio de 1977 que permitiu a dissolubilidade do vínculo matrimonial e que também regulamentou que na ausência de manifestação dos nubentes, no ato do casamento, passaria a vigorar o regime da comunhão parcial de bens.⁶²

Apenas a Constituição Federal de 1988 que alavancou a relevante reestruturação do direito das famílias que observamos contemporaneamente. Observamos, assim, em seu teor a igualdade entre homens e mulheres prevista no artigo 5º, I⁶³, como também, e aqui de forma

⁶¹ Código Civil, 1916, artigo 6º: São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

⁶² DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf> Acesso em 07 mai. 2018

⁶³ Constituição Federal, 1988, artigo 5º, I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

mais direcionada ao núcleo familiar, no artigo 226, §5⁶⁴ eliminou totalmente qualquer submissão entre os cônjuges no que concerne ao exercício do poder familiar.

A previsão constitucional, no entanto, não dizimou subitamente toda uma cultura de hostilização que perpassa a existência da mulher e o machismo continuou e, ainda continua, a deixar marcas, constando-se que não seria apenas o texto da Carta Política que sozinho modificaria essa estrutura já solidificada.

Por isso, indispensável em certos pontos a diferenciação legal, isto é, a não absoluta igualdade formal para que materialmente ela pudesse ser expressa. E nesta justificativa se baseia a Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006 - pois sempre que se depara com algum *discrímen* no plano fático não é possível aplicar a mera igualdade formal sem se considerar as diferenças que se fazem presente, sendo imprescindível a adoção de ações afirmativas para quem sempre foi a vítima de violência doméstica.⁶⁵

É essa lei uma medida compensatória que ameniza um modelo conservador de sociedade que submete a mulher a uma posição de inferioridade que a mantém vítima da autoridade e força física masculina. A partir de seu conteúdo observamos que ela cria mecanismos diferenciados para o afastamento e sanção agressor e, teve ainda como um de seus ápices a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher que devem possuir estrutura interdisciplinar de amparo e proteção.

Destaca-se, então, que o princípio da igualdade não tem uma aplicabilidade única e absoluta, podendo ele ser modelado de forma a se ajustar ao caso concreto o que pode exigir limitações que devem ter como parâmetro seu núcleo essencial, sendo este intangível. Diferenciações são primordiais se tivermos como finalidade a eliminação de contratos que são colocados pela própria cultura e pelas mais variadas formas que se concebem os seres humanos.

1.2.4.2 A isonomia na filiação

⁶⁴ Constituição Federal, 1988, artigo 226, §5: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2018, op. cit., p. 105

Sob a vigência do superado Código Civil de 1916, por ser o casamento o único padrão familiar admitido, apenas os filhos dele biologicamente provenientes seriam aqueles que teriam seus direitos e parentalidade garantidos. Até mesmo os filhos adotivos, ainda que o procedimento de adoção fosse realizado na vigência da relação marital, eram excluídos dos mesmos privilégios reconhecidos aos filhos biológicos que recebiam a titulação de filhos legítimos.

No ideal monogâmico, matrimonial e patriarcal, a família era a finalidade principal a ser obtida, devendo seus integrantes a ela se adequar de forma a promoverem e manterem esse núcleo. O centro era a instituição, jamais seus membros e conseqüentemente, todos aqueles que ameaçavam essa estrutura eram abolidos de qualquer possibilidade dela adentrarem, para que assim se assegurasse sua indissolubilidade.⁶⁶

Desse palco de exclusões surgiram as nomenclaturas de filhos ilegítimos, espúrios, incestuosos e adulterinos. Os filhos ilegítimos eram classificados como espúrios ou naturais, sendo estes decorrência uma união de duas pessoas que não se casaram, mas, poderiam fazê-lo por não haver impedimento para tal e os aqueles que resultavam da união de quem possuía impedimento matrimonial. Por sua vez, os filhos espúrios eram divididos em incestuosos e adulterinos. Eram incestuosos quando o impedimento matrimonial de seus pais decorria por vínculo de parentesco e adulterinos quando um ou ambos de seus genitores eram casados com terceira pessoa.⁶⁷

Na sistemática de preservação da família e sendo ela vista como um método de transmissão de bens, isto é, com toda uma temática patrimonial, o afastamento dos filhos não legítimos era crucial para que esse conjunto de bens fosse mantido sempre no mesmo núcleo e assim dispunha o diploma normativo privado de 1916: “Artigo 377: Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.”⁶⁸

⁶⁶ MADALENO, Rolf, 2015, op. cit, p. 105.

⁶⁷ LUCHESE, Mafalda. Filhos – evolução até a plena igualdade jurídica. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_231.pdf> Acesso em 09 mai. 2018.

⁶⁸ BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Coleção de Leis do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm> . Acesso em: 10 mai. 2018.

Sem embargo, em uma nova arquitetura jurídica em que todo instituto jurídico tem que cumprir sua função e finalidade de efetivar o sistema valorativo da dignidade do homem, da solidariedade e da liberdade é imperioso eliminar toda leitura egoística e individualista das entidades familiares.⁶⁹

Destarte, a Carta Magna da República de 1988 assim prevê em seu artigo 226, §7º que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁷⁰

Esta visão, em compasso com os preceitos de ampla proteção que é colocada aos filhos destina a eles uma posição central na estrutura familiar, tornando-os sujeitos de direitos e impedindo qualquer discriminação, seja de caráter patrimonial ou existencial.

Não há lugar para discriminações legais e privilégios por conta do critério puramente biológico, a família contemporânea é nutrida e se constrói pelo afeto, sendo ele o parâmetro fundamental para que se consagre todo o entendimento de valorização humanitária instituído pela Carta de outubro de 1988. Os tipos de parentesco são equiparados, não havendo distinções ou prioridades entre eles.

Isto posto, a orientação trazida por toda gramática de direitos, pelo ideal da igualdade e pela consideração do ser humano como centro do ordenamento impossibilita a perspectiva odiosa e que responsabiliza os descendentes pela conduta e escolhas tomadas por seus genitores.⁷¹

1.2.5 O princípio da solidariedade

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2018, op. cit., p. 131-132.

⁷⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

⁷¹ MADALENO, Rolf, 2015, op. cit, p. 105.

O palco constitucional é também composto pelo pilar da solidariedade e no artigo 3º, I, CF⁷² temos a previsão deste princípio que incide de modo muito peculiar nas famílias já que implica que elas se tornem a base de uma sociedade que clama por igualdade, respeito e autonomia, sendo, um micro espaço que reflete todos esses preceitos democráticos.⁷³ Aqueles por ela abrangidos cooperam entre si, pois estão mutualmente obrigados a exercerem essa tábua de valores. Assim expressa Paulo Lôbo:

“O macroprincípio da solidariedade perpassa transversalmente os princípios gerais do direito de família, sem o qual não teriam o colorido que os destacam, a saber, o princípio da convivência familiar, o princípio da afetividade e especialmente o princípio do melhor interesse da criança. Por esta razão, o princípio da solidariedade é observado quando o direito de convivência das crianças com seus parentes próximos não é obstado, ainda que contrarie os interesses de seus pais, como no caso do contato afetivo entre netos e avós, sobrinhos e tios.”⁷⁴

Por ter sido eleita como uma das normas que está entre os princípios fundamentais, podemos dizer que é um dos eixos do Estado Democrático de Direito justamente com a dignidade da pessoa humana, tendo essas duas vertentes o objetivo de constituir uma sociedade desprendida de valores individualistas, fato que era muito comum em Estados Liberais.⁷⁵

A solidariedade confere unidade a um encontro de certos objetivos, o que fica claramente demonstrado no direito das famílias. O dever de prestação de alimentos faz convergir a necessidade da criança e a possibilidade do alimentando, os quais devem ser ponderados até que se atinja um núcleo comum. O mesmo ocorre na mútua assistência que exige dos cônjuges um comportamento de colaboração, de apoio, dedicação e carinho recíprocos.

O cuidado, assim como o afeto, adquiriu valor jurídico e, por isso deve ser exercido não somente pelo Estado através de suas prestações positivas de políticas públicas, mas também

⁷² Constituição Federal, 1988: artigo 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

⁷⁴ LOBÔ, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf> Acesso em: 11 mai. 2018.

⁷⁵ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. Direito Civil – Família. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 26.

pelo exercício comum de apoio e auxílio entre as pessoas que, por viverem em conjunto estão obrigados a agirem de tal maneira.

Um dos realces dado a essa projeção jurídica da solidariedade encontra-se na preocupação com grupos vulneráveis, o que diz respeito aos idosos e as crianças, no que tange ao direito das famílias. Os artigos 229 e 230 ambos da Constituição Federal refletem toda essa preocupação com essas pessoas.

Desta forma, em uma sistemática de realização das pessoas, de exercício da afetividade, o princípio da solidariedade tem por objetivo limitar a autonomia da vontade que pode levar à concepções egoísticas e, simultaneamente também garantir o efetivo amparo bilateral existente nos relacionamentos. O suporte familiar é dever de seus membros que devem atuar sempre em conjunto, amparando-se, assim, praticar todo o ideal humanístico vigente.

1.2.6 O princípio do melhor interesse da criança

A primeira vez em que se afirmou a prioridade do interesse da criança em detrimento de seus pais foi no caso *Commonwealth x Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia atribuiu a guarda do menor à sua mãe, que havia sido acusada de adultério. No *deciduum* assim se determinou, pois era ela quem contemplava o mais benéfico ao menor e com quem ele teria um desenvolvimento mais saudável.

Por ter origem em doutrina internacional, sua expressão primordial deriva do inglês - *best interest of the child* - tendo sido traduzido por alguns autores como o maior interesse da criança, o que implica em uma ideia quantitativa. Entretanto, objetivando o interesse de forma qualitativa, o termo usado de forma majoritária é mais adequado.

Previsto no artigo 227 da Constituição da República, nos artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente e também no artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o princípio do melhor interesse da criança tornou aqueles por ela tutelados sujeitos de direitos e não meros destinatários da vontade de seus genitores ou do Estado.

Em uma perspectiva kantiana de que o homem possui valor intrínseco, essa ideia de que ele não pode ser instrumentalizado inicia-se com o seu nascimento e, conseqüentemente,

abrange aqueles que tão vulneráveis são no contexto familiar. Predomina, na atualidade, a doutrina da proteção integral que repercute na esfera familiar e atinge suas entidades, como leciona Heloisa Helena Barbosa:

Diretamente atingidos foram os institutos da filiação, do pátrio poder, da guarda, do estabelecimento da paternidade, da adoção e da tutela. Impõem-se os novos princípios sobre os dispositivos existentes, quer no Código Civil, quer em leis extravagantes, derogando-os em todos os termos incompatíveis com a nova ordem.⁷⁶

Esse princípio, contudo, não só deslocou o pátrio poder para o poder familiar, que existe em função e para o filho, como também norteia as ações de investigação de parentesco socioafetivo, adoção e disputa de guarda. A verdade biológica, tendo como exemplo, não pode ser mais critério único e absoluto em uma ótica que privilegia o desenvolvimento e felicidade dos menores.

A partir de todo esse ângulo de compreensão, reconstruiu-se o arcabouço familiar que não é mais piramidal, momento no qual os filhos constituíam a base e os pais o topo da pirâmide. Entretanto, atualmente entende-se a família como um círculo no qual a prole encontra-se no centro e seus genitores no perímetro da circunferência.

Perante toda essa legislação e sabendo que os princípios não devem ser meros orientadores, mas que também possuem valor normativo, a jurisprudência trouxe essa subjetividade para ações de guarda, na adoção e também para definir a filiação socioafetiva, tendo a criança, sua vontade e escolha total atenção e relevância para que seja proferida a decisão mais condizente ao caso concreto.⁷⁷

1.2.7 O princípio da paternidade responsável

Como já dito, por ser a criança compreendida como sujeito de direitos e por ter sido ela colocada no epicentro familiar, cabe aos pais, genitores e até mesmo familiares, respeitando-

⁷⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/69.pdf#page=215. Acesso em 14 mai. 2018

⁷⁷ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. Direito Civil – Família. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 38.

se os limites do parentesco, um comportamento jamais adotado anteriormente. A responsabilidade é vital àqueles que geraram e procriaram uma nova vida.

O constituinte brasileiro, de forma equivocada traduziu o termo *responsible parenthood*, para paternidade responsável, entretanto, ele deveria ser entendido como princípio da parentalidade responsável, pois desta maneira estariam também inclusas as mulheres.⁷⁸ Tal princípio é consagrado no artigo 226, §7º da Carta da República.

Os pais, em conjunto até mesmo por conta da solidariedade e seu viés da mútua assistência devem suprir as necessidades físicas, mentais, educacionais, culturais e os cuidados que demandam seus filhos.

A decisão pela procriação deve ser um ato que gera toda uma responsabilidade de zelo pelo ser que ao mundo veio. Os pais, genitores e a família não podem tornar essa criança um mero ser manipulado para suas vontades e anseios, ou sequer podem cogitar de colocar a prole como moeda de troca de um relacionamento fracassado, o que muito ocorre na alienação parental que tende a gerar efeitos bastante severos para aqueles mais desprotegidos nessa circunstância ao frustrar a convivência entre pais e filhos.

⁷⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, op. cit. P 417

2 PARENTESCO E FILIAÇÃO: MODALIDADES CLÁSSICAS E TRADICIONAIS

2.1 Parentesco e filiação

2.1.1 Conceito e estrutura

O parentesco, bem como a maior parte das categorias reguladas no direito das famílias, passou por profundas alterações no que concerne ao seu conteúdo. Seu revelo é produto de inúmeros processos culturais aos quais a sociedade foi exposta e que resultou em uma nova feição de todo o mapa familiar e parental.⁷⁹

A cognição do parentesco transborda o conhecimento jurídico e inunda outros campos como a psicologia, antropologia e até mesmo a medicina, em cada um deles possuindo uma determinada abordagem. Entretanto, inegável afirmar que nas ciências humanas e sociais que não jurídicas, a relação parental jamais foi tão somente associada ao critério biológico, sendo ela a que atendia às expectativas e necessidades do próprio ser humano.

Na roupagem civil-constitucional, o parentesco e a filiação também precisam vestir todo o arcabouço humanista, garantista e solidário trazido em 1988 e que funcionalizam essas relações em razão da dignidade e felicidade de cada um de seus componentes, materializando todos os valores tendentes ao exercício dessa tábua valorativa.

Previsto e regulado no Código Civil de 2002 nos artigos 1.591 a 1.638, em cinco capítulos, cuidou a presente lei de suas espécies, limites, possibilidade de reconhecimento e exercício. E ao defini-lo, no artigo 1.593, determinou-se que esse instituto poderia ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Percebe-se, então, que o parentesco é um vínculo que une uma pessoa a outra, podendo ser originado de duas diferentes causas.

Segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, a palavra parentesco possui dois sentidos, um estrito e outro amplo. *Stricto sensu*, refere-se ao parentesco consanguíneo, que se origina no liame genético existente entre duas pessoas, seja por derivarem de um

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2018, op. cit., p.545.

mesmo ancestral, o que corresponde ao parentesco em linha colateral ou transversal, seja por descenderem uma da outra, o que diz respeito ao parentesco em linha reta. Já no sentido amplo, afiguram-se também o parentesco por afinidade, consistente no elo que se cria entre o cônjuge ou companheiro e os parentes de seu par e o parentesco civil, decorrente da adoção. Por fim, a expressão “outra origem” contida no texto legal abrange esses e outros critérios não expressamente previstos, porém aptos a estabelecer o vínculo jurídico do parentesco.⁸⁰

Este entendimento mais amplo que é dado contemporaneamente ao parentesco é assim definido por Maria Helena Diniz:

“É a relação vinculatoria existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo.”⁸¹

Esse mesmo diploma legal também se encarregou de organizar o instituto do parentesco e ele foi estabelecido por linhas, mas contado em graus, conforme expresso nos artigos 1.591 e 1.592. As linhas podem ser retas ou colaterais e enquanto aquelas unem pessoas que descendem umas das outras, estas ligam indivíduos que possuem um ancestral comum. Já o grau de parentesco é obtido pela contagem do número de gerações que separam as pessoas cujas relações estão sendo determinadas.⁸² A linha reta pode ser ascendente ou descendente e é infinita na configuração do parentesco, no que diz respeito aos graus.⁸³ Já a linha colateral, conforme preceitua o art. 1.592 do Código Civil, é limitada ao 4º grau, sendo certo que, para além daí, não há que se falar em parentesco, extinguindo-se qualquer vínculo.⁸⁴

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. Vol. 6. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 271.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 5, p. 431.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2017, op. cit., p. 378.

⁸³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*, op. cit., p. 205.

⁸⁴ Código Civil de 2002, artigo 1.597: São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”. (Grifou-se).

A contagem dos graus de parentesco dá-se de forma diversa nas linhas reta e colateral. Na primeira, conta-se o intervalo direto entre as gerações, enquanto na segunda a contagem dá-se subindo até o ancestral comum e descendo até o parente com o qual se quer confrontar. Como na linha colateral não há uma relação de descendência ou ascendência direta entre os parentes, inexistente o primeiro grau, razão pela qual, mesmo os irmãos, parentes colaterais de maior proximidade, são considerados colaterais de segundo grau, enquanto que tios e sobrinhos serão parentes de terceiro e primos, tios-avós e sobrinhos netos serão parentes de quarto grau, encerrando-se aqui quaisquer elos e seus consequentes efeitos.

Contudo, com as constantes mudanças que vêm transfigurando o cenário do direito das famílias, sobretudo no decorrer das últimas décadas, reformular o conceito de parentesco é medida que se impõe. Ao ampliar o espectro do conceito de família, o constituinte igualmente visou a alargar o conceito de parentesco, conferindo-lhe caráter plural e desvinculando-se das antigas adjetivações utilizadas para caracterizar a origem da relação.⁸⁵

No campo da filiação, por exemplo, a partir do momento em que a Constituição Federal consagra em seu texto a igualdade entre os filhos⁸⁶, a antiga divisão entre filhos legítimos e ilegítimos deixa de existir.⁸⁷ Mas não somente na filiação, os ditames constitucionais impedem qualquer distinção qualificativa ou diferença no reconhecimento de direitos aos parentes e indivíduos, em geral.⁸⁸

Ademais, há que se ressaltar que a tipologia aberta do já citado art. 1.593, *in fine*, permitiu o surgimento de novas modalidades de parentesco que passam a conviver com os antigos critérios de consanguinidade e afinidade. Assim, traz à baila realidades que, se antes

⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 4ª ed. Volume 6. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 590.

⁸⁶ Constituição Federal de 1988, artigo 227, §6º: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁸⁷ Segundo as lições de Caio Mário da Silva Pereira: “‘Legítimo’” dizia-se o que provinha do casamento; e ‘ilegítimo’, o que se originava de relações sexuais eventuais ou concubinárias” (Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. V, *op. cit.*, p. 374).

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, pp. 601-602.

eram ignoradas pelo Direito, hoje contam com reconhecimento cada vez mais amplo por parte da doutrina e da jurisprudência.

Nessa esteira, durante a I Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2002, foi aprovado enunciado reconhecendo expressamente novas categorias de parentesco civil, oriundas da socioafetividade e da reprodução assistida heteróloga. O enunciado assim dispõe:

Enunciado n. 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enxergar o parentesco de forma limitada aos padrões consolidados significa engessar o próprio instituto. É de fundamental importância repensar a sua definição, permitindo que esta siga em harmonia com os novos ideais familiares. Por isso, parece que a solução perpassa pela adoção de um conceito mais amplo, que possa se moldar às singularidades do contexto plural que marca a sociedade contemporânea.

Já a filiação, por ser a mais substancial e próxima relação de parentesco existente, se origina entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta, isto é, é determinada entre um indivíduo e aqueles que o geraram ou acolheram, sendo este segundo elo baseado no afeto e solidariedade.⁸⁹ Tal entidade pode ser designado pela paternidade ou maternidade, de acordo com a ótica do pai ou da mãe, respectivamente.

Ferramenta fundamental para o desenvolvimento da personalidade humana, foi através da conjuntura de primazia dos interesses da pessoa humana e o exercício de sua dignidade que se verificou uma nova arquitetura da filiação que rompe com as fronteiras de um sistema clássico, atrelado ao critério puramente biológico.

O direito das famílias instaurado pela Constituição Federal de 1988 é ligado às influências sociais, ao porvir e tem por objetivo primordial garantir que a família seja o

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 574-575.

espaço de realização plena das personalidades, independentemente de sua estrutura. Neste diapasão, impossível qualquer menção à forma de constituição da filiação e pode ser ela realizada através do caráter biológico, adoção, fertilização e até mesmo pelo caráter afetivo, sendo todos esses vínculos acolhidos de forma igualitária e impossibilitando a segregação por oriunda desses liames.

Por isso, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald traçam três finalidades que estão vinculadas a essa nova engenharia familiar, sendo elas a vocação à não discriminação de qualquer tipo de filho e sua proteção integral, a funcionalização à realização humana, a despatrimonialização, fenômeno ocorrido em todo o estudo do direito civil constitucional e, por último, a tendência à afirmação de valores existenciais característica esta muito atrelada à anterior concepção e modelo de família, adotado pelo Código Civil de 1916.⁹⁰

2.2. As espécies e modalidades de parentesco e filiação

2.2.1 *Categorizar: ainda necessário?*

A gramática jurídica tende sempre a classificar e categorizar as relações familiares existentes seja para se limitar seu alcance como também para que se defina direitos e qualificações pessoais. Sem embargo, diante de um espelho constitucional que acolhe valores igualitários, solidários e humanos, não se admite quaisquer nomeações que tenham como intuito diferenciações depreciativas.

Neste diapasão, é considerado descabido e sem objetivo preciso a classificação de parentesco e filiação para que baseada nas suas diferentes espécies se determine a ela distintos direitos e privilégios.

Entretanto, manteve o Código Civil de 2002, em nítido retrocesso a categorização do parentesco em natural ou civil, mesmo que não haja nenhuma decorrência desta diferenciação. Desta maneira, será abordado o parentesco natural ou biológico e, posteriormente, o parentesco civil, esmiuçado em três modalidades: adoção, afinidade e afetividade, mas,

⁹⁰ Ibidem, p. 576.

sempre recordando que não há prevalência ou hierarquia entre as diferentes formas, além do modo como se constituem.

Seguindo a lúcida cognição de J. M. Leoni Lopes de Oliveira em sua obra *Direito Civil – Família* serão abordados as seguintes classificações: parentesco natural, parentesco civil, parentesco por afinidade e, o parentesco decorrente de outra origem.⁹¹

2.2.2 O parentesco e filiação naturais

Biológico ou consanguíneo é o elo que une os chamados parentes naturais, podendo eles serem descendentes uns dos outros ou ligados por um ancestral comum, no caso do parentesco em linha reta e colateral, nessa ordem.

Há aqui a prevalência da carga genética, que é oriunda de uma relação sexual ou de uma técnica de fertilização assistida, o que não produz nenhuma diferença quanto aos seus efeitos, assim como ocorre com os diferentes tipos de parentesco.

Outrossim, de acordo com o que leciona Maria Berenice Dias, não é pelo fato de uma vínculo ter se estabelecido pelo critério natural que ele excluirá o afetivo e assim assinala a autora:

“O elo biológico gera relação afetiva entre pais e filhos. A filiação consanguínea, o parentesco civil, a adoção, todas são – ou deveriam ser – também filiações afetivas. Inclusive, costuma-se dizer que os pais precisam adotar os filhos.”⁹²

Traça-se uma crítica quanto a nomenclatura *parentesco natural*, pois, conforme acentua Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald há aqui uma impropriedade, porque de forma oposta, aqueles parentescos considerados não naturais tenderiam a ser considerados como artificiais, o que pode lhe dar uma carga pejorativa e inferiorizada e dando rumo totalmente diverso daquele proferido pela Constituição de 1988.

⁹¹ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de, 2018, op. cit. p. 316

⁹² DIAS, Maria Berenice, 2017, op. cit., p. 40.

Nas últimas décadas, a cultura jurídica permeada por outros ramos do saber e também reconhecendo que o parentesco decorre de outras formas que não somente a adoção e o critério sanguíneo iniciou o fenômeno denominado desbiologização do parentesco. Desta maneira, finalmente foram considerados e prestigiados o afeto, amor e zelo, o que é tão fundamental para o saudável crescimento da criança.

2.2.3 *O parentesco civil*

O Código Civil de 1916 previa em seu texto que o parentesco poderia ser natural ou civil, conforme resultasse de consanguinidade ou adoção e neste ambiente conferia a tal instituto uma marginalização ao afirmar que ele estabelecia parentesco *meramente* civil, tornando-a menor quando comparada ao natural que possuía inúmeros privilégios.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 iniciou uma via na qual os dois tipos clássicos de filiação, natural e civil sendo pautado pela adoção, se encontraram e seguiram juntos. O Código Civil de 2002 nesse panorama constitucional dispôs em seu artigo 1.596 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.” Encerrou-se, assim, quaisquer comportamentos odiosos que antes ocorriam.

Arnold Wald descreve a adoção como uma ficção jurídica que cria o parentesco civil, através de um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente.⁹³ Já Maria Berenice Dias a define de forma muito sensível:

“O estado de filiação decorre de um fato – o nascimento – ou de um ato de vontade – a adoção. Modalidade de filiação construída no amor, que gera vínculo de parentesco por opção.”⁹⁴

Fundada no afeto, a adoção não é mais entendida como um instrumento que permitia àqueles que, por uma questão biológica não poderia gerar seus próprios filhos, constituírem laços de filiação. Entretanto, em um organismo social pautado pela solidariedade, ela é

⁹³ WALD, Arnold. O novo direito de família. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 269.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice, 2017, op. cit., p. 70.

assentada na ideia de dar aos indivíduos que adotados foram a possibilidade de viver em uma família, de nela se integrarem e se desenvolverem efetivamente. A instrumentalização da família serve, especialmente, à realização dos filhos e, nessa leitura, constitui-se a adoção como apenas mais um instrumento que coloca a prole no epicentro familiar.⁹⁵

Ao ser inserido em uma família substituta, adotando e adotante geram uma relação construída no amor, que desenvolve um vínculo totalmente voluntário que apesar de ter fundamento legal, é reconstituído diariamente pelos laços sentimentais. E a despeito de ser uma medida excepcional, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura e tem por objetivo primordial a manutenção do âmbito familiar biológico, ela garante, em muitas hipóteses, o direito à convivência familiar que é elementar a cada um dos seres humanos.

Relevante destacar também que a adoção gera efeitos com relação a todos os outros parentes. Isto é, o parentesco será infinito na linha reta e existirá na linha colateral até o quarto grau. Por esta razão, não é preciso que os outros parentes que não os ascendentes de primeiro grau, isto é, os pais adotantes, consintam com o ato de adoção, estando eles ligados ao menor que foi adotado independentemente de qualquer ato de sua parte, o que gera deveres, efeitos sucessórios e até mesmo alimentos.

A partir da compreensão de que é possível a pluralidade familiar e suas diversas modelagens, a adoção também se reconstituiu e pluralizou. A partir daí, espécies como a adoção individual, anaparental surgiram e vieram a recompor a geografia do processo de adoção que não se dá mais apenas de forma conjunta, realizada por um casal heterossexual. Neste contexto, mais uma vez se reafirma que a afetividade é o principal requisito para que a adoção possa se constituir.⁹⁶

2.2.4 O parentesco por afinidade

⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 986.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice, 2017, op. cit., p. 72.

Disciplinado pelo artigo 1.595⁹⁷ do Código Civil de 2002, o parentesco por afinidade regula as relações estabelecidas por um dos cônjuges ou companheiro com os parentes do outro convivente. Ademais, os cônjuges também geram entre si um parentesco desta mesma qualidade.

O instituto aqui em estudo limita-se aos ascendentes, descendentes e colaterais de segundo grau, além do fato de que também é restrito ao cônjuge ou companheiro e os parentes do outro consorte, jamais havendo relação entre os parentes de um cônjuge com os parentes do outro cônjuge, motivo pelo qual concunhados não possuem quaisquer vínculos pessoais.⁹⁸ As mesmas regras do parentesco comum são aqui aplicadas, não havendo nenhuma diferença e observamos e contamos este vínculo por afinidade colocando o cônjuge ou companheiro na posição de seu consorte.

Na linha reta, tal parentesco é infinito e de modo algum se extingue ainda que o casamento ou união estável venha a se extinguir, por isso, os impedimentos matrimoniais serão mantidos, sendo impossível um sogro ou sogra casar-se com seu genro ou nora. Já na linha colateral, o parentesco por afinidade se limita aos irmãos do cônjuge ou companheiro e, desta forma, cunhados são parentes, mas não existe qualquer elo com o filho do cunhado, popularmente conhecido como sobrinho. No entanto, com o fim da relação conjugal, o parentesco por afinidade se extingue na linha colateral e, portanto, não há impedimento para casamento entre cunhados.

Observa-se que tal vínculo pode ser gerado de três maneiras: 1º) pelo casamento ou união estável contraído pela própria pessoa com os parentes do outro cônjuge; 2º) pelo casamento ou união estável contraído por seus filhos, pois originar-se-á um liame vinculatório com os cônjuges ou companheiros; 3º) através do casamento ou união estável contraído pelo ascendente, que gerará as relações de enteado ou enteada, com os descendentes.

2.2.5 O parentesco decorrente de outra origem

⁹⁷ Código Civil de 2002, artigo 1.595: Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. §1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. §2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

⁹⁸ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de, 2018, op. cit. p. 316

Dentro da noção de parentesco decorrente de outra origem apresentou o diploma legal civilista uma nova vertente desse instituto do direito das famílias que, diversamente dos modelos clássicos do parentesco sanguíneo e da adoção, pauta-se no afeto e em relações que externamente jamais seriam questionadas se, de fato, eram sólidas ou não.

O artigo 1.593 dispôs que o parentesco pode ser resultante de outra origem e, em um cenário de valorização do indivíduo e sua projeção para o centro do ordenamento, o afeto, que é sempre o alicerce de todas as formas de associação humana e que tanto serve para unir pessoas e nelas conduzir toda uma trajetória em conjunto, não poderia ser esquecido.

Desta forma, surge o reconhecimento do parentesco e filiação socioafetiva que baseados em uma verdade social, aquela construída no conviver, na dedicação, no carinho e no cuidado ultrapassam as fronteiras da verdade biológica que muitas vezes sequer transparece todos esses nobres e elementares sentimentos.⁹⁹

Após a ideia da desbiologização do parentesco e a não divinização do DNA houve uma assimilação de que o exame de reconhecimento de paternidade ou maternidade e seu possível resultado positivo não conduzem necessariamente ao fenômeno da construção da perspectiva instrumental da família. O laço sanguíneo não é certeza de que será exercida a paternidade ou maternidade que são exercidas no amor, atenção e proteção diários.

Neste sentido, o quadro social demonstra que em muitas vezes não é o pai biológico ou registral quem cria e exerce essa função, ocorrendo aqui uma dimensão plural e complexa em que outra pessoa distinta do genitor cria, educa e cuida, gerando todo um laço emocional que se sobrepõe a biologicidade.

Apesar de não reconhecido diretamente pelo código civil e de não estarem presentes requisitos que permitem sua identificação de uma forma objetiva, o parentesco decorrente de outra origem, ou parentesco socioafetivo são constatação social, real, viva que pulsa e gera todos os efeitos que decorrem das formas clássicas de vínculo parental.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice, 2017, op. cit., p. 41.

Doutrina e jurisprudência, portanto, se debruçaram a estudar e identificar essa nova modalidade de parentesco que é assim, descrito pelo iminente jurista Rolf Madaleno:

“a filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade; são gestos de amor que registraram a colidência de interesse entre o filho e seu pai de afeto.”

3 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: ENFRENTANDO AS NOVAS CONCEPÇÕES FAMILIARES

3.1 Conceito

A palavra afeto tem três derivações etimológicas. Deriva do latim *afficere*, *affectum* que possuem como significado “produzir impressão”. Além disso, deriva também do latim *affectus* que, por sua vez, significa “tocar”, “comover o espírito”. Por fim, a noção de afetividade vem do latim *afficere* que tem por sentido a ideia daquilo onde o sujeito se fixa, se liga.¹⁰⁰

Esse sentimento é pressuposto da convivência, do carinho e cuidado que são exercidos diariamente nas relações humanas, familiares ou não. Ele está, ou ao menos deveria estar, presente nas relações conjugais, entre pais e filhos e até mesmo entre os parentes de uma forma geral. Contudo, nem sempre está presente, pois não é pressuposto obrigatório, mas um estado psíquico.

Já o princípio da afetividade é de aplicação obrigatória, ele está presente no âmbito familiar, nos relacionamentos e nos deveres que estes geram. Por ser princípio, tem força normativa, aplicabilidade imediata e se impõe. Desta forma, assim como o afeto é discutido pelos tribunais, a sua falta também é motivo de intenso debate e não é a falta de amor ou carinho que podem ser objeto de ações judiciais, mas sim a indiferença e a negligência que são consequência de sua ausência.

A evolução do conceito jurídico de filiação levou ao quadro em que a filiação biológica começou a dividir espaço também com a filiação socioafetiva. A ciência jurídica sempre foi exposta a novas situações existenciais afetivas, contudo, a estrutura conservadora e codificada não as reconhecia. Por conseguinte, doutrina e jurisprudência precisaram conferir respostas a essas demandas.¹⁰¹

¹⁰⁰ CASSETTARI, Christiano, 2017, op. cit., p. 12.

¹⁰¹ CALDERÓN, 2017, op. cit., p. 2 e 3.

Assim, pautado inicialmente em uma realidade social que, independentemente de previsões positivadas, amparava e protegia filhos que não possuíam elos biológicos ou sanguíneos e também ancorado na ideia da família instrumento que tem por principal objeto de tutela seus membros, surgiu o princípio da afetividade que se tornou um dos mais importantes vetores dos relacionamentos interpessoais da contemporaneidade.

Esse novo preceito foi lastro fundamental para o reconhecimento das uniões homoafetivas, para a multiparentalidade, ou seja, em temáticas em que os tribunais exerceram total papel de vanguarda. Resignificou conceitos como filiação e ascendência genética, conjugalidade e trouxe novo trajeto ao direito das famílias que se aproximou de valores morais e pessoais, da mesma forma como toda sistemática civilista que decorreu pós-Constituição de 1988.

Sem embargo, definir conceitualmente a afetividade, por sua demasiada carga subjetiva, é tarefa árdua e que se debruça por muitos conceitos amplos e indefinidos. A doutrina, entretanto, converge de forma geral para a convivência e o tratamento recíproco entre os membros de uma família.

Ricardo Calderón tem a percepção de que o princípio da afetividade possui duas dimensões: objetiva e subjetiva. A dimensão objetiva diz respeito aos eventos, fatos e manifestações sociais que expressem a afetividade. Já a dimensão subjetiva diz respeito ao afeto em si, o sentimento que é expressado.¹⁰²

A comunhão de vida, a afeição, convivência mútua, evidenciam o princípio da afetividade e dão a ele contorno, conteúdo e significado. Ainda é muito difícil dar a ele um conceito fechado, único e restrito, por isso, é verificado no caso concreto e na realidade que se apresenta factualmente.

Entretanto, alguns enunciados aprovados pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – demonstram aplicações dessa nova modalidade de parentesco:

¹⁰² Ibidem, p. 154.

Enunciado 6: Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental. Enunciado 7: A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade. Enunciado 8: O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado. Enunciado 09: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos. Enunciado 10: É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.¹⁰³

Ademais, a Suprema Corte brasileira também reconheceu em seus julgados a parentalidade socioafetiva, o que teve seu auge muito recentemente no julgamento do RE 898.060-SC em 21 de setembro de 2016 onde, finalmente, se reconheceu que o parentesco biológico não se sobrepõe ao parentesco socioafetivo, sendo este uma modalidade autônoma de parentesco. Assim como não há hierarquia com a adoção, aplicando-se o princípio da igualdade para quaisquer formas de filiação.

Nesse cenário plural, surgiu a multiparentalidade como consectário do princípio constitucional da igualdade na filiação. Ao permitir o estabelecimento de uma relação parental marcada pela coexistência entre os vínculos biológico e socioafetivo, demonstra-se que a função parental não necessariamente precisa se esgotar na presença de duas pessoas ou que um dos vínculos precise se sobrepor ou excluir o outro.

Dessa forma, na atualidade, a afetividade é plenamente aceita e aplicada jurisprudencialmente. Não se questiona mais sua existência ou se duvida que há nele uma relação que, por expressar um ato de vontade humana, é digna e necessita de tutela e de todo o arcabouço jurídico de cuidado.

3.2 Previsão constitucional implícita

Apesar de sua existência ser aceita de forma unânime pela doutrina, o princípio da afetividade não é previsto de forma expressa pela Constituição da República de 1988 ou pelo Código Civil. O que fez surgir duas correntes, tendo uma a compreensão de que o princípio da

¹⁰³ IBDFAM aprova Enunciados. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>> Acesso em 13 jun. 2018.

afetividade é categoria de valor relevante e outra que o sustenta como princípio do direito das famílias.¹⁰⁴

Entretanto, em seu decurso, a própria doutrina e jurisprudência mesmo antes da previsão do artigo 1.593 do Código Civil já atuaram para que se construísse e elaborasse toda a carga subjetiva do afeto como valor jurídico e, seguidamente, como princípio constitucional.

A interpretação teleológica, aquela que avalia os fins, objetivos e pretensões do legislador quando da elaboração do texto legal, pode funcionar como um bom norte interpretativo para que se verifique a subjetividade colocada. Dessa forma, não se pode estar vinculado apenas à literalidade para que atinja todo o arcabouço constitucional, sendo imprescindível que se dê uma sistemática para efetivá-la.

A partir dessa visão e apreciando o princípio da afetividade a partir da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e igualdade entre os filhos, conseguimos traçar toda sua existência e posterior efetividade.

Garimpando também os artigos 226, §§6º e 7º da Constituição, assim como seu *caput* e parágrafo primeiro extrai-se a afetividade como motor caracterizador do direito das famílias por ser ela essencial para o bom desenvolvimento moral, espiritual e social dos membros de uma determinada família.

Caio Mário, em sua clássica obra Instituições de direito civil já elencava o princípio da afetividade dentre aqueles que são princípios do direito das famílias, determinando assim seu conteúdo:

“O princípio jurídico da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (CF/88, art. 5º, §2º).”¹⁰⁵

¹⁰⁴ CALDERÓN, 2017, op. cit., p. 102.

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: direito de família. 19ª edição, revisada e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 58-59.

Por conseguinte, ainda que não explícita constitucionalmente e careça, por esta razão, de um embasamento expresso único, o princípio da afetividade é leitura natural de uma ótica constitucional que preserva a família-instrumento, seus membros e a vontade e anseios de cada um deles. Não é possível questionar-se sua aplicabilidade ou eficácia normativa exatamente por ele ser mero consectário de toda perspectiva humanista e constitucional.

3.3 Uma visão prática do instituto

Laços de sangue, adoção e até mesmo o mero registro não são suficientes para que se garanta a verdadeira e genuína parentalidade, aquela que se configura em sólidos laços de sentimentos puros e sinceros.

Por isso, na construção socioafetiva, que é aquela que não se dá por uma presunção biológica ou documental, mas no contato dia-a-dia, na educação e no tratamento que é dado para aquele que é apresentado como filho e assim é tratado pela própria família. Assim, gera-se aquilo que é a “posse do estado de filho” e até mesmo a “posse do estado de pai”.

A posse do estado de filho que nada mais do que o reconhecimento jurídico de uma realidade social, pessoal, afetiva, o que confere energia e vitalidade ao Direito. Ela decorre de um ato que deve ser recíproco, pois, fruto de um ato de vontade e de desejo.

No entanto, para que se confira e estabeleça a posse do estado de filho, a doutrina estabelece a presença de três requisitos básicos: a utilização do nome de família, o tratamento de filho ou filha e a fama, também denominada de reputação. Chamam ainda tais requisitos de *nomen, tractatus e fama*.

Porém, quais seriam os casos práticos em que o parentesco socioafetivo estaria presente? Como é possível averiguar sua existência? O código civil é silente quanto a isso, o que coube à jurisprudência e doutrina, conforme já apresentado no parágrafo anterior. Por isso, através da averiguação de aproximadamente vinte e três sentenças proferidas por magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tentou-se observar quais critérios foram utilizados e a partir daí traçar-se uma pequena previsibilidade. Utilizou-se da dialética entre ordenamento e uma lacuna em seu texto para que se entendesse como os tribunais a preenchem.

De tudo que foi elencado nessas decisões, três padrões serão aqui analisados: o tratamento; a ostensividade e a durabilidade.

O tratamento consiste no acolhimento e demonstração de carinho que é dispendida pelos membros familiares. Aqui, o filho é dessa maneira tratado, assim como este recebe como pais aquele que biologicamente não é seu genitor. Há um desfrute, por alguém que geralmente é uma criança, de uma situação em que ele é tratado e recebido como se concebido por aquela família fosse.

A ostensividade, por sua vez, é a notoriedade daquela relação, isto é, o meio social reconhece que aquele pai ou aquela mãe admitem como filho um terceiro que por eles não foi gerado. Não é necessário, contudo que terceiros saibam que há ali uma relação que não se baseia no critério da verdade biológica e muitas das vezes, vizinhos, amigos e até mesmo outros familiares sequer sabem de tal circunstância e acreditam, sinceramente, que há ali um vínculo sanguíneo.

A teoria da aparência é na ostensividade aplicada, conforme muito bem esclarece Maria Berenice Dias que afirma que “as manifestações exteriores de uma realidade que, formalmente, não existe acabam ganhando juridicidade, de modo a emprestar segurança às relações jurídicas”. Por isso, a publicidade é crucial para que se reconheça uma situação jurídica de um indivíduo que ainda não a possui oficialmente.¹⁰⁶ Há aqui o tratamento recíproco afetivo entre duas ou mais pessoas.

O uso do sobrenome, ou patronímico, foi utilizado por alguns autores doutrinários como um dos requisitos utilizados para que se caracterize a posse do estado de filho. A naturalidade e a registralidade dão aos seres humanos uma noção topográfica de pertencimento a um lócus, que no caso é o familiar.¹⁰⁷ No entanto, em um direito que tem por principal objetivo a tutela da pessoa humana, não se pode privilegiar a forma, o registro em detrimento do que a facticidade impõe e que merece tutela. O tratamento e a ostensividade são de relevância muito maior se comparado com o que uma documentação pode trazer. Por esta razão, Cassetari assim demonstra:

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice, 2017, op. cit., p. 50.

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2018, op. cit., p. 579

“Há autores que entendem ser dispensável o requisito ‘nome’, bastando a comprovação dos requisitos do tratamento e da fama, já que os filhos são reconhecidos, na maioria das vezes, por seu prenome. Já a fama é elemento de expressivo valor, pois revela a conduta dispensada ao filho, garantindo –lhe a indispensável sobrevivência, além de a forma ser assim considerada pela comunidade, uma verdadeira notoriedade.”¹⁰⁸

Assim como se questionou quando para a união estável se estabeleceu prazos para que ela fosse reconhecida e constatada. O parentesco socioafetivo não é decorrente de um fato único como o nascimento, mas, ele é edificado, estruturado e sedimentado ao longo do tempo que, de acordo com o observado através da leitura e interpretação das sentenças variam caso a caso, consideradas as circunstâncias específicas, por isso a durabilidade, assim como a constância são imprescindíveis para que se proceda a tal elo. Indispensável, porém, destacar que uma vez estabelecido esse liame, não é possível sua revogação, sendo todos seus efeitos decorridos automaticamente e, por este motivo não se admite negativa fundada em prova genética como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no informativo abaixo transcrito:

Falecido o pai registral e diante da habilitação do recorrente como herdeiro, em processo de inventário, a filha biológica inventariante ingressou com ação de negativa de paternidade, ao buscar anular o registro de nascimento do recorrente sob alegação de falsidade ideológica. **Anote-se, primeiramente, não haver dúvida sobre o fato de que o de cujus não é o pai biológico do recorrente.** Quanto a isso, dispõe o art. 1.604 do CC/2002 que ninguém pode vindicar estado contrário ao que consta do registro de nascimento, salvo provando o erro ou a falsidade do registro. Assim, essas exceções só se dão quando perfeitamente demonstrado que houve vício de consentimento (erro, coação, dolo, fraude ou simulação) quando da declaração do assento de nascimento, particularmente a indução ao engano. **Contudo, não há falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico decorre do reconhecimento espontâneo de paternidade mediante escritura pública (adoção “à brasileira”), pois, inteirado o pretense pai de que o filho não é seu, mas movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza, sua vontade, aferida em condições normais de discernimento, está materializada.** Há precedente deste Superior Tribunal no sentido de que o reconhecimento de paternidade é válido se refletir a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre

¹⁰⁸ CASSETTARI, Christiano, 2017, op. cit., p. 38.

pai e filho, pois a ausência de vínculo biológico não é fato que, por si só, revela a falsidade da declaração da vontade consubstanciada no ato de reconhecimento. Dessarte, não dá ensejo à revogação do ato de registro de filiação, por força dos arts. 1.609 e 1.610 do CC/2002, o termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do Direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral, portanto, jurídica, porquanto respaldada na livre e consciente intenção de reconhecimento voluntário. Precedente citado: REsp 878.941-DF, DJ 17/9/2007. **REsp 709.608-MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5/11/2009.**¹⁰⁹

Dessa maneira, orientados basicamente pelos requisitos da posse do estado de filho, pelo caso concreto, e por esses três alicerces essenciais, as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aqui analisadas, no geral demonstraram a profunda verificação deles no caso concreto. Entretanto, outros vários critérios também foram encontrados durante a leitura das sentenças, podendo ser citados dentre eles a expectativa gerada na criança, a intensidade do relacionamento, critérios patrimoniais e auxílio financeiro, dentre outros diversos.

A fim que se evite uma perda de enfoque e se descaracterize o instituto, é vital uma doutrina que trace parâmetros mínimos para sua verificação e reconhecimento, sem, contudo, pecar por excessos de rigidez. O parentesco socioafetivo foi construído com duros esforços doutrinários e jurisprudenciais, portanto, não pode nem sequer deve cair no risco de ser usado de forma desvirtuada. Banalizá-lo pode ocasionar uma fragilização desse elo tão sensível.

¹⁰⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil. Informativo 414.

CONCLUSÃO

Nas ciências humanas não existe a possibilidade de se fazer experimentos laboratoriais para se determinar as causas e razões que resultam em determinados efeitos. Depende-se, então, de análise subjetiva, de observação de determinados padrões de comportamento e intensa pesquisa bibliográfica para que, assim, se possam indicar os critérios que são a origem de cada um dos fenômenos existentes.

Ocorre que esses institutos e as entidades por tal ramo do conhecimento estudados primeiramente se desenvolvem como fato social, como verdade real e concreta, visível aos nossos olhos. Assim é o caminhar humano, pois, nas sociedades se sucedem os acontecimentos e, posteriormente, para que se dê segurança ao que deles se origina, a ciência jurídica os define, regula e, por fim, tutela, determinando suas consequências. Isto é, o Direito é posterior aos fatos, inicialmente eles acontecem e, surgida a demanda, cabe aos operadores a classificar e coordenar.

Dessa forma ocorreu com o parentesco socioafetivo e antes mesmo de ter valor jurídico, a socioatividade era constatação social desde que o homem entendeu sua frágil condição e percebeu, até mesmo instintivamente, que precisava se associar com seus iguais. A partir daí, há todo um estudo de desenvolvimento de relações que com o tempo foram categorizadas em suas diversas espécies pelo Direito.

A família, portanto, é acontecimento natural, decorre da necessidade humana de agrupamento, de união para que assim pudesse se reproduzir e sobreviver. A reunião de grupos torna seus membros menos vulneráveis, além de criar um ambiente de proteção e refúgio, o que é fundamental para o seu desenvolvimento saudável.

Por isso, tornou-se a família a entidade mais primária e antiga que se registra e antes mesmo do surgimento do contrato, da empresa, lá estava ela, que ao longo do tempo foi marcada por diferentes eixos que caracterizam a cultura e traços de cada época, o que justifica porque durante tanto tempo, ela foi associada a uma clausura o que se procedia por representar uma fria e impessoal sociedade de seu tempo.

Na Roma antiga, a família era marcada pelo vínculo da *adgnatio* que caracterizava o exacerbado poder do *pater familias*. Em seguida, passou pelo inabalável e indissolúvel casamento até chegar ao ideal da família-instrumento, que pela primeira vez se preocupava com seus membros em detrimento da própria instituição por si só.

Com a filiação, outro eixo basilar do direito das famílias, o mesmo ocorreu e tal instituto passou por diversas modificações com o percurso do tempo. Inicialmente, por ser o mais óbvio e de fácil constatação, a verdade biológica e seu parentesco foram os primeiros a serem tutelados e regidos legalmente. A adoção, instituto de tradição milenar, também era reconhecida e codificada, embora em uma ótica excludente jamais ela fosse equiparada ao parentesco biológico, possuindo um patamar inferior em termos de direitos.

Todavia, assim como não se admitia mais a utilização de ferramentas não ligadas ao direito de família para a averiguação dos relacionamentos concubiniários aos quais durante décadas se aplicaram regras das sociedades de fato, os filhos de criação também clamavam por um cuidado legitimado pelo direito das famílias.

A realidade social e os relacionamentos que se constroem na vivência diária não eram sequer reconhecidos e assim prosseguiram, marginalizados e excluídos de qualquer tutela. Por isso, na contramão do direito positivado e estando alinhado com a realidade que nos cerca, o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais estaduais desde a década de 1970 começaram a se manifestar no sentido da relevância e papel fundamental do afeto nas relações familiares, tendo tal conduta importância crucial para a sua consolidação.

Apesar de ser um projeto oriundo da década de 1970 e elaborado no auge da ditadura militar, com o Código Civil de 2002 e a expressão “de outra origem” abriu-se espaço para que se explorasse toda a doutrina da parentalidade socioafetiva, sendo assim, finalmente, feita uma análise de sua existência.

A lógica inclusiva dessa nova modalidade de relação iniciou e prosseguiu seu caminho e teve seu auge no RE 898.060-SC de 21 de setembro de 2016, no qual decidiu o Supremo Tribunal Federal que o parentesco biológico não se sobrepõe ao parentesco socioafetivo, sendo este uma modalidade autônoma de parentesco.

Entretanto, até mesmo por ser novidade e de certa forma não prestigiar o formalismo tão evidente que perpassou o direito privado brasileiro, o próprio código civilista não se quedou em prever os requisitos e circunstâncias em que esse parentesco seria reconhecido. Nesse plural palco de sentimentos e distintas formas de arranjos familiares o silêncio pode gerar um mosaico jurisprudencial, bem como intensa insegurança jurídica. Há muita doutrina que disserta sobre a existência do parentesco socioafetivo, sua previsão constitucional e consequências, mas, pouquíssima sobre os requisitos em que ele seria previsto.

Portanto, o objeto deste trabalho pautou-se na pesquisa de decisões proferidas pelas Varas de Família do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reconheceram a existência de tal modalidade de relação parental. Além disso, juízes, defensores e advogados foram entrevistados para que se pudesse ter um maior panorama daquilo que os mesmos entendiam sobre esse instituto.

Antes de se avaliar tais decisões, iniciou-se a compreensão do que seria o princípio da afetividade, seu conteúdo, contornos e limites. Em consequências, observou-se a previsibilidade constitucional dele, que apesar de implícita e não totalmente prevista, se ancora em tamanha carga subjetiva que é trazida por todo reflexo humanista e solidário que se consolidou na dogmática brasileira com a Constituição da República de 1988.

Observou-se, a partir da interpretação dessas sentenças que reconheciam o parentesco socioafetivo que, norteados pela doutrina da posse do estado de filho magistrados, defensores e advogados sustentavam a existência desse vínculo com base em três eixos básicos: o tratamento, a ostensividade e a durabilidade.

No entanto, diante de uma pluralidade de requisitos que foram verificados urge ainda mais a necessidade de a legislação, doutrina e jurisprudência se posicionarem. As normas vigentes em matéria de parentalidade necessitam ser constantemente revistas e repensadas para se adaptar à realidade dinâmica e mutável da família brasileira. Do contrário, correm o risco de se tornarem institutos que não expressam segurança jurídica, usados de forma altamente variável, o que pode conduzir a uma fragilidade e conseqüente falta de credibilidade. Para se evitar uma maleabilidade excessiva e enfraquecimento do parentesco socioafetivo, que tanto se esperou para que se consolidasse, deve-se, o quanto antes estabelecer parâmetros mínimos para seu diagnóstico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Coleção de Leis do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> . Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL, Constituição Federal, 1988, artigo 1º, III, CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana.

BRASIL, Constituição Federal, 1967: artigo 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel.

CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 10ª edição. Salvador: JusPodivm, 2018.

FILLIPO, Filipe de. O serviço notarial à luz do artigo 236 da Constituição de 1988 e seus aspectos controvertidos. 2006. 111 f. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de Direito Civil. Direito Civil / organização: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho et al; autores

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> . Acesso em 29 mar. 2018.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARKY, Thomas. Curso elementar de Direito Romano. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. 2005. A Família Democrática. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf> . Acesso em 31 mar. 2018.

_____. A nova família, de novo – Estruturas e função das novas famílias contemporâneas. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2705/pdf>> . Acesso em 21 abr. 2018.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. Direito Civil – Família. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. V. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Novas configurações de família – Parte 1. EMERJ eventos. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?time_continue=405&v=11nlDFNwLWU> . Acesso em 01 abr. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Civil-Constitucional das relações familiares. 1997. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>> . Acesso em 31 mar. 2018.

WALD, Arnold. O novo direito de família. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.