

RDFAS

REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ANO 5

ABRIL/JUNHO 2018

COORDENAÇÃO

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 16 • abr.-jun. / 2018

Coordenação

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA
ADFAS – ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES
WWW.ADFAS.ORG.BR

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 16 • abr.-jun. / 2018

CONSELHO EDITORIAL

Conselho Editorial Internacional

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

Conselho Editorial Nacional

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy Andrighi

Francisco Eduardo Loureiro

Ives Gandra da Silva Martins

Jorge Shiguemitsu Fujita

Luiz Fernando Salles Rossi

Maria Vital da Rocha

Mônica Bonetti Couto

Nadia de Araujo

Rogério José Ferraz Donnini

Rosa Maria de Andrade Nery

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

ISSN. 2358-2057

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 16 • abr.-jun. / 2018

Coordenação

CARLOS ÁLBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

Comissão de redação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO
BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI
DUÍLIO SILVA SANTANA DE ARAÚJO

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

Rua Maria Figueiredo, 595 – 5º andar
04002-003 - São Paulo - SP

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CONTATO ADFAS

(atendimento, em dias úteis, das 8h30 às 18h00)

Tel. (11) 3252-2131

E-mail: contato@adfas.org.br

e-mail para submissão de originais

rdfas@adfas.org.br

Visite nosso site

www.adfas.org.br

Fechamento desta edição: [13.11.2018]

APRESENTAÇÃO

A RDFAS – Revista de Direito de Família e das Sucessões – é órgão de difusão científica e cultural da ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões.

A ADFAS tem o propósito de estudar e difundir o Direito de Família e das Sucessões, assim como as disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas, e restaurar o estudo dogmático desses ramos do Direito, considerando que a família, como base da sociedade e núcleo essencial à tutela dos direitos da personalidade, necessita de proteção, em razão do desprestígio causado por interpretações dissonantes dos anseios sociais e da ordem constitucional e infraconstitucional, e que é o centro natural da criação e educação de crianças e adolescentes, assim como dos cuidados aos idosos, e que o Direito de Família e das Sucessões envolve o interesse social e não é limitado aos interesses individuais.

Nada obstante, a RDFAS foi concebida como um veículo destinado ao diálogo entre os operadores do Direito das mais variadas vertentes, de modo que está aberta à participação de todas as correntes do pensamento, sem perder de vista a supremacia da segurança jurídica.

Cada um dos autores se posiciona livremente sobre temas atuais e polêmicos, de modo que os artigos não refletem pensamento unívoco, em razão da divergência de opiniões e também porque tocam em assuntos que representam novidades no cenário doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a RDFAS tem o propósito de noticiar as ideias e os debates que surgem no seio do Direito de Família e das Sucessões e desenvolver um espaço de meditação sobre seus reflexos na atividade dos magistrados, promotores, procuradores, advogados e estudantes.

Com periodicidade trimestral, a RDFAS contém artigos e outros textos científicos, como comentários sobre importantes acórdãos dos Tribunais Estaduais e, bem assim, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

PRESENTACIÓN

“RDFAS” Revista de Derecho de Familia y de Sucesiones, es un órgano de difusión científica y cultural de “ADFAS “Asociación de Derecho de Família y de Sucessões.

“ADFAS” tiene como propósito de estudiar y difundir el Derecho de Familia y de las Sucesiones, así como las disciplinas correlativas, jurídicas y no jurídicas, y restaurar el estudio dogmático de esas ramas del Derecho, considerando que la família, como base de la sociedad es núcleo esencial dela tutela de los derechos de la personalidad, necesita de protección, en razón del desprestígio causado por interpretaciones dissonantes de las ansias sociales que dan orden constitucional e infraconstitucional, y que es el centro natural de creación y educación de los niños y adolescentes, así como de los cuidados de los ancianos.

El Derecho de Família y de las Sucesiones envuelve el interes social y no es limitado a los intereses individuales.

No obstante, RDFAS fué concebida como un vehículo destinado al diálogo entre los operadores del derecho de las mas variadas vertientes, de modo que se encuentra abierta a la participación de todas las corrientes de pensamientos, sin perder jamas de vista el ordenamiento y la supremacia de la seguridad jurídica.

Cada uno de los autores se posiciona livremente sobre temas actuales y polémicos, de modo que los artículos no reflejen pensamiento unívoco, en razón de la divergencia de opiniones y también porque desarrollan de forma independiente, corrientes que representan novedades en el escenario, jurídico, doctrinário y jurisprudencial.

Así, RDFAS tiene como propósito de anoticiar las ideas, pensamientos y los debates que surgen en el ceno del Derecho de Família y de las Sucesiones y en desenvolver un espacio de meditación sobre sus reflexiones en la actividad de los magistrados, promotores, procuradores, avogados y estudiantes.

Con periodicidad trimestral, “RDFAS” contiene artículos y otros textos científicos, como comentários sobre importantes acordadas de los tribunales estatales, como así también, del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	4
---------------------------	---

DOCTRINA NACIONAL

O princípio do melhor interesse da criança face aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta: metodologia de aplicação

The principle of the best interest of the child in relation to the principles of integral protection and absolute priority: application methodology.

Antonio Jorge Pereira Júnior e Francisco Flavio Silva Rodrigues 8

Princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro

Principle of affectivity in brazilian legal order

Bruna Rosa Sayão 28

A dimensão da paternidade socioafetiva: efeitos pessoal/social e patrimonial

The dimension of social affective paternity: personal / social and patrimonial effects

Carla Matuck Borba Seraphim 41

A progressiva subjetivização do direito de família brasileiro

The progressive subjetivization of brazilian family law

Dimitre Braga Soares de Carvalho 64

NORMAS DE PUBLICAÇÃO	84
-----------------------------------	----

REVISTA DE

**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 16 • abr.-jun. / 2018

DOCTRINA NACIONAL

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA FACE AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA PRIORIDADE ABSOLUTA: METODOLOGIA DE APLICAÇÃO

THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN RELATION TO THE PRINCIPLES OF INTEGRAL PROTECTION AND ABSOLUTE PRIORITY: APPLICATION METHODOLOGY.

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012, categoria Direito, com o livro “Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV”; (São Paulo: Saraiva, 2011). Coordenador do Projeto “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017”, classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - PPGD - UNIFOR. Professor da Graduação e Pós Graduação Lato Sensu em Direito da UNIFOR. Áreas de docência, pesquisa e publicação: Direito Civil, Direito Civil Constitucional, Teoria Geral do Direito Privado, Direito dos Contratos, Direito da Criança e do Adolescente, Direito de Família, Poder Familiar, Direito da Comunicação Social, Direito a Privacidade, Metodologia do Ensino Jurídico, Ética. Dissertação de Mestrado e tese de Doutorado vencedoras do Premio Jurídico Orlando Gomes-Elson Gottshalk, conferido pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). Tese de Doutorado premiada pela Agencia de Noticias dos Direitos da Infância em 2007. Aprovado em concurso publico para Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (fevereiro 2008), na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (janeiro de 2000). Aprovado e efetivado como Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, UNESP (março 2008). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ). Membro da *International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family*. Membro da *Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas*. Membro da

Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Foi membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Advogado regularmente inscrito na OAB/SP e OAB/CE (suplementar). Avaliador do Ministério da Educação (SINAES)

Francisco Flavio Silva Rodrigues

Advogado no Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo de Família e Sucessões.

Resumo: O artigo que ora se apresenta visa investigar a metodologia utilizada quando da aplicação dos princípios jurídicos relacionados ao âmbito da infância e juventude, buscando compreender de que forma o princípio do melhor interesse da criança se insere neste contexto de aplicação e, em sendo de caráter procedimental, não apresenta previsibilidade acerca de suas hipóteses caracterizadoras, enquanto que o princípio da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, ambos apresentam suas hipóteses de aplicação e que englobam todas as garantias fundamentais asseguradas ao infante, trazendo maior segurança jurídica. Conclui-se que não se mostra cabível a invocação de princípio jurídico mais abstrato, quando o ordenamento jurídico dispõe de norma específica que serve a responder ao caso concreto, sob risco de oferecer margem ao uso retórico do princípio do melhor interesse da criança, vindo a efetivar-se sua aplicação desnecessária ou infundada. A metodologia adotada é descritivo-analítica, com pesquisa do tipo bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Melhor interesse da criança. Proteção integral. Prioridade absoluta. Princípios jurídicos. Metodologia de aplicação dos princípios.

Abstract: *The present article aims to investigate the methodology used when applying the legal principles related to the scope of childhood and youth, seeking to understand how the principle of the best interest of the child is inserted in this context of application and, being of a procedural nature, does not show predictability about its characterizing hypotheses, while the principle of integral protection and the principle of absolute priority, both present their hypotheses of application and that*

encompass all the fundamental guarantees assured to the infant, bringing greater legal certainty. It is concluded that it is not possible to invoke a more abstract legal principle, when the legal system has a specific rule that serves to respond to the concrete case, at the risk of offering a rhetorical use of the principle of the best interest of the child, unnecessary or unfounded application. The methodology adopted is descriptive-analytical, with research of the bibliographic and documentary type.

Keywords: *Best interest of the child. Full protection. Absolute priority. Legal principles. Methodology of application of the principles.*

Sumário. Introdução. A norma jurídica entre regras e princípios. Tríade principiológica protetora. O melhor interesse para além do tempo e do espaço. Necessidade de uma metodologia para o princípio do melhor interesse. Uso retórico e uso adequado do princípio do melhor interesse pelo Judiciário. Caráter instrumental do princípio do melhor interesse. Uso consciente e oportuno do princípio para criação de soluções complexas. O uso técnico do princípio exige maior destreza argumentativa e não menor. Sendo instrumental, a solução que o invoca necessita de outras referências normativas materiais. Conclusão. Referências.

Introdução

O objetivo deste artigo é analisar a posição do princípio do melhor interesse da criança dentre os princípios estruturais que regem o Direito da criança e do adolescente no Brasil e dimensionar brevemente o âmbito de abrangência de cada um para propor, ao final, uma metodologia de aplicação do princípio do melhor interesse da criança.

Deste modo, após breve análise em relação à distinção entre regras e princípios, averiguar-se-á de que maneira estão inseridos no ordenamento jurídico o “princípio do melhor interesse da criança”, o “princípio da proteção integral” e o “princípio da prioridade absoluta”, objetivando mostrar a imprescindibilidade de um uso adequado de tais, de modo a afastar uma aplicação tão somente retórica, ou

mesmo desnecessária, quando da existência de norma específica que serve para responder ao caso concreto.

Justifica-se a análise, pois, enquanto o princípio do melhor interesse da criança, que encontra previsão expressa em documento internacional, apresenta um caráter procedimental, não traçando suas hipóteses caracterizadoras, e, conseqüentemente, estando dotado de abstração de sentido, ficando ao crivo do julgador construir suas razões justificantes, o princípio da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, estabelecidos pela Constituição e dissecados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ambos apresentam caráter material, de modo que estabelecem suas hipóteses de aplicação.

Desta forma, os dois últimos princípios contam com um maior grau e previsibilidade, favorecendo o distanciamento de decisões carentes de adequada fundamentação, que se oportuniza quando da invocação de princípios mais abstratos, e que, por natureza, exigem maior empenho quando da construção da norma de decisão, a fim de afastar a vagueza de sentido. Assim, apenas justifica-se a invocação do princípio do melhor interesse da criança, quando da ausência de norma específica que disponha de solução mais objetiva, de acordo com o caso concreto.

A metodologia adotada é descritivo-analítica, com pesquisa do tipo bibliográfica e documental, na medida em que se busca compreender as questões envolvendo o uso do princípio do melhor interesse da criança, mediante o estudo artigos científicos, doutrinas, revistas e publicações especializadas.

Portanto, frente às garantias constitucionais estabelecidas pelo princípio da proteção integral, e da priorização de atendimento da criança e do adolescente, disposta no princípio da prioridade absoluta, tem-se a figura de dois princípios que sevem a responder às mais diversas situações jurídicas referentes ao público infante-juvenil, tornando, por vezes, dispensável a invocação do princípio do melhor interesse da criança.

A norma jurídica entre regras e princípios

Inicialmente, esta breve análise serve a mostrar que, embora princípios e regras sejam considerados normas jurídicas, as regras apresentam um contexto de maior segurança jurídica, visto mostrar um alcance mais delimitado,

afastando o uso totalmente discricionário por parte dos julgadores e, evitando que sirvam a decisões judiciais pautadas no subjetivismo. No tocante às decisões no âmbito da criança e do adolescente, que recebe proteção especial de caráter constitucional, torna-se ainda mais elementar o uso das regras e princípios específicos, sendo cabível a invocação do princípio do melhor interesse apenas nos casos em que se tenha mais de uma norma aplicável, ou não exista norma que sirva a responder ao caso individual.

Comumente, as regras trazem relatos objetivos, de condutas anteriormente descritas, aplicáveis a determinadas situações. Concretizando-se uma das hipóteses previstas, deve a regra incidir, em sua inteireza. No caso de conflito, uma das regras deve ser afastada. Por outro lado, os princípios não apresentam condutas específicas e se aplicam, por vezes, a diversas situações (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.34). Porém, embora haja diversas compreensões e usos do termo “norma”, a este trabalho serve uma compreensão geral de que a norma engloba duas grandes categorias: regras e princípios, ambos como “razões para juízo concreto de dever ser” (ALEXY, 2008, p.88), expressando mandamentos permissivos ou proibitivos. Ressalte-se que “o caráter prima facie das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte” (ALEXY, 2008, p.106).

Para Rafael Scavone Bellem Lima (2012, p.73), as regras estabilizam as expectativas dos seus destinatários acerca do que se espera no âmbito jurídico, especificamente em relação às respostas apresentadas pelas normas jurídicas, garantindo a segurança jurídica e, preservando a competências dos agentes estatais. Portanto, reafirma-se que as regras devem ter precedência em relação aos princípios, resistindo de forma mais enfática às decisões individuais eminentemente subjetivas.

Diante da complexa relação existente no ordenamento jurídico, que não comporta um modelo unicamente subjuntivo, Humberto Ávila passa a defender a necessidade de os intérpretes agirem não somente no sentido de descrever significados, mas de reconstruí-los, de modo que o julgador “concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto” (ÁVILA, 2005, p.26). Esta afirmação contribui para o que o autor vem a afirmar posteriormente, a saber: “que a

qualificação de determinadas normas como *princípios* ou como *regras* depende da colaboração constitutiva do intérprete” (ÁVILA, 2005, p.26).

A teoria proposta por Ávila (2005, p.55-56), coloca os princípios na condição de orientadores dos intérpretes na busca por valores e meios de alcançar resultados. Tais valores dependeriam da atuação subjetiva do julgador, de modo que cada qual poderia entender e sustentar os valores ao seu modo, tornando-os “sem valor de verdade, sem significação objetiva” (ÁVILA, 2005, p.56). Assim, em seu estudo, defende que a forma adequada de investigação dos princípios, é aquela que prioriza o exame da sua estrutura, a fim de que se alcance um procedimento racional de fundamentação, que possibilite a especificação das condutas necessárias à realização dos valores reconhecidos, e auxilie quando de sua aplicação na reconstrução racional do disposto pelos enunciados doutrinários e decisões judiciais. A questão basilar estaria em verificar os critérios que justificam uma aplicação racional dos valores.

Independentemente da classificação que se faça a respeito das normas, apresentar-se-á equívocos, caso não se apresente critérios mínimos que assegurem a antecipação das características normativas. Assim, os princípios, mesmo em menor grau, devem estabelecer quais os comportamentos que ensejam sua concretização.

A atividade do intérprete, quando da aplicação da norma, não fica condicionada ao que mais lhe convém. Em verdade, opera-se um processo intersubjetivo, de maneira que ao se distanciar do sujeito-objeto, alcança-se sentidos arbitrários, que serão afastados (STRECK, 2006, p.160). Sendo que, é justamente para resguardar as decisões constituídas com base na posituação das regras e em seus consequentes efeitos, que a teoria dos princípios oferta validade definitiva às regras, estabelecendo que tais normas, desde que válidas, devem ser aplicadas ao caso (LIMA, 2012, p.59).

Realizada uma breve análise acerca dos dois tipos de norma, apresentando-se as características fundamentais que justificam a prevalência das regras face aos princípios, há que se admitir a existência de situações que ensejam a aplicação dos princípios, o que direciona esta pesquisa para a investigação daqueles referentes à proteção da criança, interesse específico deste trabalho.

Tríade principiológica protetora

O *princípio da proteção integral* e o *princípio da prioridade absoluta* correspondem à *doutrina da proteção integral*, estabelecida pela Constituição Federal (art.227) e decantada no Estatuto da Criança e do Adolescente (art.4º).

Por sua vez, o *princípio do melhor interesse da criança* conta com previsão expressa em documento internacional (artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959), ratificado pelo Brasil.

Em sua diretriz geral, a Constituição Federal de 1988 estabelece caber à família, Estado e sociedade assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Assim, reforçam-se as garantias constitucionais já asseguradas a todos os indivíduos, que, pela condição de pessoa humana, carecem de proteção acerca dos direitos fundamentais, como também se substancia, diante da condição de sujeito em desenvolvimento, a necessidade de proteção específica, em caráter prioritário, voltada à criança e ao adolescente.

Portando, quando o texto constitucional, assim como o ECA, dispõem acerca da necessidade de uma colaboração no intuito de resguardar os direitos do infante, com absoluta prioridade, tem-se aí o conteúdo do “princípio da prioridade absoluta”, que diz respeito ao fator “tempo”, pois que estabelece uma ordem preferencial de atendimento, que coloca a criança e o adolescente em condição primeira diante aos demais sujeitos. Ainda, além deste fator “tempo”, nota-se que este princípio dita uma relação entre pessoas, afinal, tal condição se dá em face aos demais sujeitos.

O ECA (art. 4º, parágrafo único), ocupou-se de qualificar a forma de operação do atendimento prioritário, que consiste em dizer que: a criança e o adolescente têm *primazia* quando do recebimento de proteção e socorro em todas as circunstâncias; *precedência* de atendimentos em serviços públicos ou de relevância pública; *preferência* quando da oportunidade de formulação e execução das políticas sociais públicas; *privilégio* na destinação de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao público infante-juvenil. Constata-se que o texto do dispositivo apresenta quatro termos, sendo eles a “primazia”, “precedência”, “preferência” e “privilégio”, todos eles situados no tempo e implicando na dita ordem de preferência em relação às demais pessoas.

Enquanto no que tange ao “princípio da proteção integral”, tem-se uma abordagem que engloba garantias concretas, ou seja, fixa-se no fator “espaço”, através da disposição de todos os direitos específicos que são fundamentais para a integralidade da proteção a ser dispensada ao infante. Assim, quando a Constituição e o Estatuto estabelecem que à criança e ao adolescente garante-se uma gama de direitos, tais como os referentes à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, liberdade, respeito, dignidade e convivência familiar e comunitária, alcança-se, mediante a concretização de todos eles, a proteção integral.

Portanto, no âmbito do princípio da proteção integral, diferente do que acontece em relação à prioridade absoluta, não existe uma ordem de preferência, mas sim uma série de direitos que dizem respeito tão somente ao seu destinatário, o infante. Por este motivo, diz-se que este princípio está localizado no “espaço”, pois o fator “tempo” não interfere em sua concretização, visto que não há a preferência de um sujeito em detrimento de outros, mas, sim, um rol de direitos passíveis de concretização.

O melhor interesse para além do tempo e do espaço

Por sua vez, o princípio do melhor interesse se insurge com a finalidade de reforçar a busca pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente. Porém, diferente do que ocorre com o princípio da proteção integral que, diante de um caráter material, apresenta suas hipóteses caracterizadoras, o princípio do melhor interesse se impõe num formato *procedimental*, restando carregado de abstratividade, que oferece, por vezes, margem ao seu uso indiscriminado ou desnecessário.

O princípio do melhor interesse da criança visa, com efeito, balizar a ordem jurídica da infância e adolescência, devendo ser aplicado nas situações determinadas pelo ECA, e em outras que demandem uma orientação hermenêutica racionalmente correta, sendo ele, portanto, o juiz do direito infanto-juvenil. No entanto, por ser um termo bastante subjetivo, serve a muitos argumentos, podendo dar margem a deturpações e abusos (LOPES, 2012, p.105).

Diante das considerações levantadas, há que se reconhecer que o sistema jurídico brasileiro, diante de evoluções perpassadas ao longo do tempo, se fez em um eficiente conjunto normativo regulamentador dos direitos da criança, podendo ser considerado um sistema avançado em relação a este âmbito. Quando comparado a outros países, o sistema brasileiro se põe à frente, servido de parâmetro a muitos outros países que não asseguram à criança e ao adolescente as garantias que lhes são inerentes.

Por outro lado, pode-se afirmar que o princípio da proteção integral, diante de seu aspecto material no espaço, expressa a totalidade das necessidades do público infanto-juvenil, resguardando todos os direitos fundamentais a que fazem jus. Somando-se ao princípio da prioridade absoluta, que coloca os infantes em condição de preferência com relação aos demais sujeitos, visto apresentarem a condição de pessoas em desenvolvimento, tem-se um arcabouço normativo suficiente a cumprir com a ideia da doutrina da proteção integral, pois estes sujeitos já têm assegurados os seus direitos elementares, pelo menos em seu aspecto formal, assim como dispõem de meios de alcançá-los, com plena primazia.

Nota-se que, diante de tal contexto, o princípio do melhor interesse surge num contexto normativo evoluído e que conta com mecanismos específicos bem definidos e, conseqüentemente, passíveis de maior eficiência e concretização, a exemplo dos dois princípios acima mencionados. Além disso, o princípio do melhor interesse apresenta uma carga de abstração que traz grande maleabilidade ao seu uso, de modo que, pode ser utilizado para os mais diversos fins, inclusive, aplicado apenas retoricamente, a fim de defender interesses fundados em percepções eminentemente pessoais e afastadas do rigor técnico exigido pelo sistema jurídico.

Esse argumento não busca retirar a validade ou utilidade do princípio do melhor interesse da criança e muito menos de sua importância no sistema jurídico brasileiro. Pelo contrário, objetiva-se propor que seu uso se dê de forma adequada, com técnica, a fim de que sua invocação ocorra apenas quando realmente se mostrar necessária, de maneira que não venha a preceder a outros dispositivos específicos que, quando da análise do caso concreto, apresentarem-se como mais adequados e suficientes à garantia dos direitos da criança e do adolescente, de forma mais objetiva, salvaguardando a segurança jurídica.

Deste modo, o princípio do melhor interesse precisa ser observado com bastante cautela, e seu uso invocado tão somente quando, diante de mais de

uma possibilidade de solução a ser oferecida ao caso específico, o julgador necessitar recorrer ao *melhor interesse* da criança para decidir entre uma ou outra possibilidade de aplicação.

Outro aspecto a ser observado, diz respeito à necessidade do julgador de construir uma fundamentação racional quando de sua decisão, pois que não basta alegar estar decidindo em prol do melhor para a criança ou adolescente. Em verdade, o julgador precisa explicitar as razões que o levaram a optar por uma possibilidade em detrimento de outra.

A complexidade a envolver o princípio do melhor interesse da criança está justamente em identificar o que vem ser o *melhor* no caso concreto. Assim, o julgador se depara com múltiplas possibilidades de aplicação e, necessariamente, terá que decidir por uma delas, restando-lhe o dever de fundamentação para o caso. Ou seja, deverá dizer porque aquela decisão equivale ao melhor interesse da criança.

Porém, diante desse comparativo entre o que é o “melhor”, na situação específica, não se pode considerar o “interesse” como sendo algo subjetivo; afinal, o que pode ser o melhor na concepção de um determinado julgador, pode vir a não ser para outro, ou pode até nem atender às necessidades concretas do infante em questão.

Portanto, a identificação do “interesse” não pode basear-se no subjetivismo, como se servisse a atender a desejos. Pelo contrário, deve surgir da observação percuciente de todas as circunstâncias e fatos, a fim de mostrar, racionalmente, quais razões levaram o julgador a concluir ser aquela a decisão mais adequada, enunciando-se de modo objetivo o percurso intelectual de aferição.

A seguir, faz-se necessária a estruturação de uma proposta de metodologia de aplicação do princípio do melhor interesse, para que se entenda a sua adequação face aos outros dois princípios analisados.

Necessidade de uma metodologia para o princípio do melhor interesse

Além disso, existe outra razão a balizar a essencialidade de observância de um maior rigor técnico quando da formulação da norma de decisão, pois, no atual contexto sociojurídico, defende-se um sistema no qual a Constituição Federal passou a sinalizar um novo sistema normativo, tendo aplicação direta ao

caso concreto, o que caracterizaria uma nova fase do constitucionalismo brasileiro, e afastaria a concepção do direito constitucional clássico, que já não serviria a responder às demandas da sociedade moderna.

Inspirada a comunidade pelo dito movimento de “renovação” dos cânones interpretativos, passa-se a designar tal movimento como o advento de uma “nova hermenêutica constitucional”, marcada pela busca de uma teoria adequada às características do novo texto normativo e aos anseios de realização do projeto de transformação social previsto na Constituição (CAMPOS; ALBUQUERQUE, 2015, p.775).

Tem-se aí, exceto exceções, uma construção acrítica de teorias e dogmas, apartado do crivo inerente à recepção jurídico-constitucional, dando ensejo à trivialização das bases teóricas, oportunizando todo tipo de argumentação, de modo que qualquer tese consegue apresentar um tom de respeitabilidade.

Assiste razão ao autor acima, de modo que para a construção da norma necessita-se de uma argumentação racional, que esteja firmada nas razões que levam o julgador a decidir por determinada possibilidade, por vezes, até afastando-se de outras aplicações possíveis. É imprescindível, pois, que o ordenamento jurídico possa oferecer o máximo de segurança jurídica no trilhar deste percurso construtivo.

Ainda, primando por uma maior previsibilidade por parte do judiciário, deve-se, no caso concreto, dar preferência às normas específicas, que tragam uma descrição da situação fática que visa comportar. Com isso, evita-se que, constantemente, surjam decisões tão opostas por parte dos tribunais brasileiros que, por vezes, dão respostas antagônicas a casos semelhantes.

Nesse contexto, reconhecida a força normativa dos princípios, que passaram a ter aplicação como norma jurídica, a discussão passa a ser acerca de sua metodologia de aplicação, e observância de como deve se dá seu uso no caso concreto. Objetiva-se, em se tratando do princípio do melhor interesse da criança, a averiguação de quais critérios devem ser observados, para que o princípio em questão não seja invocado de forma indiscriminada ou desnecessária.

Uso retórico e uso adequado do princípio do melhor interesse pelo Judiciário

Afinal, conforme se observa quando da análise das decisões judiciais no âmbito da infância, por diversas vezes, o princípio tem sido utilizado sem critérios justificantes, o que causa insegurança jurídica aos casos envolvendo crianças e adolescentes, contrapondo-se à própria doutrina da proteção integral, que resguarda o direito dos infantes de receber um olhar especial e prioritário por parte da família, Estado e sociedade.

Diante do que se observou, quando da análise de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em pesquisa que intuiu investigar de que forma o princípio do melhor interesse da criança vem sendo invocado, o princípio, em maior parte das vezes, foi aplicado de forma infundada ou desnecessária, visto existirem normas específicas que serviam a responder à demanda (PEREIRA JÚNIOR; RODRIGUES, 2018, *online*).

Na pesquisa, dos 20 acórdãos analisados, apenas 04 fizeram uso adequado do princípio do melhor interesse da criança, enquanto que os demais casos comportariam normas específicas, contando com hipóteses caracterizadoras a comportar o caso concreto. De modo a explicitar uma situação na qual o princípio se fez necessário, o caso nº 8, analisado na pesquisa, traz a situação de um infante que veio a perder ambos os pais, em decorrência de um acidente automobilístico. Em seguida ao acontecimento, iniciou-se a disputa judicial entre as avós do infante, ambas com o objetivo de conseguir a guarda do neto. Todavia, uma das avós residia no Brasil e a outra na França, de modo que, frente ao conflito instalado e a possibilidade de mais de uma decisão a ser tomada, justificou-se a invocação do princípio do melhor interesse da criança, para que a criança permanecesse junto à avó brasileira, pois a situação fática do infante, devido ao seu estado de saúde, mostrava existir risco à sua vida caso deixasse de receber os atendimentos médicos no Brasil (PEREIRA JÚNIOR; RODRIGUES, 2018, *online*).

Como se observa do caso acima, tem-se uma decisão que invocou o princípio do melhor interesse da criança, num caso em que o julgador poderia decidir entre a permanência do infante junto à família brasileira ou francesa. Porém, ao adentrar na situação fática, outros fatores puderam ser constatados, qual seja, o atual estado de saúde do infante, que por conta do acidente automobilístico que sofreu junto aos pais, vem recebendo acompanhamento médico especializado,

tendo se submetido a diversas cirurgias, de modo que, conforme laudos médicos, sua ida à França, com consequente afastamento dos médicos que vinham acompanhando o caso, poderia pôr em risco a própria vida do infante, indo de encontro ao seu melhor interesse objetivo.

Neste caso, percebe-se o caráter instrumental contido no princípio do melhor interesse, que, diante do caso concreto, serviu a efetivar a proteção integral em uma situação na qual existia mais de uma possibilidade de decisão a ser tomada. Mas, em razão do melhor interesse, se sobrepôs a opção que observou os fatores relacionados à saúde do infante e o próprio direito fundamental à vida, contido no princípio material da proteção integral (art.227, CF).

Situação diversa é a averiguada no caso 01 da pesquisa, no qual, existindo um conflito entre a permanência ou não do poder familiar, havendo se decidido, em primeira e segunda instância, pela destituição do poder familiar. Em sede do STJ, o ministro relator limitou-se a invocar a súmula 07 do STJ, que obsta a interposição de Recurso Especial que visa o mero reexame de provas, ainda assim, o princípio do melhor interesse constou da ementa do julgado, mesmo sem receber qualquer tipo de contextualização (PEREIRA JÚNIOR; RODRIGUES, 2018, *online*).

Caráter instrumental do princípio do melhor interesse

Assim, diante da necessidade de um adequado uso do princípio, passa-se a compreender que este se apresenta como um princípio instrumental que, apenas deve ser invocado quando as circunstâncias do caso concreto não dispuserem de regra ou princípio específico que sirva a responder a demanda. Tal ordem de preferência justifica-se pelo menor grau de abstração apresentado pelas regras e princípios matérias, pois ambos contam uma maior exatidão com relação ao resultado final, traçando, em maior ou menor medida, suas hipóteses caracterizadoras, como se constata da configuração do princípio da proteção integral e do princípio da proteção prioritária.

Outrossim, a observância de um procedimento específico, quando da invocação do princípio do melhor interesse da criança, dá-se por conta da realidade presente no atual cenário jurídico, onde surgem decisões opostas acerca de uma mesma matéria, divergências doutrinárias e votos conflitantes em um mesmo julgado, de forma que diante dos mesmos fatos e normas, surgem

resultados diferentes, a depender de quem esteja a analisar o caso. Assim, quando do surgimento de diversas possibilidades de decisão, ou nos casos onde inexistir norma específica, surge a possibilidade de uso do princípio em comento, como princípio instrumental que serve a efetivar as garantias previstas pela doutrina da proteção integral.

Ainda por cima, como consequência do confusionismo que permeia o ambiente jurídico, tem se tornado comum o uso do princípio sem a necessária fundamentação, dando margem ao uso de um discurso retórico. Tal uso encontra fundamento no próprio lastro histórico do sujeito, que traz consigo seus pré-conceitos e pré-compreensões, manifestando-se através do discurso (CAMPOS; ALBUQUERQUE, 2015, p.777).

Porém, não se busca, através deste argumento, estabelecer uma total hierarquia entre os tipos de normas, em respeito ao próprio princípio da unidade da Constituição (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.33). Cabendo ao julgador, no caso concreto, fazer escolhas de maneira fundamentada, quando defronte a múltiplas possibilidades de normas aplicáveis ao caso, ou quando a situação não contar com norma que sirva ao seu deslinde. Em tais casos, o princípio do melhor interesse da criança faz-se necessário, desde que sua invocação ocorra de maneira não apenas retórica, mas mediante argumentação racional e que, diante dos elementos do caso concreto, explicitar as razões que justifiquem o seu uso, expondo os motivos que levaram o aplicador a optar por uma decisão em detrimento de outra, ou o motivo para invocação do princípio, quando as circunstâncias não contam com norma específica.

Uso consciente e oportuno do princípio para criação de soluções complexas

O uso do princípio deve apreciar a compreensão do real interesse da criança, não levando em consideração critérios subjetivos que estejam fundados tão somente na vontade do sujeito, mas, em critérios objetivos vistos em conjunto aos demais elementos do sistema. Assim, poderá o julgador chegar a uma decisão para o caso, mas explicitando concretamente todas as razões justificantes de uma determinada possibilidade, em detrimento de outra. Pode ocorrer, ainda, que, diante das circunstâncias, o julgador entenda que as possibilidades existentes não atendem ao melhor interesse objetivo da criança, oportunidade em que caberá o

levantamento de motivos que podem levar o julgador a uma terceira norma de aplicação, até mesmo conjugando interesses contidos em duas outras normas, e que melhor atenda as reais necessidades do infante.

Porém, diante do maior grau de previsibilidade presente nas regras, quando a situação fática encontrar amparo nas mesmas, dever-se-á utilizá-las como fundamento para a decisão. Em busca de razões que deem suporte a um método jurídico racional, visando critérios objetivos para orientar as opções prático-morais presentes nas decisões, através do uso de todos os critérios contidos no sistema, contando, inclusive, com os pressupostos discursivos da estrutura pragmática pautada na razão linguística (DUARTE, 2010, p.35).

A superação de uma regra demanda um ônus argumentativo superior ao que é exigido pela não satisfação de um princípio em um caso concreto, pois não basta um juízo sobre a importância realização dos princípios envolvidos, mas é necessário que se justifique também a eventual reconsideração dos demais aspectos controversos que foram decididos previamente pelo órgão que positivou a regra (LIMA, 2012, p.59).

Por outro lado, a necessidade de demonstração de um fundamento racional a legitimar a atuação do julgador, deve ocorrer não somente quando da aplicação dos princípios, mas das normas jurídicas em geral, afinal, tem havido crescente aceitação por parte da doutrina, de que, assim como os princípios, as regras também são passíveis de ponderação, o que requer adequada atuação do julgador em ambos os casos (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.38).

O uso técnico do princípio exige maior destreza argumentativa e não menor

Afasta-se, pois, de um processo subsuntivo simples, que consiste num procedimento que não conta com a afetiva participação e interpretação por parte do julgador, que deverá considerar a unidade do ordenamento jurídico, fundamentando sua decisão de modo a buscar o maior grau de certeza possível. O julgador, portanto, está incumbido de interpretar a norma, independentemente de esta apresentar-se no formato de regra ou princípios, sendo imprescindível a

observância de todo o sistema fático e circunstâncias do caso. Neste sentido, Eros Roberto Grau (2009, p.283) diz que:

Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente.

Diante da necessidade de critérios que auxiliem na metodologia de aplicação do princípio, deve-se observar a distinção feita acima. Encontrando razão, pois, o argumento trazido por Eros Roberto Grau, que bem mostra a forma a ser observada quando da invocação do princípio do melhor interesse, que exige a formulação de juízos de legalidade, sustentados não pelo subjetivismo de um conseqüente juízo de oportunidade, mas pautado em um juízo racional constituído através de todas as circunstâncias presentes no sistema.

A dificuldade que se acaba de descrever já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.39).

De alguma forma, todos os elementos devem ser considerados em sua importância e pertinência diante do caso específico, de maneira que o resultado final evidencie todas as circunstâncias elementares, embora algumas delas venham a se sobrepor. De forma ampla, conforme Campos e Albuquerque (2015, p.778): “O processo, tomado em sentido amplo – legislativo, judicial, administrativo –, existe como meio para que se alcance a melhor razão, o melhor argumento nos conflitos acerca da interpretação das normas”.

Sendo instrumental, a solução que o invoca necessita de outras referências normativas materiais

Ressalte-se que a necessidade de uma fundamentação construída de modo individualizado, não dispensa a observância de critérios de aplicação que, referindo-se ao princípio do melhor interesse da criança, consiste na priorização de regras que sirvam a regular o caso, ou adoção de princípios materiais, oferecendo maior previsibilidade acerca dos objetivos que se busca atingir.

Embora exista a necessidade de uma adequada argumentação, quando da decisão judicial, este trabalho não buscou desenvolver todas as complexidades da argumentação jurídica, mas apenas expor os parâmetros básicos que devem estar presentes no momento da aplicação da norma, de modo que a argumentação deve oferecer fundamentos normativos que sirvam de base à decisão.

Através do uso apropriado da argumentação, afasta-se a possibilidade de subjetivismo e justiça pessoal no caso concreto, cedendo espaço aos argumentos jurídicos relevantes e objetivos, que passam a ser elencados de maneira expressa na decisão. Nos casos onde a situação enseja o uso do princípio do melhor interesse, a argumentação se faz ainda mais imprescindível, devido ao grau de vagueza inerente ao princípio.

A metodologia de aplicação do princípio do melhor interesse da criança, portanto, deve observar uma dupla categoria de princípios, ditos materiais e procedimentais, que servirão a guiar o intérprete. A primeira categoria conta com princípios que ditam o estado ideal que se pretende alcançar, servindo-se de conteúdo mais específico, a exemplo do princípio proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, constantes do art. 227 da Constituição e reproduzido pelo art.4º do Estatuto da criança e do adolescente. Por outro lado, os princípios instrumentais, como do melhor interesse da criança, deverão ditar o caminho a ser percorrido, na maior medida possível, para que se alcance o conteúdo previsto pelos princípios materiais.

Conclusão

Constata-se que, no atual contexto normativo brasileiro, os direitos

da criança e do adolescente estão adequadamente amparados pela doutrina da proteção integral, que objetivamente estabelece os direitos fundamentais deste público. Há regras e princípios que tornam o sistema de garantias do público infantojuvenil avançado desde uma perspectiva formal e normativa.

Neste cenário, quando houver insuficiência de regras concretas, e seja caso de recorrer a uma norma principiológica, os magistrados mormente podem se socorrer do princípio da prioridade absoluta e do princípio da proteção integral que atendem, de modo quase completo, as demandas que lhes chegam.

Quando, todavia, houver situação complexa, de emparelhamento de interesses, e/ou a solução exija uma atividade argumentativa complexa, será, então, caso de invocar o princípio do melhor interesse, também denominado de interesse superior da criança (*best interest of child*).

Ainda, mediante análise de decisões do STJ que citam o princípio do melhor interesse, no lapso de 2001 a 2018, das 20 decisões averiguadas, em apenas 04 vezes fez-se uso adequado das virtualidades do mesmo. Portando, em relação aos casos estudados, a invocação do princípio do melhor interesse mostrou-se retórica e dispensável na maior parte das vezes, visto serem casos para simples invocação de regras ou vinculados aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta.

Neste cenário se viu a oportunidade de propor a presente reflexão, com a sugestão de uma metodologia para a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, de modo a promover as virtualidades nele contidas e evitar sua banalização e esvaziamento pelo excesso retórico, desnecessário.

Assim, propõe-se que a invocação do princípio do melhor interesse da criança não se sobreponha ao uso dos outros dois princípios analisados, mas que seu uso ocorra tão somente quando de múltiplas possibilidades de solução, ou nas ocasiões em que houver ausência de norma específica. Ainda, que se investigue, no caso concreto, qual o “interesse objetivo” em questão, afastando-se decisões que se sirvam de um argumento de conveniência do próprio julgador, abrindo espaço a um juízo racional que, objetivamente, exponha as razões fundantes da decisão, de forma objetiva, assim como relacionando-as à situação fática.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, out. 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição*. Revista Questio Iuris, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 782-783, 2015.
- _____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- LIMA, Rafael Scavone Bellem. *Otimização de princípios, separação de Poderes e segurança jurídica: o conflito entre princípio e regra*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-132355/pt-br.php> >. Acesso em: 18 de jul. de 2018.
- LOPES, Emília. *A institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária: uma análise sociojurídica da implementação do acolhimento institucional no município de Fortaleza-CE*. Emília Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2012. Disponível em < <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=3607312> >. Acesso em: 11 de jun. 2018.
- PEREIRA JÚNIOR; RODRIGUES, Francisco Flávio Silva Rodrigues. *Aplicação do princípio do melhor interesse da criança pelo Superior Tribunal de Justiça de 2001 a 2018*. In. Revista Espaço Jurídico. nº 20. maio/ago. 2018. Disponível em: < <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/17052> >. Acesso em: 01 de ago. de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differenz) entre texto e norma*. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 137-180.

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

PRINCIPLE OF AFFECTIVITY IN BRAZILIAN LEGAL ORDER

Bruna Rosa Sayão

Advogada, graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-graduanda em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo explicitar opiniões doutrinárias acerca do enquadramento da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente nas causas de filiação, abordando, para tanto, brevemente, uma evolução no Direito de Família na compreensão das relações familiares, seu conceito e posições acerca da sua classificação jurídica e enquadramento no ordenamento brasileiro. Analisa-se também a prática dos Tribunais no tratamento da afetividade nas demandas familiares. Desse modo, busca-se demonstrar que a afetividade já alçou status jurídico, não sendo mais algo totalmente estranho ao Direito. Defende-se que pode ser considerada um princípio jurídico na sua dimensão objetiva, para além do sentimento interno, o que é observado nas práticas de cuidado, como será demonstrado.

Palavras-chave: Afetividade. Família. Princípio. Constitucional. Filiação.

Abstract: *The present article has the objective of exposing doctrinary opinion about affectivity in the legal order, especially in the filiations causes, exposing, for that, briefly, the evolution of familiar relationships, the definition and positions about the legal classification and status in Brazilian legal system. This way, the objective is to demonstrate that the affectivity already reached the legal status, not being something totally strange for the Law. Therefore, sustains that it can be considered a constitutional principle in the objective dimension, beyond the internal emotion, as it will be demonstrated, observed in the exercise of caring responsibilities.*

Keywords: *Affectivity. Family. Principle. Constitutional. Filiation.*

Sumário: Introdução; 1. Evolução no direito de família. 2. Conceito. 3. Aspectos jurídicos. 4. Afetividade na prática. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

É cediço que as relações de parentalidade progressivamente têm adquirido maior complexidade. Enquanto antigamente vislumbrava-se um único modelo de entidade familiar, somente se reconhecendo a filiação decorrente do casamento, atualmente o que se vê é uma diversidade de situações. No âmago da sociedade, os indivíduos têm se relacionado e apresentado as mais diversas combinações de agrupamentos familiares, que acabam por dar origem a novas relações de família antes não pensadas.

Dessa forma, a concepção do Direito de Família moderno transpassa o mero objetivo de proteção ao patrimônio e volta-se para a proteção e desenvolvimento de seus próprios membros na busca pela felicidade. Nessa linha de raciocínio, o Direito deve criar meios para reconhecer no campo jurídico as relações interpessoais criadas pela própria sociedade, efetivando assim os direitos dos sujeitos envolvidos. Trata-se de juridicizar o que já ocorre no mundo dos fatos.

Nesse contexto, verifica-se que os princípios constitucionais despontam como elementos essenciais à solução das demandas familiares. Dentre os princípios mais relevantes, como a dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança e adolescente, destaca-se o princípio da afetividade, que deixou de ser algo vago e distante, tornando-se fundamento para resolver questões das mais relevantes.

Portanto, ainda que não seja valorada como princípio, inegável é que a afetividade ganhou destaque no mundo jurídico e é cada vez mais comentada e tratada como algo relevante ao Direito, por isso, merece ser analisada.

1. Evolução no direito de família

O Código Civil brasileiro de 1916 possuía características predominantemente patrimoniais nas relações familiares. A família era patriarcal e hierarquizada, em que o homem era o chefe da família e a mulher e filhos ocupavam

posições inferiores no ambiente familiar. Além disso, só era constituída legalmente através do casamento e se os integrantes da família quisessem pôr fim ao vínculo matrimonial, só o poderiam por meio de desquite, que finalizava a comunhão fática sem atingir o vínculo jurídico. Portanto, a família não era vista como um núcleo de amor e afeto, mas como um núcleo de produção econômica.¹

Nesse contexto, até a segunda metade do século XX, as decisões em Direito de Família tinham por base unicamente a lei, pois a legislação que determinava o que era família e a função de cada um de seus componentes. O afeto era considerado apenas como um sentimento. Sua compreensão era relevante para algumas ciências como a psicologia, todavia não se vislumbrava qualquer reflexo que o afeto pudesse produzir na ordem jurídica.

Contudo, os tempos mudaram. A família abandonou a sua feição patriarcalizada e patrimonialista para assumir o seu principal papel, qual seja o de suporte emocional do indivíduo². Destaca-se que, com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, deu-se início a um movimento cujo destino final é a pessoa. Não se pode mais tecer um Direito totalmente desvinculado das subjetividades do indivíduo, isto é, de suas emoções, sentimentos, vontades. Afinal, a dignidade da pessoa humana visa à proteção da plenitude do ser humano, incluindo sua integridade física, psíquica e emocional.

Nesse contexto, a comprovação do afeto torna-se um fator decisivo na resolução de muitas demandas familiares. Ele ganha valor jurídico e passa a produzir reflexos diretos na seara jurídica. De fato, atualmente, em muitos casos de Direito de Família, considera-se o afeto como um elemento preponderante na definição do direito.

Em decisão em Recurso Especial³, a Ministra Nancy Andrighi salientou: “O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.”

¹ Cabe ressaltar que há Doutrina no sentido de que o elemento afeto não deve ser usado como fundamento da família. Nesse sentido, será visto mais a frente.

² PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. *Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 31.

³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi julgado em 04/02/2010, DJ de 23/02/2010.

2. Conceito

Em termos conceituais, a palavra “afetividade” carrega uma origem etimológica cheia de significado. Derivada do latim *afficere ad actio*, traduz a noção do local onde o sujeito se fixa⁴. Essa noção é de fundamental importância na medida em que a compreensão da afetividade é capaz de formar elos entre os indivíduos no plano fático, ainda que não tutelados juridicamente.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf traz um conceito psicológico de afetividade: “No campo da psicologia, o termo afetividade é utilizado para designar a suscetibilidade que o ser humano experimenta perante determinadas alterações que acontecem no mundo exterior ou em si próprio. [...] De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos”⁵.

André Cleófas Uchôa Cavalcanti explica que “a afetividade é construção cultural que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando aquela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação, ou comunidade, mantida por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.”⁶

Mais do que um sentimento, hoje se discute se a afetividade está dentro do ordenamento jurídico e qual o seu status. Sabe-se que é elemento presente nas relações familiares, pelo menos em sua maioria, e isso acaba por gerar consequências que devem ser integradas ao sistema legal. Afinal, o Direito regula e tutela a realidade fática. Deve-se analisar, portanto, de que forma será tutelada pelo Direito.

⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.19.

⁵ Ibidem, p. 19.

⁶ CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa. *Família, dignidade e afeto: possibilidades e limites jurídicos para o estabelecimento de múltiplos laços parentais*. 2007. Tese (Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo), p. 191.

3. Aspectos jurídicos

A problemática jurídica diz respeito ao seu reconhecimento ou não pelo Direito e a possibilidade de ser entendido como princípio constitucional. Ricardo Lucas Calderón aponta a existência de três correntes: a primeira reconhece a afetividade como princípio constitucional, a segunda entende como algo que deve ser recepcionado pelo Direito, mas como um valor jurídico relevante, e a terceira, sustenta que a afetividade não deve ser valorada juridicamente.⁷

Como já falado, defende-se nesse trabalho a inclusão da afetividade como algo juridicamente relevante, devido a evolução do Direito de Família e a tutela de novas relações familiares e a consagração do princípio da dignidade da pessoa como cláusula geral; portanto, é esse o enfoque maior que será dado nos próximos parágrafos.

De todo modo, para os que não crêem ser algo juridicamente relevante, a explicação é no sentido de ser a afetividade algo difícil de ser aferida no caso concreto, difícil de se estabelecer judicialmente, o que tornaria por demais subjetivo a aplicação do Direito, não podendo a ciência jurídica recair sobre uma análise sentimentalista. O afeto seria algo fora da razão, ilógico e, portanto, a ser aferido e valorado fora do Direito. Por isso, inclusive não estaria explícito nas leis.⁸

Ricardo Calderón elenca alguns motivos contrários à inclusão da afetividade como princípio, dentre eles: a impossibilidade de apreensão pelo Direito, a dificuldade de traçar um conceito jurídico e a questão do afeto ser ausente em muitas famílias. Dito isso, observa que, ainda assim, a subjetividade da expressão e a existência de conceitos diversos sobre o mesmo termo não são óbices ao seu recorte jurídico, pois isso já ocorreu com outros institutos reconhecidos pelo Direito sem dificuldades⁹.

Todavia entende tratar-se de princípio constitucional implícito – não expresso -, sustentando que não se trata de averiguar sentimentos, mas os fatos

⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf> Acesso em: 25/05/2018

⁸ Nesse sentido, são os artigos dos juristas e professores Venceslau Tavares, Otavio Rodrigues e Atalá Correia. “O Direito de família é o cárcere do amor?”, “Direito de Família e Amor” e “Insuficiência da Afetividade como critério de determinação da paternidade”, respectivamente, em *Família e Pessoa: uma questão de princípios*. Coordenação: Regina Beatriz Tavares da Silva e Ursula Cristina. São Paulo: Editora YK, 2018.

⁹ Como é o caso do princípio da boa fé, que em alguns casos é utilizada no Direito na sua vertente subjetiva inclusive.

relevantes exteriorizados. Ou seja, há uma dupla dimensão da afetividade, a dimensão subjetiva seria o sentimento de afeto em si, o aspecto anímico, o que foge ao Direito, enquanto a dimensão objetiva seria a recepcionada pelo sistema jurídico, pois é apurada a partir da análise de atos concretos. Além disso, esse reconhecimento “deve se dar com equilíbrio e razoabilidade, em conformidade com os demais elementos do sistema jurídico, sempre de modo a evitar excessos”¹⁰.

Nesse mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta ser um princípio constitucional implícito, dado o seu fundamento constitucional, destacando as referências constitucionais expressas que embasam a afetividade: “a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§3º e 4º)”¹¹.

Andreaze Bonifácio de Sousa nessa mesma linha, destaca que apesar do princípio não possuir previsão expressa na legislação pátria, pode ser extraído de diversos outros princípios, como dignidade da pessoa humana e proteção integral. Isso não torna o princípio subsidiário ou inexistente, ele vem sendo usado em diversas demandas familiares, principalmente nas relacionadas à paternidade socioafetiva.¹²

Por outro lado, o professor João Lucas Souto Gil defende em seu artigo que a característica fundamental do afeto é a espontaneidade. Por isso, exigir de alguém afeto desvirtuaria por completo o sentimento, que é algo que deve vir de dentro e não de fora. Destaca que a afetividade – ou o amor – não pode ser imposta, pois se assim o fosse, não congregaria as qualidades que lhe são próprias. Ainda assim, conclui que o afeto merece atenção da comunidade jurídica, pois compõe

¹⁰ Ibidem.

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 250.

¹² SOUZA, Andreaze Bonifácio da. *O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=Revista_artigos_leitura&artigo_id=2656>. Acesso em: 26/05/2018.

todas as relações familiares; mas afasta sua caracterização como um princípio jurídico do Direito de Família¹³.

Outro ponto importante nessa questão é se há diferença entre afetividade e afeto. Heloísa Helena Barboza esclarece que há diferenciações entre os termos, ressaltando que o afeto, no uso comum, está no campo das emoções positivas e que o exercício zeloso e dedicado das práticas de cuidado permite apreender a presença de afetividade¹⁴.

Ademais, conclui que o afeto passou a integrar o Direito, ao ser reconhecido como valor jurídico, o qual constitui o conteúdo e confere legitimidade a alguns princípios do Direito de Família, dentre eles: o princípio da afetividade. Ou seja, a afetividade seria o princípio jurídico que tutela o valor jurídico afeto¹⁵.

Destaca, ainda, que se deve tomar cautela com o princípio e sua utilização para que não se torne excessiva e meramente subjetiva, por isso seriam necessários requisitos mínimos para sua aplicação. Não se deve transformar a afetividade em uma imposição jurídica. Para isso, o reconhecimento do afeto é tutelado como forma de princípio, sendo averiguado de forma objetiva através das práticas de cuidado.

Por fim, importante mencionar a posição que autora defende sobre as qualificações do princípio: “De acordo com a classificação apresentada por Guido Alpa, é possível indicar algumas qualificações aplicáveis ao princípio da afetividade, a saber: é um princípio do Direito de Família, implícito, resultado de interpretação e com função interpretativa ou integrativa de outras normas. Não tem, por conseguinte, natureza normativa, nem dogmática, aspecto que em nada reduz sua importância para o tratamento das relações familiares. Conferir-lhe tais qualificações seria interferir ilegitimamente na garantia fundamental de liberdade”.¹⁶

Fato é que, por todo o exposto, o melhor entendimento é de que a afetividade tem valor jurídico. A comprovação do afeto tornou-se um fator decisivo na resolução de muitas demandas familiares, passando a produzir reflexos diretos

¹³MESSIAS, João Lucas Souto Gil. *O afeto como postulado e não como princípio*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25174>>. Acesso em: 25/05/2018

¹⁴BARBOZA, Heloísa Helena. *Perfil Jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares*. In: *Cuidado e afetividade, projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*. Organização: Tânia da Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro, Guilherme de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2017. p. 185,186.

¹⁵Ibidem.

¹⁶Ibidem.

na seara de todo o Direito, como um elemento preponderante na resolução dos litígios, especialmente os de filiação.

Ainda, defende-se que, não só a afetividade foi elevada à categoria de valor jurídico, como alcançou o status de princípio constitucional implícito, resultado de uma construção histórica em harmonia com o princípio da dignidade humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, nas demandas que envolvem menores. Embora existam relações familiares em que não se encontra o afeto puramente como amor, fato é que afetividade como princípio jurídico, externalizada objetivamente como dever de amparo, é um elemento que configura diversas relações, principalmente entre ascendentes e descendentes.

4. Afetividade na prática

A título exemplificativo, o artigo 1.638, II do Código Civil contempla obrigação de cuidado nas relações entre pais com os filhos. Transcreve-se: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - deixar filho em abandono”. Ou seja, nota-se a existência de um dever legal de amparo. É nesse ponto que se aplica o princípio da afetividade. De fato, normalmente, o que une uma família são os sentimentos e o desejo de convivência, mas ainda que ausentes elementos do campo subjetivo sentimental, não jurídicos, a tutela do dever de cuidado deve ser garantida.

Outros dispositivos que teriam reconhecido implicitamente: art. 226, par. 4º (reconheceu a família monoparental), art. 227, 6º (proibiu a discriminação entre filhos), ambos da Constituição Federal. No Código Civil - art. 1.511, art. 1.583, par. 2º, art. 1.584, par. 5º (se o juiz reconhecer que a guarda não deve ficar com o pai ou mãe, observará critérios de afinidade e afetividade), 1.593 (prevê o parentesco civil).

No REsp 757.411/MG¹⁷, o Superior Tribunal de Justiça havia decidido que não caberia indenização a favor do filho em face do pai que o abandonou moralmente, sob o argumento de não ser possível “patrimonializar” o afeto, impondo-o como dever jurídico. Seis anos depois, a Corte, no REsp 1.159-242/SP, reconheceu a responsabilidade por abandono afetivo por falta de dever de

¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julg. 29/11/2005, publ.: 27/03/2006.

cuidado do pai para com o seu filho. A Relatora Ministra Nancy Andrighi realçou a importância da afetividade, principalmente no aspecto do “cuidado”, como se vê do seguinte excerto: “Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”.¹⁸

Não se pode deixar de mencionar outro avanço importante, no campo das relações entre companheiros e cônjuges: como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade contribuiu eficazmente no reconhecimento jurídico da união homoafetiva que, diga-se de passagem, carrega a afetividade em seu próprio nome. Nesse sentido, colacionam-se trechos do Informativo 625 da Egrégia Corte, que evidenciam a importância dada a afetividade nessa questão: “A norma constante do art. 1723 do Código Civil – CC [...] não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. [...] (O relator) asseverou, de outro lado, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade. [...] Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF, art. 226, *caput*).”¹⁹

Cumprir destacar, também, que em demandas de reconhecimento da parentalidade socioafetiva, o princípio assume fundamental papel, na medida em que a posse de estado de filho se constrói através da afetividade. Diferente da filiação biológica, não é algo inato; é concretizada com o tempo ao se verificar tratamento de filho dado por aquele que não é pai ou mãe biológico. Ou seja, reconhece-se a filiação socioafetiva através do reconhecimento social da relação filial e da afetividade. É a famosa máxima popular: “pai é quem cria”.

¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1.159.242. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília. julg: 24/04/2012, publ. 10/05/2012.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Informativo 625, ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 04/05/2011 e 05/05/2011, DJ de 14/10/2011.

A jurisprudência, gradativamente, afastou-se do modelo único de parentalidade previsto no Código Civil de 1916, qual seja a filiação decorrente unicamente do casamento, para dar tutela jurídica à posse de estado de filho. As verdades biológica e registral deixaram de ser as únicas a serem consideradas. Surgiu a necessidade de se atentar para a verdade afetiva, isto é, aquela vivenciada na práxis. Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, julgou improcedentes ações negatórias de paternidade em que o pai que havia reconhecido espontaneamente filho alheio – classicamente conhecido como adoção à brasileira – buscava obter a dissolução desse vínculo, mesmo após anos de convívio.²⁰

Por fim, destaca-se decisão do presente ano sobre multiparentalidade, REsp 1.674.849²¹. O caso tratava de uma mãe que pretendia assegurar que sua filha tivesse os pais socioafetivo e biológico reconhecidos concomitantemente no registro civil. Todavia, o estudo social demonstrou que a ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que pretendia constituir família com o pai biológico e para tanto, valia-se da criança, forçando aproximação artificial. Por isso, foi-se mantida a improcedência do pedido.

Nessa ocasião, o ministro Marco Aurélio Bellizze ressaltou em seu voto as mudanças dos últimos tempos em relação à organização familiar, anotando que, na atualidade, a afetividade é o principal fundamento das relações familiares, consequência da constante valorização da dignidade da pessoa humana. Pela ausência dessa afetividade que não foi possível constituir o vínculo pretendido.

Como se vê, o princípio da afetividade tem sido utilizado pelos Tribunais como fundamento para solução de diversas demandas, principalmente em

²⁰ Nesse sentido: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA. I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha. II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. [...]Recurso não provido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1.259.460/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/06/2012, DJ de 29/06/2012. Ainda nesse sentido, confira: STJ, REsp 234.833/MG; STJ, REsp 709.608/MS.

²¹Revista Consultor Jurídico. Reconhecimento de multiparentalidade está condicionado ao interesse da criança. 26/04/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-26/reconhecimento-multiparentalidade-depnde-interesse-crianca>> Acesso em: 27/05/2018

se tratando daquelas que envolvem menores. Albergar o princípio da afetividade, portanto, é dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como do melhor interesse da criança. Afinal, o maior interesse de uma criança não é outro senão sentir-se amada e respeitada.

Conclusão

Com base no exposto, conclui-se que é inegável que, atualmente, com a evolução do Direito de Família, a afetividade tem valor fundamental para resolução das demandas jurídicas. Diante das posições existentes, o entendimento mais acertado seria o da afetividade como princípio jurídico, o que é plenamente compatível com o ordenamento jurídico moderno que se preocupa com o indivíduo em sua subjetividade.

O Direito possui o papel de assegurar uma vida digna para todos as pessoas. Para tal, garante diversos direitos e princípios que devem ser observados nas relações entre particulares e entre esses e o Estado. O princípio da afetividade é mais um que deve ser observado e respeitado no sistema jurídico brasileiro por todos que estão a ele submetidos. Não é princípio hierarquicamente superior e eventual colisão com demais princípios será resolvida pela ponderação adequada aos casos concretos.

Cumprir destacar que tal princípio serve como pilar interpretativo das normas jurídicas do Direito de Família, pode ser utilizado para preencher eventuais lacunas existentes, bem como possui força não só para pautar a aplicação do Direito pelo magistrado, mas também para limitar a atividade legiferante do legislador, que ao editar novas normas, deve observar tal princípio.

Desse modo, como já demonstrado, albergar o princípio da afetividade é dar concretude a princípios antes consagrados, como a dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança e do adolescente. Afinal, uma das maiores necessidades de um indivíduo no âmbito familiar é sentir-se respeitado e cuidado.

Por fim, ressalta-se que não se trata de impor um sentimento juridicamente, o que seria impossível, posto que sentimentos são espontâneos e não podem ser controlados pela Justiça, mas trata-se de tornar jurídica a faceta objetiva da afetividade, qual seja: o dever de cuidado e assistência, em outras palavras, as

práticas de cuidar. O sentimento em si não é o que se tutela, mas a forma que se exterioriza é algo fundamental para as relações familiares, que são objeto de proteção do Direito. Esse aspecto que deve ser considerado como algo juridicamente necessário para configuração das relações familiares.

Referências Bibliográficas

BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD, vol. 2, n. 24, 2013. p.05. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376>>

Acesso em: 24/05/2018.

BARBOZA, Heloísa Helena. *Perfil Jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares*. In: *Cuidado e afetividade, projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*. Organização: Tânia da Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro, Guilherme de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julg. 29/11/2005, publ.: 27/03/2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi julgado em 04/02/2010, DJ de 23/02/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1.159.242. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília. julg: 24/04/2012, publ. 10/05/2012.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf> Acesso em: 25/05/2018

CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa. *Família, dignidade e afeto: possibilidades e limites jurídicos para o estabelecimento de múltiplos laços parentais*. 2007. Tese (Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo).

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. Repertório IOB de Jurisprudência, 15/97, caderno 3.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MESSIAS, João Lucas Souto Gil. O afeto como postulado e não como princípio. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25174>>. Acesso em: 19/10/2017

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. *Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012

Revista Consultor Jurídico. Reconhecimento de multiparentalidade está condicionado ao interesse da criança. 26/04/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-26/reconhecimento-multiparentalidade-depender-interesse-crianca>> Acesso em: 27/04/2018

SOUZA, Andreaze Bonifácio da. O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=Revista_artigos_leitura&artigo_id=2656>.

Acesso em: 26/05/2018

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares e CRISTINA, Ursula. *Família e Pessoa: uma questão de princípios*. São Paulo: Editora YK, 2018.

A DIMENSÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: EFEITOS PESSOAL/SOCIAL E PATRIMONIAL

THE DIMENSION OF SOCIAL AFFECTIVE PATERNITY: PERSONAL / SOCIAL AND PATRIMONIAL EFFECTS

Carla Matuck Borba Seraphim

Advogada. Graduada Universidade Mackenzie. Especialista, Mestre e Doutora PUC/SP. Membro do 20º. Tribunal de Ética da OAB/SP. Professora da Universidade Paulista – UNIP (campus Paraíso) e USJT - Universidade São Judas Tadeu. Professora do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões ESA/SBC. Membro da Associação de Direito de Família e Sucessões – ADFAS.

Resumo: O conceito de paternidade perdeu o seu conteúdo semântico de outrora, dissociando-se por completo da estrutura de família matrimonial e patriarcal. Atualmente, busca-se resgatar diante da moderna sociedade, um conceito próprio para os dias atuais, capaz de compreender as diversas variantes da relação paterno-filial, sem demérito ou supervalorização a quaisquer destes. Assim, tem-se que as relações familiares e, nesse sentido a paternidade despreendeu-se de conceitos patrimonializados e caminham no sentido da repersonalização. Por isso, a paternidade socioafetiva tem produzido efeitos nos planos pessoal/social e patrimonial dos entes que se encontram jungidos pela referida relação paterno-filial, com base na solidariedade e afetividade.

Palavras chave: Família. Relação paterno-filial. Paternidade. Paternidade Socioafetiva. Efeitos.

Abstract: *The concept of paternity has lost its semantic content once, dissociating itself completely from the matrimonial and patriarchal family structure. At present, it seeks to recover before the modern society, a concept proper to the present day, able to understand the various variants of the paternal-filial relationship, without demerit or overvaluation to any of these. Thus, it has been that the family relations and, in this sense, the fatherhood has detached itself from concepts patrimonializados and walk in the sense of repersonalization. Therefore, socio-*

affective paternity has produced effects in the personal / social and patrimonial plans of the entities that are reunited by the said paternal-filial relation, based on the solidarity and affectivity.

Keywords: *Family. Paternal-filial relationship. Paternity. Socio-Affective Parenting. Effects.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Da estrutura familiar. 3. Da paternidade. 4. Dos efeitos da paternidade socioafetiva. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

No presente trabalho abordar-se-á o tema atinente ao estado de filiação, precipuamente a dimensão da paternidade socioafetiva, a qual tem gerado efeitos pessoais/ sociais e jurídicos.

O estado de filiação, ou ainda, a relação paterno-filial está inserto no âmbito do Direito de Família. Tema este que remonta às origens da humanidade, atrelada à extrema religiosidade, perpassando por um período no qual o indivíduo buscava a paz social, mediante a fixação de presunções legais, mas que no final do Século XX e limiar do Século XXI é dotado, cada vez mais, de relevância e atualidade.

Não se concebe mais a utilização de conceitos fechados, dogmas, expressão maior de um Estado totalitário e de uma justiça retributiva, mas também não se pode deixar ao alvedrio somente da tecnologia, quando se fala de paternidade biológica e teste de DNA, a busca de respostas para esta situação, que está posta à sociedade.

A sociedade, a família e neste contexto a relação de parentesco paterno-filial têm sofrido profundas transformações ao longo dos tempos. A relação paterno-filial, por assim dizer, a paternidade, necessariamente, remete-nos antes de qualquer estudo, à conceituação de família (parentesco), qual a sua ordem de grandeza desde os primórdios até os dias atuais, tendo em vista serem esta a sua célula *mater*.

Outrossim, a paternidade socioafetiva encontra seu sustentáculo nas diversas formas de conformação da entidade familiar, e que perpassa pelo viés do princípio da dignidade da pessoa humana, substrato da busca do direito à felicidade.

A paternidade socioafetiva compõe o tripé das espécies de relação paterno-filial junto com paternidade presumida, decorrente do sistema legal e da paternidade biológica.

2. Da estrutura familiar

Os traços lineares da família e da paternidade estão jungidos umbilicalmente, porque este segundo, encontra seu sustentáculo e subsídio na família.

A estrutura familiar despreendeu-se, num paulatino e gradativo processo, de conceitos absolutos, patrimonializados e passou a perquirir uma conceituação mais próxima dos elementos afetivo e realização pessoal de cada um dos seus membros²². Erigiu-se como norte deste caminhar o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser desdobrado em dois outros princípios, quais sejam: o da liberdade e o da igualdade²³.

O tratamento institucional da família constitui antes de qualquer estudo, um dever ético, pois se deve sempre “reafirmá-la como célula insubstituível. É o hábitat natural ao ser humano e nenhuma outra forma alternativa poderá desempenhar o seu papel de conferir equilíbrio ao futuro cidadão”²⁴.

Lembram Henri, Léon e Jean Mazeaud que o legislador, quando estabelece os fundamentos da família, pode escolher entre três concepções, quais sejam: *a uma, faze-a repousar sobre uma base puramente natural. A união livre seria, então, a fonte de uma família: a família natural; a duas*, exige-se um alicerce ao mesmo tempo natural e moral: a vontade de criar um grupo estável e durável, de se submeter a um estatuto jurídico, de se consagrar à vida, à felicidade desse grupo, à

²² “A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, características do direito de família de corte liberal, não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade”. LÔBO, Paulo Luiz Netto – A repersonalização das relações de família, O Direito de Família e a Constituição de 1988, coord. Carlos Alberto Bittar, p. 71.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto – Constitucionalização do direito civil, Revista de Informação Legislativa, Senado Federal nº 141, p.105.

²⁴ NALINI, José Renato – Ética Geral e Profissional, 3ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, p. 105.

educação das crianças. Uma união dessa natureza se realiza pelo casamento, assim formando a denominada família legítima; e a *três*, faz-se repousar a família sobre um sustentáculo artificial, fora de qualquer base natural: os pais escolhem seus filhos. É a família adotiva²⁵.

No entender de Clóvis Beviláqua, a família teria dois fatores de constituição, quais sejam: a *um*, o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos; a *duas*, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto e emoções novas, a filoprogênie e o amor filial entre procriadores e procriado, emoções essas que se consubstanciam na associação familiar. Contudo, ainda, acrescenta neste desiderato os fatores sociológicos, pois *“a família primitiva é vacilante, inconsistente, não toma um caráter fixo e dissolve-se em pouco tempo, ligado que se acha somente pelas energias biológicas. Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervém pela religião, pelos costumes, pelo direito, e a sociedade doméstica se vai, proporcionalmente, afeiçoando por moldes mais seguros, mais definíveis e mais resistentes. Somente depois dessa elaboração é que alguns escritores querem que exista a família, que assim seria um produto serôdio da vida social. Penso, ao contrário, que não passa ela de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa”*²⁶.

*“A família, longe de ser submetida ao regime patriarcal, tinha por base a maternidade; a genealogia, o direito de sucessão era igualmente regulado de acordo com a descendência materna; o homem como pai e como marido encontrava-se numa situação subordinada”*²⁷.

José Puig Brutau ao tratar da família define-a como: *“... es el grupo estable más simple que se encuentra en la sociedad. La unión de un hombre y una mujer forma el núcleo personal de esta estructura, a la que han de unirse los hijos y otros parientes en diversos grados de consanguinidad. Puede incluir un círculo más o menos amplio de individuos, pero lo normal es que la palabra se use para designar*

²⁵ MAZEAUD, Henri, Léon e Jean – Leçons de Droit Civil. Montchrestein, volume I, 4ª edição, 1977, p. 678.

²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis – Direito de Família, Editora Red, 2001, p. 31.

²⁷ CHAVES, Antonio – Tratado de Direito Civil, Direito de Família 5, Tomo I, Editora Revista dos Tribunais, página 16.

*el grupo que com algún grado de permanencia ocupa el mismo hogar y se rige por una sola economía doméstica*²⁸.

A família no Direito Romano possui inúmeras teorias, quais sejam: a *um*, Sumner Maine, um agrupamento patriarcal, baseado no vínculo de sangue; a *duas*, Meyer, o surgimento teria ocorrido da cisão de grupos sociais mais amplos do que ela, guardando-lhes as características; a *três*, Arangio-Ruiz, órgão com finalidades precipuamente econômicas; a *quatro*, Bonfante, verdadeiro organismo político; a *cinco*, Kaser, origem nas peculiaridades da vida rural nos tempos primitivos e a *seis*, Fustel de Coulanges, agrupamento de pessoas ligadas pelo culto^{29/30}.

Foi a partir da conformação de família justiniana do direito romano, que se iniciou a evolução gradual desta no direito moderno. Na realidade, agregaram ao conceito de unicidade em face do vínculo cognatício, novos e

²⁸ "... é um grupo estável mais simples que se encontra na sociedade. A união de um homem e uma mulher forma o núcleo pessoal da estrutura, a qual devem unir-se os filhos e outros parentes em diversos graus de consangüinidade. Pode incluir um círculo mais ou menos amplo de indivíduos, pelo que o normal é que a palavra seja usada para designar grupo que com algum grau de permanência ocupa o mesmo lugar e rege-se por somente uma economia doméstica". BRUTAU, José Puig – Fundamentos de Derecho Civil, Família – Matrimonio-Divorcio-Filiación-Patria Potestad-Tutela, Editora Bosch, p. 1.

²⁹ "Os autores procuram explicar essas características por diferentes concepções sobre a família romana primitiva. Sumner Maine defende a tese de que era ela um agrupamento patriarcal, baseado no vínculo de sangue. Fustel de Coulanges, dando especial relevo à religião, vê nela um agrupamento de pessoas ligadas por um culto: o dos mortos – crença segundo a qual os antepassados continuavam a viver no túmulo, transformados em deuses tutelares da família, mas necessitando dos cuidados de seus descendentes, que os mantinham enterrados junto ao lar comum. Meyer entende que a família romana surgiu da cisão de grupos sociais mais amplos do que ela, guardando-lhes as características. Arangio-Ruiz a concebe como órgão com finalidades precipuamente econômicas. Bonfante a caracteriza como verdadeiro organismo político. E Kaser, por último, procura explicar as particularidades da família, em Roma, pela vida rural nos tempos primitivos". ALVES, José Carlos Moreira – Direito Romano, volume II, 4ª edição revista e acrescentada, p. 295-296.

³⁰ "...O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: na religião do fogo sagrado e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um único corpo nesta vida e na do além. A família antiga é, desta forma, mais uma associação religiosa do que uma associação natural. Também veremos como a mulher só será verdadeiramente considerada quando a cerimônia sagrada do casamento a tiver iniciado no culto; como o filho já não se conta tampouco para a família quando renuncia ao culto ou se emancipado; como, ao contrário, o filho adotivo tornar-se-á verdadeiro filho para a família, porque, embora não tenha os vínculos de sangue; como o legatário, ao recusar-se a adotar o culto dessa família, não terá direito à sucessão; enfim, como o parentesco e o direito à herança estão regulados, não em virtude do nascimento, mas de harmonia com os direitos de participação no culto, e exatamente como a religião os estabeleceu. Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi a religião que lhe deu as regras, daí resultando receber a família antiga uma constituição muito diferente da que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido os seus únicos causadores". COULANGES, Fustel de – A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma, tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, p. 34.

importantes elementos oriundos do direito canônico, do direito feudal e os princípios da Revolução Francesa³¹.

A secularização do matrimônio foi obra das grandes codificações modernas. O Código Civil francês partiu dos princípios da secularização do matrimônio e da independência da lei e da religião, tendo em vista a liberdade de consciência. *Assim, pode-se reconhecer no Brasil o direito da companheira e dos filhos extramatrimoniais*³².

Atualmente, muito mais que dantes, há que se perquirir qual a posição da família, uma vez que dada às influências de fatores econômicos, políticos, culturais e científicos dentre outros, não se pode mais ter como modelo tipificador a família patriarcal, porque *“nesta evolução, a função procriacional da família e o seu papel econômico perdem terreno para dar lugar a uma comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família”*³³.

As mudanças estruturais da entidade familiar e conseqüentemente, nos ordenamentos jurídicos a que se vinculam, podem ser atribuídas a três fatores, quais sejam: a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização. Outrossim, não se pode deslembrar que as raízes históricas voltam-se à Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, bem como à Revolução Francesa, como ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, cada qual em seu momento adequado.

A compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da *dignidade da pessoa humana*, contida na Assembléia da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948 trouxe uma nova dimensão.

“A Constituição de 1988 fez uma reforma profunda, alterou substancialmente o direito de família em nosso País. A família organizada em uma estrutura autoritária, sob a chefia do pater, com uma hierarquia bem definida, é coisa do passado. Nem se pode mais, para distinguir, diminuir ou discriminar, fazer diferença entre as famílias formalmente constituídas e as famílias que decorrem das

³¹ RUGGIERO, Roberto de – Instituições de Direito Civil, volume 2, 1ª edição atualizada por Paulo Roberto Benasse, p. 33.

³² **BATALHA, Wilson de Souza Campos - Introdução ao Estudo do Direito, editora Forense, 2ª edição, p. 550 – 551.**

³³ FACHIN, Rosana Amara Girardi – Em Busca da Família do Novo Milênio, editora Renovar, Rio de Janeiro, p. 4.

*uniões estáveis*³⁴, incluindo nesse diapasão a impossibilidade de diferenciação da paternidade por sua origem. O *discrímen* foi abolido.

A contextualização da família pós-moderna perpassa pela despatrimonialização do seu sistema e caminha em busca da adaptação desta aos valores diretamente vinculados à pessoa humana, assim ocorrendo a repersonalização³⁵, inclusive das relações que dela advém, incluindo precipuamente as relações paterno-filiais.

3. Da paternidade

Pontes de Miranda diz que: “chama-se *forma de família* o critério pelo qual se estabelecem as relações entre os cônjuges e entre esses e os filhos. A estruturação familiar ou concerne a laços sexuais denominados pelos lógicos ‘um-um’, ‘um-dois (ou mais)’, ‘dois (ou mais) – um’, ‘dois (ou mais)-dois (ou mais)’, ou a laços de relação parentais ‘pai-filhos’, ‘mãe-filhos’ e ‘pais-filhos’³⁶.

“Na prática, grande é a importância dessas relações de parentesco, em razão de seus efeitos jurídicos de ordem pessoal e econômica, que estabelecem direitos e deveres recíprocos entre os parentes, como a obrigação alimentar, o direito de promover interdição e de receber heranças, com exceção do parentesco por afinidade etc. Além do mais impõe o parentesco algumas proibições com fundamento em sua existência”³⁷.

Assim, as relações parentais, ou parentesco,³⁸ podem ser definidas como “a qualidade reciprocamente atribuída a duas pessoas ligadas entre si pela

³⁴ VELOSO, Zeno - *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, Editora Malheiros, 1997, p. 7.

³⁵ “Na medida em que se despatrimonializa, isto é, se reduz o conteúdo patrimonial das relações no sistema jurídico, a família se adapta a novos valores, na passagem de uma jurisprudência de interesses patrimoniais para uma configuração atenta aos valores existenciais, privilegiando mais a pessoa humana e menos seu patrimônio”. PERLINGIERI, Pietro – *Perfis do direito civil*, 1997, p.30.

³⁶ MIRANDA, Pontes de – *Tratado de Direito de Família*, volume I, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, p. 61.

³⁷ DINIZ, Maria Helena – *Curso de Direito Civil Brasileiro*, editora Saraiva, 13ª edição revista, 5º volume, 1988, p. 299.

³⁸ “Derivado do latim popular *parentatus*, de *parens*, no sentido jurídico quer exprimir a relação ou a ligação jurídica existente entre pessoas, unidas pela evidência de fato natural (nascimento) ou de fato jurídico (casamento, adoção).

Nesta razão, embora originariamente parentesco, a relação entre os parentes, traga um sentido de ligação por consangüinidade, ou aquela que se manifesta entre as pessoas que descendem do mesmo tronco; no sentido jurídico, o parentesco abrange todas as relações ou nexos entre as

existência de um ascendente comum ou pelo matrimônio de algum dos membros de uma família com a de outra”³⁹. Trata-se da paternidade biológica.

Em sentido mais restrito e conservador, Silvio Rodrigues⁴⁰, Orlando Gomes⁴¹, Arnaldo Wald⁴² e Caio Mario da Silva Pereira⁴³ externam o entendimento de que parentesco é o vínculo entre pessoas que possuem ancestralidade comum, preterindo até mesmo o parentesco por afinidade.

Em posição mais ampla, tendo por escopo albergar o parentesco advindo da afinidade e da adoção, Maria Helena Diniz⁴⁴ assevera que o parentesco poderá ser originário tanto da relação de ascendência e descendência comum, *“mas também entre o cônjuge e os parentes do outro e entre o adotante e o adotado”*. *Parentesco por afinidade no primeiro caso e relação paterno-filial adotiva, que tem por mérito recriar o parentesco por presunção, tal como dá na presunção de paternidade”*.

Constitui fato relevantíssimo que: *“Não é tão simples assim dizer quem é parente, pois há muitas ligações de parentesco, vários graus de ligação. O parentesco é um vínculo familiar; é o elo que une os componentes de uma família. Quando porém se fala em parente, vem-nos à idéia o caso mais direto de parentesco, que é o de pai para filho, o parentesco em linha reta”*⁴⁵.

*“A relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores chama-se filiação, quando considerada, ascencionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes; paternidade, quando considerada, descencionalmente, do pai para o filho...”*⁴⁶.

peçoas, provenha do sangue, ou não”. SILVA, De Plácido – Vocabulário Jurídico, volume I e II, Editora Forense, 10ª edição, p.316.

³⁹ PICAZO, Luiz Díez e Antonio Gullon – Sistema de Derecho Civil, Derecho de Família Derecho de Sucesiones, volumen IV, Editorial Tecnos S/A, p. 30.

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio – Direito Civil, Editora Saraiva, 1989, 16ª edição revista e atualizada, vol. 6, p. 286.

⁴¹ GOMES, Orlando – Direito de Família, Editora Forense, 9ª edição, 1996, p. 299.

⁴² WALD, Arnaldo – O Novo Direito de Família, 12ª edição revista, atualizada e ampliada pelo autor, Editora Revista dos Tribunais, p. 53.

⁴³

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil Brasileiro, editora Saraiva, 13ª edição revista, 5º volume, 1998, p. 297.

⁴⁵ **ROQUE, Sebastião José – Direito de Família – Coleção Elementos de Direito – Ícone Editora – 1994, p. 133-134.**

⁴⁶ BEVILÁQUA, Clovis - Direito de Família, RED Livros, 2001, Rio de Janeiro, p. 302.

A partir do abrigo jurídico de uma determinada concepção de família, o Direito organizou as relações internas de seus membros, e da mesma com o mundo que lhe é exterior, assim é o parentesco, por isso, a chave para entender a regulação dos papéis dentro da família, até então.

Visando adequar o significado, ou seja, o termo paternidade, ao seu significante, divide-se o conhecimento da paternidade em quatro períodos, a saber: *a um*, no período do Direito Antigo; *a duas*, no período do advento do Código Civil de 1916; *a três*, no período posterior ao Código Civil de 1916 e antes da Constituição Federal de 1988; e, *a quatro*, no período após a Constituição Federal de 1988, incluindo o Código Civil de 2002.

“*Roma não é toda a antigüidade, mas resume a antigüidade. É o grande livro da história antiga, escrito em caracteres taquigráficos*”⁴⁷. Os romanos sistematizaram a paternidade, baseados na existência ou não de casamento dos genitores. Assim, seriam filhos legítimos tanto os nascidos na constância do matrimônio e os nascidos posteriormente, à sua dissolução, desde que dentro dos prazos previstos. *Contrario sensu*, filhos extramatrimoniais seriam os nascidos de relações familiares estabelecidas sem o vínculo do casamento, sendo certo que os filhos eram denominados de *spurii* ou *vulgo quaestio* ou *vulgo conceptus e naturales liberi*⁴⁸.

Ad argumentantum, o Direito Romano utilizando-se do conhecimento dos povos helênicos acerca da determinação do período gestacional edificou a relação paterno-filial em suas bases, acrescentando-se a tal fato, o estado civil dos genitores, ou seja, se os ascendentes possuíam vínculo matrimonial ou não. Por isso, assevera-se que nesse período a paternidade dependia do estado civil dos genitores, bem como da presunção de paternidade.

No Código Civil brasileiro de 1916, seguindo a tradição napoleônica do Código de 1804⁴⁹, o traço do parentesco patrilinear se dissolve, uma vez que o

⁴⁷ PEREIRA, Virgílio de Sá – Direito de Família, 1959, p. 45.

⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes – Dos filhos havidos fora do casamento, *in* Estudos de Direito Civil, Editora Del Rey, p. 58.

⁴⁹ “O Código Civil de 1804, também chamado de *Code Napoléon*, sem rejeitar totalmente os valores tradicionais, mas realçando os valores modernos, compendiou os diversos direitos subjetivos dos indivíduos enquanto homens comuns. Esse Código teve por pressupostos os conceitos básicos de liberdade de propriedade, consagrando tanto as aspirações de Grotius quanto as da Declaração. O Code Napoléon marcou o direito no decorrer de todo o século XIX, representando o auge da primeira era do direito moderno e sobrevivendo a muitas críticas, particularmente dos marxistas e dos assim chamados movimentos libertários, especialmente o socialismo utópico e o novo liberalismo”.

vínculo parental da filiação passou a se correlacionar à existência do casamento dos genitores, bem como abriu em duas linhas simétricas: uma perante o pai, outra perante a mãe⁵⁰.

Neste sentido Eduardo de Oliveira Leite leciona que: “*Toda a estrutura do parentesco do mundo ocidental, de tradição romana, sempre se encontrou edificado na presunção de paternidade – pater is est quem justae nuptias demonstrant – (é pai quem demonstra justas núpcias) que consagrou, a partir de 1804 (Código Napoleônico) uma paternidade calcada na legitimidade decorrente do casamento. Ali onde há núpcias, há marido e mulher e, necessariamente, este marido é pai das crianças oriundas desta relação conjugal*”⁵¹.

Começamos por ver que a primeira nota básica do sistema originário do Código Civil foi a de separar a filiação legítima da filiação ilegítima, o que repercutiu no estabelecimento da filiação. A presunção *pater is est* acoberta os filhos havidos dentro do casamento; em relação aos filhos havidos fora do casamento, a paternidade se estabelece somente por sentença ou reconhecimento⁵².

Nos primórdios estas situações familiares foram alijadas do plano jurídico, contudo por existirem no plano fenomênico foram sendo, de forma gradativa, albergadas pela sociedade e, em momento posterior pela jurisprudência⁵³.

SAUWEN Regina Fiuza e HRYNIEWICS, Severvo - O Direito “In Vitro” Da bioética ao biodireito, Lumen Juris, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2000, p. 68.

⁵⁰ VELOSO, Zeno – Direito Brasileiro de Filiação e Paternidade, editora Malheiros, 1997, p. 12.

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira – Temas de Direito de Família, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 120.

⁵² Neste sentido: “O Código Civil Brasileiro filiou-se aos sistemas latinos codificados, em favor de defender a ‘instituição matrimônio’, inspirado em duas características marcantes: a legitimidade exclusiva do marido para impugnar a paternidade do filho tido pela mulher com a qual se casou e a enunciação taxativa de número limitado de fundamentos aptos a ensejar a impugnação da paternidade.

Dessa forma, os valores esculpidos no Código de Napoleão, foram projetados para o Código Civil Brasileiro, absorvendo toda a sua ‘hipocrisia’, mentira institucionalizada, fechando-se os olhos às injustiças sociais que decorriam desse sistema jurídico”. NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras – A Filiação que se constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico, Memória Jurídica Editora, São Paulo, 2001, p. 64.

⁵³ “A jurisprudência brasileira, durante a evolução histórica do instituto da filiação no século XX, sempre esteve avante, realizando interpretação construtiva, colmatando lacunas, relativizando rigores.

No que diz respeito à presunção *pater is est*, no início, predominou a exegese estrita do Código Civil de 1916. Desse modo, somente a contestação de paternidade realizada pelo marido seria apta a desfazer a presunção de paternidade de filho adulterino *a matre*, desde que nas hipóteses e nos prazos legais.

A partir da década de 60, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passa a admitir que o filho adulterino *a matre* promova a investigação de paternidade, desde que sua concepção tenha se dado quando da separação de fato dos cônjuges. Essa investigatória poderia ser proposta mesmo ausente a impugnação da paternidade pelo esposo. Tal situação se observa no Recurso Extraordinário no. 51.269, em acórdão que teve por relator o Ministro HERMES LIMA, bem como no Recurso n. 54.891,

A relação paterno-filial legítima, a paternidade, configurava-se por meio de presunção, qual seja a presunção *pater is est*. Nesse sentido, as modalidades de determinação da relação paterno-filial revelam o sentido jurídico da própria paternidade, isto porque, pai seria aquele que o sistema jurídico definiu como tal. Dessa forma, nem sempre haverá coincidência da relação paterno-filial biológica com a da relação paterno-filial jurídica, prevalecendo a primeira em detrimento da segunda.

A relação paterno-filial jurídica distanciou-se da origem biológica, tendo por escopo a defesa de interesse outro, qual seja, a proteção da própria família. O legislador buscando a paz familiar posicionou a relação paterno-filial jurídica em patamar superior ao do conhecimento da verdade biológica desta⁵⁴.

O artigo 338 do Código Civil de 1916 estabelecia a presunção legal de que a existência da relação paterno-filial dos “filhos concebidos na constância do casamento”, dar-se-ia nos casos a seguir exemplificados: *a um*, os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, computando-se esta da data da real convivência marital e não do dia da celebração do ato nupcial; *a duas*, os nascidos dentro do prazo de trezentos dias, subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, o qual se pode dar em decorrência de morte, anulação ou separação dos genitores, considerando-se para tanto até como possível data da concepção o último dia de convivência marital.

Decorrente das premissas estabelecidas, a relação paterno-filial foi dividida em diversas espécies, como que as categorizando, organizando-as, ora com totais, ora com ínfimos direitos⁵⁵.

O estado de filho legítimo é o mais perfeito estado familiar, ou seja, aquele no qual se aquinhoava a maior quantidade de relações, quer pessoais, quer

em acórdão publicado em setembro de 1964, sendo relator o Ministro VICTOR NUNES”. FACHIN, Luiz Edson – Direito Além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família, *in* Revista Brasileira de Direito de Família, Editora Síntese, volume 17, Abr-Maio 2003, Porto Alegre, p. 22.

⁵⁴ “A paternidade jurídica distancia-se em defesa da própria família, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica”. FACHIN, Luiz Edson – Estabelecimento da Filiação e paternidade presumida, Porto Alegre, Fabris, 1992, p. 22.

⁵⁵ “O Código Civil brasileiro de 1916, praticamente pelas mesmas razões (defesa da família e de seu patrimônio) e seguindo a tendência presente nas legislações de inspiração romana, consagrou a presunção de que os filhos nascidos na constância do casamento são do marido”. BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio – Ao Encontro do Pai, *in* Revista de Direito de Família, vol. 16, Editora Síntese, p. 58.

patrimoniais, no âmbito da família. Para tanto, necessário é que estejam presentes todos os requisitos legais⁵⁶.

O legado do sistema clássico da relação paterno-filial, entretanto, não se manteve incólume à evolução da própria idéia de família. As grandes concentrações urbanas, a inserção da mulher no processo de produção, constituem, entre outros, fatores importantes que provocaram essa mudança. Essa transformação gerou um novo modo de apreender as relações familiares e repercutiu no estabelecimento da relação paterno-filial.

Enquanto o Código Civil se postou na defesa superior da família matrimonializada e da autoridade do marido, a jurisprudência e as leis extravagantes abriram as portas da investigação e do reconhecimento para encontrar a verdadeira paternidade. Assim, tiveram estas o escopo precípua de amainar e albergar as relações familiares, especialmente, as relações paterno-filiais estatuídas pela afetividade, e não somente pela disciplina legal, em parte decorrentes da biologização da paternidade.

Na realidade, as situações fáticas e a análise destas pelos Tribunais foram forjando um novo entendimento. Entendimentos consagrados na Constituição Federal de 1988.

“Em 1988, com a promulgação da Constituição da República, novas bases são lançadas para a matéria da filiação. A partir de então, face ao parágrafo 6º de seu art. 227, ‘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’. Eis que, a partir de então, filho passa a ser filho e ponto final. Qualquer adjetivação pejorativa passou, pois a ser expressamente vedada pela Carta Magna”⁵⁷. Por assim dizer, pai, paternidade, igualdade de filiação ganharam novas roupagens.

No mesmo sentido Gustavo Tepedino: *“A Constituição da República altera radicalmente o sistema anterior, assim delineado, consagrando, ao lado da isonomia dos filhos, a tutela de núcleos familiares monoparentais, formado por um dos descendentes com os filhos (art. 226, parág. 4º), e extramatrimoniais, não fundados no matrimônio (art. 226, parág. 3º)”*.

⁵⁶ RUGGIERO, Roberto de – Instituições de Direito Civil, volume 2, 1ª edição atualizada por Paulo Roberto Benasse, p. 265.

⁵⁷ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio – Ao Encontro do Pai, *in* Revista de Direito de Família, vol. 16, Editora Síntese, p. 60.

A mudança estrutural do eixo familiar, ou seja, da legitimidade para o plano da afetividade, fez uma releitura da presunção *pater is est*, demonstrando que a paternidade socioafetiva não se importa com preceitos fechados ou dogmas, mas com a repersonalização da relação paterno-filial.

O Código Civil de 2002, evolutivamente, nada alterou em relação à paternidade. No caso, específico, albergou três novas hipóteses de paternidade presumida, ou seja, hipóteses estas oriundas dos avanços do biodireito, vislumbrando a influência da reprodução assistida na conformação da família pós-moderna. Outrossim, albergou por completo, e nem poderia deixar de ser a aplicação de uma paternidade plural, calcada no princípio da igualdade dos filhos e igualdade dos direitos dos filhos seja no âmbito pessoal, seja no âmbito patrimonial.

Neste íterim, cumpre determinar que presunção *pater is est* deixou de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem ou de sua concepção⁵⁸.

Realizando um recorte metodológico para tratar especificamente do tema central do trabalho, abordar-se-á os efeitos da paternidade, especificamente no âmbito da paternidade socioafetiva.

4. Dos efeitos da paternidade socioafetiva

A paternidade socioafetiva caracteriza-se pela situação construída pela convivência que assegura o direito à filiação. Trata-se da “relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”⁵⁹.

Na paternidade socioafetiva infere-se a existência de vínculos emocionais, financeiros e sociais; e porque não a identificação de papéis psicológicos, desvinculados por completo dos conceitos de família matrimonial em sentido amplo.

⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto – Código Civil Comentado, coord. Álvaro Villaça Azevedo, Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial, Editora Atlas, p. 50.

⁵⁹ LOBO, Paulo – Direito-dever à convivência familiar, in Direito das Famílias, p. 392.

Funda-se na cláusula geral de tutela da personalidade humana. Assim, tratando-se de situação fática cujo substrato formador é a afetividade, pode-se asseverar que advém das famílias reconstituídas.

Essas famílias reconstituídas, em regra, estabelecem-se após situação fática de ruptura da estrutura familiar anterior, nos casos de divórcio ou dissolução da união estável, falecimento do cônjuge ou companheiro, ou a inexistência dessa estrutura familiar, em se tratando de família monoparental.

A paternidade socioafetiva traduz-se em uma conquista advinda da nova estrutura familiar e, por conseguinte da tutela dos vínculos diversos criados por essas estruturas familiares múltiplas. Nada mais são do que fatos diuturnos do cotidiano que ao serem albergados pelo direito traduzem a aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Porquanto interessa ao tema em exame, tais preceitos, combinados com os princípios fundamentais dos arts. 1º a 4º, em particular no que concerne ao art. 1º, III, segundo o qual se constitui em fundamento da República a dignidade da pessoa humana, informam toda a disciplina familiar, definindo a nova tábua de valores em que exsurgem, no ápice no ordenamento, três traços característicos em matéria de filiação: 1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores”⁶⁰.

O artigo 227, parágrafo 6º., da Constituição Federal estabelece a igualdade entre filhos, proibindo qualquer forma de *discrimen*.

Nesse diapasão, o artigo 1º. do Estatuto da Criança e do Adolescente determina a aplicação da doutrina da proteção integral como princípio norteador das decisões acerca de crianças e adolescentes como dispôs a Declaração dos Direitos das Crianças da ONU.

Não se podendo deslembrar que o parágrafo 7º. do artigo 226 também dispõe como princípios informadores do planejamento familiar além da dignidade da pessoa, a paternidade responsável, não somente no sentido de conhecimento, divulgação ou utilização de métodos contraceptivos, mas em sentido

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo – A disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional, *in* Temas de Direito Civil, editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 393.

amplíssimo de conformação personalíssima do estabelecimento do vínculo paterno-filial.

Constituída a relação paterno-filial, qualquer que seja o seu fundamento, seja biológico, ou presumido, ou ainda socioafetivo, tema do presente trabalho, por conseguinte, efeitos são produzidos, quer na esfera social/ pessoal e patrimonial.

No âmbito do direito pessoal há que se destacar constituir a paternidade um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível ao filho, que poderá vir a exercer contra os pais, ou seus herdeiros. Nesse sentido, o estado de filho é indisponível, não transacionável, e irrenunciável, mormente em detrimento da verdade biológica⁶¹. Assim, há de estabelecer-se de forma conjunta.

De acordo com o Enunciado 108 da I Jornada do STJ: “*Assento de nascimento. Filiação consanguínea e socioafetiva. Jornada I STJ 108: No fato jurídico do nascimento, mencionado no CC 1603, compreende-se, à luz do disposto no CC 1593, a filiação consanguínea e também socioafetiva*”.

Não se pode declarar a paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. O Supremo Tribunal Federal decidiu no RE 898060/SC, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 21 e 22-9-2016 “... *O Supremo Tribunal Federal afirmou que sobre princípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos quanto àqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da CF. Dessa forma, atualmente não cabe decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos...*”.

A proteção encontra-se na situação fática estabelecida na relação paterno-filial, dependendo não só do registro público, mas em especial da comprovação de provas diretas e indiretas da existência de um vínculo pessoal e

⁶¹ TJDF, 1ª. T. Cível, Ag. 2008.00.2.000886, Brasília – DF, rel. Des. Carlos Rodrigues; j. 2.4.2008, v.u.

social que demonstre equivalência com a paternidade biológica e jurídica. Esse entendimento está inserto no Enunciado 339 da IV Jornada de Direito Civil.

À *posteriori*, quanto à paternidade socioafetiva o Provimento 63 do CNJ instituiu modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais. Dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

No que concerne ao direito de convivência, nesse incluído o direito de visitas, a situação decorre da dissolução da estrutura das famílias reconstituídas, outrora formado pela afetividade. As crianças e adolescentes devem ter preservado o direito à convivência familiar como norma imperativa, devido ao nível de dependência física e emocional para com aqueles que os rodeiam.

O Poder Judiciário quando chamado a solucionar casos dessa magnitude aplica o princípio da afetividade como suporte normativo do legislador para a regulamentação das relações familiares e como princípio de interpretação na solução dos conflitos de interesses no direito de família, agora incluindo a dissolução das famílias reconstituídas. Ora, em se tratando de vulnerabilidade dos laços familiares, é necessária a aplicação do dever de amparo e cuidado.

O artigo 5º. do Projeto de Lei n. 2285/2007 da Câmara dos Deputados estatui: *“Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação desse Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade”*.

Nesse sentido, o artigo 100 Projeto de Lei n. 2285/2007, Capítulo IV – Da guarda dos filhos e do direito à convivência, estabelece: *“o direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade”*.

A Revista “Veja” há cerca de cinco anos trouxe matéria intitulada “MEU AMADO EX – ENTEADO”, na qual narra casos de famílias “recompostas”,

nas quais o afeto e a civilidade sobrepõem-se aos laços sanguíneos”⁶². A matéria foi redigida no sentido da efetividade do reconhecimento do vínculo da paternidade sócioafetiva pelo Poder Judiciário, bem como pela sociedade em geral.

No que concerne aos direitos ditos patrimoniais, especialmente alimentos, decorrentes da filiação sócioafetiva esses já encontram farto precedente para sua fixação, desde que comprovado o primordial requisito da dependência econômica direta. Senão vejamos: *“ALIMENTOS. DESERÇÃO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Cuidando-se de ação de alimentos, onde se discute a capacidade econômica do alimentante, o qual alegou insuficiência de recursos e pediu a gratuidade, a ausência de preparo não induz à deserção, sendo razoável conceder a dispensa do preparo. 2. Estando provado o vínculo jurídico de filiação, a alegação de inexistência do liame biológico é irrelevante e vazia, pois não paira dúvida alguma sobre o vínculo sócioafetivo, decorrente da posse do estado de filho, nem que o alimentante era o provedor do núcleo familiar. 3. Os alimentos se destinam ao atendimento das necessidades dos filhos, que são presumidas, dentro da capacidade econômica do alimentante. Recurso desprovido.”* (AI nº. 70007798739; Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves; TJRS; Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2004).

Em hipótese mais tímida, mas não menos importante encontra-se o direito à sucessão decorrente da paternidade sócioafetiva. Se o registro público comportar o assentamento da paternidade sócioafetiva, a sucessão legítima não guardará maiores problemas, visto que seguindo os ditames legais, haverá a concorrência do filho à sucessão aberta do seu genitor.

O artigo 1829 do Código Civil ao estabelecer a ordem da vocação hereditária estatui serem os descendentes herdeiros necessários, sem quaisquer restrições, nem deveria ser diferente, diante do princípio constitucional da igualdade da filiação.

Contudo, se o registro público não contiver o assento da paternidade sócioafetiva, necessária far-se-á a prova da situação fática existente, por meio de procedimento específico, garantindo-se o contraditório e

⁶² Revista Veja, ed. Abril, edição 2310 – ano 46 – n. 9, 27 de fevereiro de 2013.

a ampla defesa, para que ao final sendo reconhecida a paternidade socioafetiva possa ser esse herdeiro admitido na sucessão aberta do “de cujus”, fazendo jus ao quinhão hereditário, bem como concorrendo com os demais herdeiros necessários se existentes.

Em uma segunda hipótese, ainda que não conste a existência da paternidade socioafetiva do assento dos registros públicos, poderá ser o possível herdeiro aquinhoadado com legado decorrente da sucessão testamentária do seu genitor socioafetivo.

5. Considerações finais

No presente trabalho foi estudado o tema da Dimensão da Paternidade Socioafetiva: Efeitos Pessoal/Social e Patrimonial, constatando-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º. Inciso III da Constituição Federal foi erigido como princípio constitucional norteador e balizador das relações sociais.

Isso porque, tendo as relações familiares se desprendido de conceitos patrimonializados, o destaque encontra-se na valorização do ser humano, por meio dos princípios da dignidade, da felicidade e solidariedade das relações sociais, nestas incluindo-se, precipuamente, as relações paterno-filiais.

Família e casamento não são mais sinônimos, eis o diferencial entre família moderna inserida no Código Civil de 1916 e a família pós-moderna, após a laicização da sociedade.

Gustavo Tepedino a propósito do tema explicita: “(...) *altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e desenvolvimento da personalidade de seus membros*”⁶³.

O fator biológico para a estruturação da relação paterno-filial não é mais determinante.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo – *Temas de Direito Civil*, p. 350.

O casamento não constitui mais obrigatoriedade para o reconhecimento da entidade familiar e atribuição de legalidade e direitos às relações advindas deste, isto porque o modelo de família do Código Civil de 1916, matrimonial, patriarcal e patrimonial foi alterado para a estrutura familiar pós-moderna, plural e hedonista.

Nesse sentir encontra-se a relação paterno-filial e por isso, diz-se que a paternidade apresenta-se de forma tríplice, quais sejam biológica, jurídica e socioafetiva.

As paternidades biológicas e jurídicas não guardam maiores problemas. Senão vejamos.

A paternidade biológica está diretamente ligada ao fator ancestralidade e conformação da identidade biológica do descendente aos seus ascendentes, podendo ser comprovada por exame de DNA, como 99,9% de chance de acerto.

No que tange a paternidade jurídica ou presumida a sua fonte encontra-se no Direito Romano, onde na falta de melhores elementos, a paternidade estava condicionada ao vínculo matrimonial dos genitores e tem tratamento legislativo desde então.

Contudo, a paternidade socioafetiva, aquela constituída pelos vínculos de afetividade, solidariedade e dignidade da pessoa humana é que guarda maiores avanços em termos legislativo e jurisprudencial.

Na atualidade, o reconhecimento da paternidade socioafetiva pode ser realizado perante o Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais. Contudo, a paternidade socioafetiva, declarada não impede o reconhecimento do vínculo jurídico concomitante, baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

A paternidade biológica está inserida no âmbito do direito existencial, no conhecimento da origem do ser humano, enquanto ancestralidade genética, social e humana; enquanto a paternidade socioafetiva é alicerçada na vontade livre e no princípio do melhor interesse do filho.

Os efeitos da paternidade socioafetiva são os mais amplos possíveis, considerando sempre serem efeitos jurídicos, distinguindo-se, somente, quanto à patrimonialidade ou não dos mesmos.

Conhece-se por efeitos jurídicos não patrimoniais, o efeito social e pessoal, o direito de personalidade do reconhecimento ou não da paternidade em registro público, o direito à convivência consubstanciados na guarda e no direito de visitas, quando houver ruptura da estrutura familiar na qual se desenvolveu a paternidade socioafetiva; e os efeitos patrimoniais no âmbito dos alimentos e sucessão.

O reconhecimento da paternidade socioafetiva no assento do Registro Civil das Pessoas Naturais traz aos jurisdicionados uma maior tranquilidade no que tange à efetividade dos direitos, sejam esses pessoais ou patrimoniais.

Contudo, ainda que não existente o reconhecimento da paternidade socioafetiva no Registro Civil das Pessoas Naturais não se pode afastar a possibilidade de por meios próprios obter o reconhecimento do estado filial.

Em termos gerais, há que se consignar que à paternidade socioafetiva, de forma correta, guardam-se e aplicam-se com total equivalência de direitos e obrigações, tal como se afigura nas situações de paternidade biológica e paternidade presumida.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Família e nova Constituição (artigo 226)*. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 24/88, p. 376-380.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1964.
- BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio – *Ao Encontro do Pai*, in *Revista de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, vol. 16.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos - *Introdução ao Estudo do Direito*, editora Forense, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. São Paulo: Universidade de Direito, 1987.
- BRUTAU, José Puig – *Fundamentos de Derecho Civil , Família – Matrimonio-Divorcio-Filiación-Patria Potestad-Tutela*, Segunda edición. Bracelona: Editora Bosch, 1985.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *A nova família. Direitos de família e do menor – Inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

- CHAVES, Antonio. *Filiação espúria; filiação ilegítima; filiação incestuosa e filiação legítima. Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 37.
- _____. *Tratado de direito civil – Direito de família*. São Paulo: RT, 1991. vol. 5 .
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Lisboa: Livraria Clássica, 1954.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. *A tríplice paternidade dos filhos imaginários. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família – Aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT 1995.
- _____. *Da paternidade – Relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi – *Em Busca da Família do Novo Milênio*, editora Renovar, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GOMES, Orlando. Aspectos da filiação. *RF* 463/680-685.
- _____. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- _____. *Direitos da personalidade*. *RF* 216/5-10.
- GOMES, Orlando e CARNEIRO, Nélon. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. Rio de Janeiro: Forense, 1952.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes – *Dos filhos havidos fora do casamento, in Estudos de Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira – *Temas de Direito de Família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994
- LÔBO, Paulo Luiz Netto – *Constitucionalização do direito civil*, Revista de Informação Legislativa, Senado Federal nº 141.
- _____. *A repersonalização das relações de família, O Direito de Família e a Constituição de 1988*, coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1989.
- MAZEAUD, Henri, Léon e Jean – *Leçons de Droit Civil*. Montchrestein, volume I, 4ª edição, 1977.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. II.
- NALINI, José Renato – *Ética Geral e Profissional*, 3ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2001.

- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras – *A Filiação que se constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro – *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 2ª. Ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PERDIGÃO MALHEIRO, A. G. *Comentário à Lei n. 463, de 2 de setembro de 1847*. Editora da Casa Eduardo & Henrique Laemmert, 1857.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. V.
- PICAZO, Luiz Díez e Antonio Gullon – *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia Derecho de Sucesiones*. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 1994.
- PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Coimbra: Coimbra Ed., 1986.
- PINTO, F. Brandão Ferreira. *Filiação natural*. Coimbra: Almedina, 1983.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. VII e IX.
- REIS, Clayton. *A filiação ilegítima e a Constituição de 1988*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 109, p. 247-256.
- RIPERT, Georges e BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil (segun el tratado de Planiol)*. Buenos Aires: La Ley, s/d.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Fecundação artificial*. *Ajuris* 52/62-78.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Alguns aspectos da filiação nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Direitos de família e do menor – Inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- RODRÍGUES, Silvio. *Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ROQUE, Sebastião José – *Direito de Família – Coleção Elementos de Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1994.
- RUGGIERO, Roberto de – *Instituições de Direito Civil*, volume 2, 1ª edição atualizada por Paulo Roberto Benasse, Campinas: Bookseller, vol. I e II, 1999.
- SAMPAIO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- SAUWEN Regina Fiuza e HRYNIEWICS, Severvo - *O Direito “In Vitro” Da bioética ao biodireito*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2000.
- SILVA, De Plácido – *Vocabulário Jurídico*, volume I e II. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela jurídica da filiação. Estatuto da criança e do Adolescente: Lei 8.069/90, estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

WALD, Arnaldo. *Direito de família*. São Paulo: RT, 1995.

A PROGRESSIVA SUBJETIVIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

THE PROGRESSIVE SUBJETIVIZATION OF BRAZILIAN FAMILY LAW

Dimitre Braga Soares de Carvalho

Professor Adjunto II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.
Professor Adjunto III da UNIFACISA. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Buenos Aires – PUC-BA. Advogado.

Resumo: O Direito de Família vem sofrendo, sobretudo no mundo ocidental, um claro processo de subjetivização. Não é mais possível desconsiderar que a objetividade dos atos e fatos jurídicos é permeada pela subjetividade que repercute no mundo jurídico. Tal subjetivização ocorre tanto na perspectiva individual, quanto sob um ponto de vista estatal. Esse é um longo processo, que tem sido acelerado nos últimos anos, principalmente, por conta das transformações tecnológicas que vem reordenando as relações interpessoais. Desenvolveu-se, então, uma das questões mais problemáticas de todo o Direito de Família: existe uma única “resposta correta” para os problemas do Direito de Família contemporâneo? O relativismo a que se entregou o Direito de Família possibilita a coexistência de várias “respostas corretas” em contraposição ao antigo ideal da “resposta definitiva”?

Palavras-chave: Subjetivação. Individualismo. Autonomia privada. Liberdade interpretativa. Contratualização da família.

Abstract: *Family Law has suffered, especially in the Western world, a clear process of subjectivization. It is no longer possible to be disregarded the fact that the objectivity of legal acts and facts is permeated by the subjectivity that has repercussions in the legal world. Such subjectivization occurs both from an individual perspective and from a state point of view. This is a long process that has been accelerated in recent years, mainly due to the technological transformations that have been reordering interpersonal relations. One of the most problematic issues of all Family Law has developed: is there a single "correct answer" to the problems of*

contemporary Family Law? The relativism to which the Family Law has been granted enables the coexistence of several "correct answers" in opposition to the old ideal of "definitive answer"?

Keywords: *Subjectivation. Individualism. Private autonomy. Interpretative liberty. Family contracts.*

Sumário: Introdução. Desenvolvimento. Conclusões. Referências.

Introdução

O Direito de Família vem sofrendo, sobretudo no mundo ocidental, um claro processo de subjetivização. Nos tempos atuais, não é mais possível ser desconsiderado que a objetividade dos atos e fatos jurídicos é permeada pela subjetividade do meio social e que repercute no mundo jurídico.⁶⁴ Tal subjetivização ocorre tanto na perspectiva individual, quanto sob um ponto de vista estatal. Esse é um longo processo, que tem sido acelerado nos últimos anos, principalmente, por conta das transformações tecnológicas que vem reordenando as relações interpessoais.

A travessia para o milênio que vivemos transportou valores totalmente diferentes, sobretudo no que diz respeito à família⁶⁵. Esta deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução, na qual esteve concretizada suposta superioridade masculina, e passou a ser um amplo espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do afeto e do amor, núcleo formador da personalidade e veículo para a busca da felicidade pessoal.⁶⁶

⁶⁴ Para uma parcela da doutrina brasileira sobre o tema, a subjetividade do Direito de Família tem suas raízes em uma ótica psicanalítica, segundo a qual a linha freudiana da existência do inconsciente é a fonte das mais diversas interpretações acerca da família.

⁶⁵ TARUCE, Flávio. Desafios Contemporâneos do Direito de Família e Sucessões. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI214607,61044Desafios+contemporaneos+do+Direito+de+Familia+e+das+Sucessoes>>. Acesso em 20/02/2015.

⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 08.

O elemento agregador dessa transformação⁶⁷ é o indivíduo, transmudado a partir do “sujeito de direitos” da Teoria Geral do Direito Civil, revestido da proteção principiológica que lhe outorga autonomia quase absoluta.⁶⁸

O indivíduo, na atualidade, converteu-se em um ser fragmentado, à medida em que cada “sujeito de direitos” compõe, da maneira que lhe parece mais apropriada, sua existência, libertando-se da concepção de conjunto social que norteava o Direito Privado do século passado⁶⁹.

A perda do elemento religioso, agora desagregado desse “sujeito de direitos”, completa a noção hodierna de que cada ser é um mundo⁷⁰. Essa privatização das relações interpessoais, à proporção em que constrói um universo particular para cada indivíduo, contribui decisivamente para o desenvolvimento de um Direito de Família individual, historicamente desconectado da visão social tão impregnada nas normas codificadas.⁷¹

⁶⁷ “Foram necessárias muitas mudanças para que o panorama se transformasse. Por ditas razões, este momento histórico exige agudas reflexões sobre a transformação que a família e, por conseguinte, o Direito de Família atravessou da segunda metade do século passado até os dias correntes. Cumpre verificar, então, numa apertada síntese, quais foram estes elementos que, direta ou indiretamente, transformam o conteúdo familiarista. Inicialmente, o instituto jurídico do divórcio, venceu estruturas quase intransponíveis da cultura cristã, cuja força sempre foi marcante em nossa sociedade, abrindo espaço para a reconstrução familiar de casais que não deram certo no matrimônio. Veio a busca da felicidade pessoal e o seio familiar foi palco desse processo de realização de interesses pessoais” LOBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 03.

⁶⁸ PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Familia*, Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 04.

⁶⁹ “Num dos polos da interação entre o local e o global está o que chamo de ‘transformações da intimidade’. A intimidade tem sua própria reflexividade e suas formas próprias de ordem internamente referidas. (...) A reorganização de tempo e espaço, os mecanismos de desencaixe e a reflexividade da modernidade supõem propriedades universalizantes que explicam a natureza fulgurante e expansionista da vida social moderna em seus encontros com práticas tradicionalmente estabelecidas. (...) As transformações na auto-identidade e a globalização, como quero propor, são dois pólos da dialética do local e do global nas condições da alta modernidade. Em outras palavras, mudanças em aspectos íntimos da vida pessoal estão diretamente ligados ao estabelecimento de conexões sociais de grande amplitude. Não quero negar a existência de muitos tipos de conexões intermediárias. Mas o nível de distanciamento tempo-espaço introduzido pela alta modernidade é tão amplo que, pela primeira vez na história humana, ‘eu’ e ‘sociedade’ estão inter-relacionados num meio global.” GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*, trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 36-37.

⁷⁰ “Así, como la modernidad intentaba restringir La religión al ámbito de lo privado, pretendiendo también su ‘privatización’, colocando Dios al margen del mundo y al mundo al margen de Dios, la posmodernidad ha eliminado los valores supremos y renegado de las grandes cosmovisiones. (...) El individuo posmoderno se ha convertido en un ser fragmentado, pues cada uno compone como quiere su existencia, sin tener en cuenta si ello tiene o no coherencia de conjunto, pues la que preside el existir es el sentimiento.” PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Familia*, Tomo I, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 04.

⁷¹ “Estimamos que si la promoción Del propio yo se entiende em términos de autonomía absoluta, se llega inevitablemente a la negación del otro. (...) Así concebida, la libertad reniega de sí misma, se autodestruye y se dispone a la eliminación del otro cuando no reconoce ni respeta su vínculo constitutivo con la verdad.” PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Familia*, Tomo I, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 11.

Deixa, assim, de existir, no Direito de Família ocidental, de modo quase que absoluto, uma visão antropológica do homem que seja aberta para uma transcendência espiritual, vinculada ao divino, estabelecida a partir de um conjunto social e religioso, nos moldes do Direito de Família canônico. Sepultada essa visão, restou amputada, também, a conjuntura jusnaturalista do Direito de Família, passando a uma conjunção de enfrentamento entre o “direito das pessoas” e o “direito das família”.

Com esses ingredientes, surge a concepção subjetivista da família, segundo a qual cada pessoa tem o direito de direcionar sua afetividade da maneira que pensar mais adequada, surgindo, daí, um amplo leque de possibilidades de constituição de família⁷², assim como de reconhecimento jurídico de manifestações afetivas de cunho familiar.

Desenvolvimento

O processo de subjetivação do Direito de Família brasileiro possibilitou a construção de correntes doutrinárias interpretativas significativamente casualistas. Algumas, beirando o oportunismo midiático e a efemeridade superficial da propagação através de mídia eletrônica virtual e das mídias sociais. Quase todas alicerçadas em uma espécie de *autossuficiência* jurídica jamais vista em outros ramos do Direito, ao ponto de entrar em rota de colisão com preceitos elementares do Direito de Família.

O excesso no uso das premissas da “autonomia privada” gera um Direito de Família sem identidade, extremamente multifacetado e pouco homogêneo. Conceitos que eram tidos como imutáveis, passaram a ser analisados sob novas representações. Questões que, há pouco tempo, sequer cogitava-se discutir, tornaram-se a “ordem do dia” do Direito de Família. Foi o caso da rediscussão da natureza dos vínculos de parentesco; da existência (ou não) de um rol exaustivo de organizações de família (que passaram, exatamente por esse motivo, a ser

⁷² “Precisamos reconhecer que há vários tipos de famílias, que os papéis maternos e paternos são multidimensionais e complexos e que pais e mães desempenham papéis diferentes. Para compreender como a família funciona, é preciso, sobretudo, estudar as interações e relações desenvolvidas entre diferentes subsistemas familiares, o contexto histórico, social e econômico no qual as famílias estão inseridas e a família em diferentes contextos culturais. Estudar a diversidade cultural favorece o desenvolvimento de teorias mais claras e a construção de conceitos mais válidos de família”. DESSEN, M. A.; ABREU E SILVA, N, *Questões de Família e Desenvolvimento e a Prática da Pesquisa – Editorial*. In: Psicologia: teoria e Pesquisa, vol 16. Brasília: UNB, 2000, pp.191-192.

chamadas de “entidades familiares”)⁷³; a manutenção (ou não) dos deveres matrimoniais; a hierarquização (ou não) das modalidades de família sob proteção legal; a liberdade da mulher na vida conjugal; a liberdade dos cônjuges, ou companheiros, na reciprocidade convivencial, inclusive com possibilidades de relacionamentos afetivos com terceiros; liberdades dos cônjuges, ou companheiros, se separarem e dissolverem o vínculo conjugal; liberdade de os pais educarem os filhos sem a interferência estatal; possibilidade de formação de famílias triplas, também conhecidos como “trios afetivos” (dois homens e uma mulher, duas mulheres e um homem, três homens ou três mulheres); liberdade de os menores decidirem sobre sua própria vida, de acordo com sua maturidade; liberdade de realizar a fertilização artificial a fim de atingir o direito de paternidade (assim entendido como um direito fundamental); direito de utilizar o espaço familiar como um ambiente “eudemonista”, na busca pela satisfação constante, etc.

A visão individualista do Direito de Família tem sido um dos principais alicerces que dão sustentáculo ao fenômeno da subjetivização dessas relações, à medida que apresenta um arcabouço teórico para esta prática. Estes conceitos influenciam diretamente o conceito de família e, de igual modo, de Direito de Família, que tendem a se consolidar com instrumentos amplos, que amparem as mutações de comportamento da sociedade. Se passam a ocorrer com naturalidade nas relações de fato, o Direito, como instrumento social, também passa por modificações.

Parte dessa visão se fundamenta no momento histórico que passou a ser chamado de pós-modernidade. Nesse âmbito de análise, questões como “gênero”, “autonomia da vontade” e “declínio das normas públicas do Direito de Família” ganham espaço na construção de um panorama nitidamente voltado para o viés individualista das relações familiares⁷⁴.

Na visão de Jorge Oscar Perrino, vivemos uma época em que o conceito de liberdade exalta, em absoluto, o indivíduo e o individualismo. Segundo o

⁷³ Nesse sentido, o já clássico texto, na doutrina brasileira, do Professor Paulo Lobo, que enumera um rol inicial de 11 modalidades diferentes de “entidades familiares”, mas permite uma interpretação ampliada para outras organizações de família. LOBO, Paulo, *Entidades familiares constitucionalizadas para além do número clausulus*. In: Família e Cidadania. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁷⁴ “En el campo jurídico y más precisamente en el ámbito del Derecho de Familia, vivimos una etapa histórica en la cual el relativismo ha impregnado, o pretende hacerlo, sus instituciones principales, proclamando el principio absoluto de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia.” PERRINO, Jorge Oscar. Derecho de Familia, Tomo I, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 09.

autor argentino, a plena autonomia da vontade é o novo paradigma de que proclama, em particular, no Direito de Família.⁷⁵

Essa tendência propicia uma ampliação do campo da privacidade e da intimidade, simultaneamente quando diminui a influência dos princípios de ordem pública (considerados contrários ao ideal da liberdade). A organização jurídica da família e o direito matrimonial passam a ser vistos como aspectos jurídicos em franca decadência, posto que regulamentam aspectos da vida familiar de maneira padronizada, estandardizada, tolhendo as manifestações individuais de afeto e relacionamento sexual.

Bastante pertinente, nesse sentido, a crítica ao individualismo subjetivista que permeia o Direito de Família contemporâneo, feita por Diogo Leite Campos. Para o professor português, existe uma espécie de “*desejo de onipotência, permitindo que o ser humano não veja limites ao exercício da sua própria vontade, sobre si mesmo e sobre os outros*”⁷⁶. Isto é, a cultura do individualismo transforma as relações interpessoais em simples objetos, que devem ser submetidos à vontade individual, à busca exclusiva e excessiva pela felicidade e do bem estar.

No âmbito do Direito de Família, essa crescente subjetivação possibilita e justifica a busca pela construção de normas que legitimem a maneira pela qual cada cidadão decide viver suas relações afetivas e familiares, independentemente da existência de uma norma geral em vigor. O declínio da padronização dos comportamentos familiares está diretamente ligado a este fenômeno social. A negação do “outro”, justificada pela realização do “eu” revela esse desejo de “onipotência” da sociedade contemporânea. A mudança de paradigmas é enorme, impactante e muitas vezes realizada sobre a égide dos (abstratos) direitos da personalidade⁷⁷.

⁷⁵ PERRINO, Jorge Oscar. Derecho de Família, Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p.10.

⁷⁶ CAMPOS, Diogo Leite. Nós- Estudos sobre o Direito das Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 91.

⁷⁷ “No individualismo, ao recusar o tu como dimensão do eu que se encontra isolado, tendo o tu transformado num simples objecto de predação; que tem de defender-se – no âmbito do contrato social – por uma rede de fossos, armadilhas, de barreiras, de muralhas, construídas sob o nome de direitos da personalidade. Também no colectivismo que ignora a dimensão do eu em mim mesmo, do direito à felicidade individual, da felicidade e do bem-estar colectivos como soma (não aritmética) do bem-estar e da felicidade individuais, para transformar a colectividade na única realidade, num ser real, consumindo todo o sentido de cada um dos que somos. Eu reduzido a eu mesmo, pela imensa ignorância do eu que a lógica individualista contém; pelo imenso desprezo do eu que o colectivismo implica. Eu-tu entregues a si mesmos, e, portanto, o tu sujeito à onipotência do eu.” CAMPOS, Diogo Leite. Nós- Estudos sobre o Direito das Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 91.

Aqui, torna-se fundamental lembrar certo pendor à desregulação e à privatização do conteúdo jurídico matrimonial, exatamente no contexto da aproximação plena entre casamento de uniões estáveis, proposta, inicialmente, por Carlos Martinez de Aguirre.⁷⁸

Poder-se-ia, inclusive, tratar, aqui, do desenvolvimento de uma ética privada das relações familiares, com intuito de preservar a manifestação subjetiva do indivíduo, bem como autorizar sua constante busca pela felicidade. Essa dimensão ética privativa das relações familiares culminaria por desabilitar significativa parcela dos institutos de Direito de Família do Código Civil brasileiro, na medida em que faria perder eficácia todo o conjunto de regras que normatizam as relações entre cônjuges e conviventes, as normas de filiação/paternidade e mesmo os dispositivos que tratam da proteção da família.⁷⁹

A ética privada do Direito de Família promove a subjetivação desse ramo jurídico e amplia, muitas vezes, desordenadamente, um certo “totalitarismo individualista”. Esse totalitarismo seria fundado na imposição da possibilidade de reconhecimento jurídico de manifestações afetivas individuais, mesmo que estas estejam diretamente opostas ao direito legislado. Verifica-se, desse modo, uma clara e ampla crise do Direito de Família codificado⁸⁰, e uma aproximação, no que é pertinente, ao sistema do *Common Law*.

⁷⁸ Tanto isso é verdade, que, a título ilustrativo, no novo Direito de Família, é o casamento que tende a emular uma união livre, e não o contrário. Poderíamos, aqui, repetir a tão corriqueira pergunta: Em que se diferencia o casamento das uniões não matrimonializadas? A resposta parece clara: na forma, mas somente na forma, sem que isso signifique outra coisa que o cumprimento de determinados ritos sociais ou religiosos. Ou seja, a forma, entendida como mero trâmite burocrático, que não acrescenta nada de importante do ponto de vista substantivo. Nesse sentido: AGUIRRE, Carlos Martinez de. Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Madrid: Ediciones Rialp, 1996.

⁷⁹ No caso do Direito Brasileiro, perderiam, completamente, sua função, as normas que tratam da habilitação e realização do casamento, aquelas que dispõem sobre o casamento civil e o religioso, os dispositivos que se dedicam aos casos de nulidade matrimonial, exercício e reconhecimento de paternidade, dentre outros. Ainda, haveria consequências para as regras de direito de alimentos, regime de bens e alteração de expressiva parcela do Direito Sucessório.

⁸⁰ “A crise se instaura justamente porque, muito embora estejamos - formalmente - sob a égide do Estado Democrático de Direito, no interior do qual o Direito é (deve ser) transformador e dirigido para a comunidade, a dogmática jurídica, que instrumentaliza o Direito, continua trabalhando sob a perspectiva de um modo de produção liberal-individualista de Direito. Como modo de produção de direito entende-se a política econômica de regulamentação, proteção e legitimação num dado espaço nacional, num momento específico, que inclui: a) o modo com que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços são organizadas; b) a localização de papéis entre as várias posições no *campo jurídico* (praticantes, aplicadores da lei, guardiões da doutrina, acadêmicos, etc); c) o modo com que o campo produz o *habitus*, incluindo variações na educação e a importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para o recrutamento no campo; d) as modalidades para a articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relações entre jogadores e posições; e) o papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transnacionais, representam num dado *campo jurídico*; f) a relação entre regulamentação e

Esta ética própria do Direito de Família atual é fundada na inexistência de modelos jurídicos familiares preconcebidos e na ampla aceitação da dignidade humana como centro irradiador das manifestações individuais de natureza familiar. Isto é, esta nova ética permite abraçar a multiplicidade de arranjos familiares, sem regras que tolham a declaração individual de orientação sexual, afetiva e familiar⁸¹.

Nesse contexto, o generalismo (pouco técnico e sem raízes filosóficas concretas) da propalada “busca pela felicidade” dá a tônica de certas interpretações ultra libertárias, afastadas do discernimento jurisprudencial consolidado, que chega ao extremo de deslocar o Direito de Família brasileiro, em determinados aspectos, do contexto geral do Direito de Família do restante do mundo ocidental.

Parte da doutrina brasileira que se dedica ao Direito de Família aderiu, com significativa produção bibliográfica, à promoção e à divulgação de um estudo familiarista impregnado da visão ética voltada para o individualismo subjetivista. Algumas decisões judiciais vêm sendo prolatadas com esse fundamento, gerando alguma perplexidade no âmbito jurídico, mesmo quando tais decisões estejam absolutamente contrárias ao previsto na norma codificada ou na solidificação doutrinária da matéria. O crescimento de uma corrente jurisprudencial do Direito de Família no Brasil que acolhe a subjetivização das relações afetivas promove, diretamente, a crise do Direito de Família codificado deste ramo, à proporção que o afasta do direito positivado e o aproxima de um direito do caso concreto.

Percebe-se, do mesmo modo, uma clara eliminação da distinção entre homens e mulheres e a liberação sexual como catalisadores desse fenômeno. Certamente, a perspectiva de gênero é o instrumento básico para se atingir a liberação total da distinção entre homens e mulheres. Sob esse prisma, em matéria sexual, não existem modelos predeterminados, e o seu exercício é permitido e tolerado em todas as suas possibilidades⁸².

proteção; e, g) o modo dominante de legitimação.” STRECK, Lenio. As convenções internacionais, o direito de família e a crise de paradigma em face do estado democrático de direito. Disponível em: www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Lenio.../ConvLenio.pdf, Acesso em 07/04/2015.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2009.

⁸² “Essa ideia de igualdade dos dois parceiros da relação, aliada com a privatização do amor e com o enfraquecimento das referências externas “dadas” ao casal por outros ordenamentos tradicionais – a religião, os costumes, a vizinhança – tem produzido a diminuição do conteúdo imperativo do

Consoante esta concepção, devem ser totalmente reformulados os papéis femininos e masculinos, haja vista que são tidos como “produtos culturais”, e que, portanto, sofrem metamorfose ao longo do tempo. Esta mesma perda de paradigmas acomete os membros da família. A função do “pai”, ou da “mãe” – assim compreendidos como os seus desenhos tradicionais – deixam de existir, e a figura materna e paterna pode ser apreendida por homens e mulheres, indistintamente. Um claro exemplo são os casais homoafetivos que têm filhos (por adoção, reprodução tecnológica, gestação de substituição ou outro meio). Normalmente, nesses casais, existe uma ruptura completa dos conceitos de paternidade e/ou maternidade, e tais funções são exercidas conjuntamente por ambos os conviventes.

De igual modo, assim como mudam os papéis masculinos e femininos, o fenômeno da subjetivização das relações de família vem produzindo outro fenômeno de interesse social e jurídico, qual seja a perda da perspectiva da masculinidade e da feminidade. Deixa-se para trás o biologismo geracional, e passa-se a uma reconstrução diária desse novo sujeito de direitos cambiante, transformativo e mutacional.

Em consequência, homens e mulheres deixam de simbolizar uma base de estrutura genética e transmutam-se para uma base de estrutura cultural. Por isso se afirma, dentre outras interessantes possibilidades, que cada pessoa pode escolher sua orientação sexual, que não necessariamente deve estar vinculado ao seu sexo biológico, ou mesmo ao seu gênero sexual. A partir desse ponto, diversos aspectos da concepção de família e de Direito de Família foram sendo utilizados para reforçar a premissa de que um lento processo de subjetivização dos institutos jurídicos estava em curso, com destaque para o acentuado interesse individual dos membros do corpo familiar. Surge, de certo modo, uma “crise da verdade”, segundo a qual os conceitos vão sendo progressivamente manipulados em direção ao subjetivismo. Nesse sentido, temos as palavras de Juan María Gallardo:

casamento, tal como estávamos habituados a entendê-los. Aos olhos de hoje, pareceria ridículo que um código civil, como o código prussiano de 1794, definisse as razões que justificam a recusa do ‘débito conjugal’ ou estabelecesse a idade em que os cônjuges deviam retirar o filho pequeno da cama do casal. E nada melhor do que o sistema jurídico alemão para mostrar como, partindo daquele ‘panjurismo’, se chegou a um sistema que não define ‘deveres conjugais’ e apenas impõe que os cônjuges adotem os comportamentos próprios de quem escolheu entrar para uma ‘comunhão de vida’. (...) O reconhecimento crescente da autonomia individual tem-se afastado progressivamente desse paradigma mas não se passa nunca, instantaneamente, de um estado de coisas para outro.” COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito de Família, Vol I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 105-106.

“Creo que uno de los graves problemas que se plantearon en el seno del Congreso fue, justamente, lo que podríamos denominar una ‘crisis de los conceptos’. A nuestro entender, dicha crisis tiene su origen en la profunda ‘crisis de la verdad’ – hoy reinante -, en que la que cada uno tiene su verdad, olvidando o rechazando verdades objetivas. Así, encontramos términos como ‘amor’, ‘matrimonio’, ‘libertad’, ‘familia’, ‘orden público’, etc. que para algunos legisladores quisieron decir una cosa y para otros tuvieron un significado diferente. Para unos, el amor se encontraría ligado a un compromiso responsable que exige el ejercicio de muchas virtudes, entre ellas: la fidelidad; para otros, el amor se fundamenta en un sentimiento íntimo y profundo pero que, por diversas circunstancias – muchas veces no sólo involuntarias, también no deseadas -, puede llegar a ser mudable y, así, cuando se acaba el amor surge el ‘derecho’ a rehacer la propia vida si existe un nuevo amor más fuerte que el anterior”⁸³.

Desenvolveu-se, então, uma das questões mais problemáticas de todo o Direito de Família: existe uma única “resposta correta” para os problemas do Direito de Família contemporâneo? Ou dito de outra forma: O relativismo a que se entregou o Direito de Família possibilita a coexistência de várias “respostas corretas”, em contraposição ao antigo ideal da busca pela “resposta definitiva”?⁸⁴

Como resultado mais nítido desse processo, institutos jurídicos clássicos como família, casamento, filiação, união estável e reprodução deixaram de ser realidades naturais, alicerces da construção social, cuja proteção foi, durante muito tempo, objeto da proteção legal imediata. Nesse sentido, a “vontade humana”, estabelecida pelo senso de liberdade individual, permite que estes mesmos institutos sejam reinterpretados, com o objetivo de adequar novas realidades sociais nos mesmos parâmetros legislativos mais antigos. Assim, família, casamento ou filiação,

⁸³ GALLARDO, Juan maría. *El artículo 230 del Código Civil y el orden público*. In: Doce años de divorcio en Argentina. Buenos Aires: EDCUA, 1999, p. 217.

⁸⁴ “En primer lugar, hay que tener claras dos nociones básicas distintas, a saber, *la respuesta definitiva* y *la respuesta correcta*. La primera es condición necesaria de cualquier sistema jurídico que funcione correctamente. El uso del poder legatario presupone simplemente que, en un determinado estadio del procedimiento legal, el sistema produce la resolución con fuerza ejecutiva para cada caso. A este respecto, la solución definitiva constituye una parte esencial del principio del Estado de derecho. Sin embargo, la respuesta definitiva no es necesariamente la correcta, y mucho menos la única respuesta correcta. Cuando hablamos de la (única) respuesta correcta, nos referimos a determinados criterios formales y sustanciales de corrección.” AARNIO, Aulius; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 10.

por exemplo, passam a receber denominações distintas daquelas obtidas no Direito de Família clássico.

Vários fatores têm influenciado esse processo de subjetivização das relações familiares sob a ótica jurídica individual. Aqui destacamos alguns deles:

a) a perda do caráter de contrato do casamento (que deixa de ser uma instituição social e passa a ser livremente baseado na vontade dos seus membros):

Decerto, o mais forte sinal de tal subjetivização do Direito de Família tem sido o que vem sendo tratado como “privatização do matrimônio”. Na medida em que o casamento deixa de ser obrigatoriamente parametrado em aspectos tradicionais, verifica-se o fenômeno da despersonalização do instituto jurídico, contrariamente ao que passou a ser chamado de “repersonalização”.

Nesse ponto, ganham destaque a relevância e a permanência dos “deveres conjugais”. Fidelidade recíproca e auxílio mútuo têm sua aplicabilidade diminuída, sobretudo diante da contratualização do matrimônio. Esse fenômeno vem a ser a substituição do conteúdo cogente das normas jurídicas codificadas que dizem respeito aos deveres matrimoniais e a colocação, em seu lugar, de estipulações de ordem privatística. É o exemplo dos casais que aceitam a infidelidade de seus parceiros, mediante um acordo (normalmente formal) que estipula essa possibilidade de relacionamentos com terceiros, a despeito da permanência da relação conjugal/convivencial. Em alguns casos, o número de relacionamentos extraconjugais está limitado e os encontros mensais desses relacionamentos com terceiros também são contabilizados no pacto antenupcial. Os casais adeptos das práticas de swing (troca temporária de parceiros), mesmo que estabelecidas a partir de mecanismos virtuais (como as redes sociais específicas para estas finalidades), identicamente se enquadram nessa situação.

Tradicionalmente, o Direito de Família convive com uma maior quantidade de normas de ordem pública, apesar de uma tendência intervencionista percebida no Direito dos Contratos. Esse panorama parece estar sendo, mesmo que lentamente, alterado. A fortíssima incidência da autonomia individual no campo familiarista permitiria a realização de contratos das mais variadas espécies entre cônjuges/companheiros no âmbito matrimonial.

Identicamente, a possibilidade de intervenção estatal para dirimir distorções de conteúdo patrimonial entre os cônjuges passa a ser possível (exatamente como ocorre com os contratos). No direito brasileiro, *Flávio Tartuce*, em artigo pioneiro, questiona, inclusive, se não seria possível mitigar o que foi convencionado entre os cônjuges quando da escolha do regime de bens, com uma divisão diferenciada de acordo com as diferenças fáticas existentes? Mais do que isso, essa divisão diferenciada não teria o condão de substituir os alimentos em suas funções?⁸⁵ Ou, mesmo, a eventual aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, de alteração das circunstâncias, para o regime matrimonial de bens.⁸⁶

Nesse contexto, para parte da doutrina, a infidelidade deixa de ser ilícito civil (é assim conceituado pelo Código Civil brasileiro), passando a ser mera recomendação jurídica. Como consequência, a própria convivência entre os cônjuges/companheiros deixa de ser primordial e fica em segundo plano. Instala-se uma espécie de “insensibilidade conjugal”⁸⁷, que nos remete aos conceitos de “amor líquido” de *Zigmunt Bauman*.⁸⁸

b) o reconhecimento de forte conteúdo afetivo nas relações familiares, sendo este, para significativa parcela da doutrina e da jurisprudência atuais de Direito de Família, como o mais importante elemento de validade das relações familiares;

A transformação da afetividade em um marco jurídico do Direito de Família brasileiro consolidou-se, para parcela importante da doutrina, como uma legítima “virada de Copérnico”. A mudança de paradigmas a partir do entendimento

⁸⁵ TARTUCE, Flávio. A contratualização do Direito de Família. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/143980650/a-contratualizacao-do-direito-de-familia>, Acesso em 20/02/2015.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. A contratualização do Direito de Família. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/143980650/a-contratualizacao-do-direito-de-familia>, Acesso em 20/02/2015.

⁸⁷ O respeitado autor argentino deixa claro seu inconformismo com o processo de privatização que vem sofrendo o matrimônio:

“Así, La infidelidad se analiza desde outra perspectiva y se La puede admitir como algo normal, las emociones duraderas (así se lo denomina al amor) son pasajeras, la convivencia de los cónyuges no es esencial, y em definitiva La insensibilidad afectiva ES la regla. (...) Por ello, ratificando lo anteriormente expuesto, afirmamos que por su grandeza, el matrimonio y la familia, em tanto fundamento de toda la estructura social, deben continuar regulados por normas como las actuales, contenidas en el Código Civil, de carácter estatutario e imperativo, como el medio más adecuado para preservarlos ante los embates de talante posmoderno”. PERRINO, Jorge Oscar. Derecho de Família, Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p.14.

⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido - Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2010.

do “afeto” como valor jurídico espalhou-se por toda a aplicação do Direito de Família, e mesmo para outros ramos conexos.

A partir do fenômeno de desinstitucionalização da família, ela perde seu caráter de instituição, deixa-se de valorizar a entidade familiar e eleva-se o reconhecimento da dignidade humana dos seus membros. A família passa a ser instrumento funcionalizador da dignidade humana dos seus membros, e o afeto passa a ser elemento de humanização das relações interpessoais, favorecendo o reconhecimento e o exercício das garantias fundamentais de suma relevância para o Direito de Família.⁸⁹

c) as técnicas de redesignação de sexo, destacando-se os procedimentos cirúrgicos para mudança de identidade sexual física, segundo as quais um homem pode se tornar mulher, ou uma mulher pode se tornar homem;

A discricionariedade no que diz respeito à possibilidade de escolha de um “sexo” parece ser uma das tônicas da individualidade contemporânea, levando em consideração as escolhas de cada um dos seus membros a fim de se inserir e reconhecer a formatação de núcleo familiar próprio.

Os avanços da tecnologia passaram a permitir que a redesignação sexual fosse realizada através de tratamentos que reunissem, concomitantemente, técnicas e procedimentos cirúrgicos, terapêuticos, farmacológicos e psicológicos. Desse modo, na atualidade, é possível que um homem se torne mulher ou uma mulher se torne homem. Ainda mais sintomático quando verificamos exemplos de pessoas que mudaram de sexo através de intervenção médica, mas mantiveram órgãos reprodutores do sexo de nascimento. Assim, contatou-se situações de mulheres que fizeram cirurgia de redesignação para o sexo masculino mas mantiveram o útero e os ovários, permitindo a gravidez. A esse fato foi dado popularmente o nome de “o homem grávido”, com grande repercussão na opinião pública.

⁸⁹ “Diante da nova estrutura, a família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que adquiriram importância secundária. (...) Para que haja uma entidade familiar é necessário um especial ou mais precisamente afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental. (...) Diante deste quadro estrutural, o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212.

d) o progressivo reconhecimento da possibilidade de mudança (ou mesmo intercâmbio) de gênero sexual, que se fundamenta na possibilidade de exercer a sexualidade masculina em organismo físico de natureza feminina, ou vice-versa;

A par das mudanças de sexo, reconhece-se também, com significativa naturalidade, a possibilidade de “trânsito” entre gêneros sexuais distintos. A subjetividade se perfaz através da possibilidade de se reconhecer e de se identificar com um gênero sexual que não necessariamente seja o mesmo adequado ao sexo biológico. Sobretudo entre as novas gerações, é possível perceber uma facilidade de aceitação de pessoas que exercem sua sexualidade em desconformidade com a formatação biológica de cada indivíduo, direcionando sua atração sexual através de gêneros e não de sexos.

Nessa acepção, o gênero designa o sentimento (social ou psíquico) da identidade social, enquanto o sexo define a organização anatômica da diferença entre macho e fêmea. Mas a questão é mais abrangente: a noção de gênero vai além das identidades masculinas e femininas, e busca descobrir o alcance e a extensão dos papéis sexuais e do simbolismo sexual em diferentes tempos e espaços. Na visão sempre vanguardista de Rodrigo da Cunha Pereira, “se o sexo (gênero) é uma construção cultural, o indivíduo pode mudar de sexo de acordo com o gênero ou papel que ele se atribui para escapar da sujeição que lhe é imposta pela sociedade”⁹⁰

e) a incrível mutação das reproduções artificiais, partindo de uma premissa (discutível) de que a todos os seres humanos é dado o direito inalienável à paternidade. Este último fator pode se desmembrar em reproduções mecanicamente facilitadas, ou intensificadas a partir de um tratamento hormonal .

A crença largamente difundida na sociedade atual de que o direito à paternidade é absoluto tem gerado real interesse para o Direito de Família. Supor que todos podem, indistintamente, exercer o direito de ser pai ou mãe viola regras da própria natureza humana, exercitando, mais uma vez, com auxílio da tecnologia,

⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de Direito de Família e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 351.

um conjunto de “direitos” que não eram, até pouco tempo, sequer discutíveis no âmbito acadêmico ou jurisprudencial.

De um lado, estão questões de reprodução humana que gravitam na órbita do “biodireito”. De outro, a satisfação de interesses individuais extremos, para sujeitos que, de modo quase egoístico, se auto-intitulam garantias reprodutivas a par de discussões de profundo conteúdo ético e moral. No Brasil, diante da quase completa ausência de legislação sobre o tema, é utilizada a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015 (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117), que regulamenta, no âmbito médico, ao menos em parte, essas questões.

O subjetivismo do Direito de Família amplia, então, a própria noção de crise do sistema codificado, desprestigiando a segurança jurídica e mesmo da “certeza simbólica, que representa a força do Direito legislado.

Novamente recorrendo a Diogo Leite Campos, temos que:

“A realidade contemporânea é a de uma crise dos valores do Direito a todos os níveis, nomeadamente no nível da certeza jurídica, da completude do ordenamento e mesmo do valor da igualdade referido à dignidade da pessoa humana/pessoa jurídica.

O problema da certeza e segurança, ligado ao da existência de um sistema jurídico está largamente dependente do reconhecimento da norma geral e abstrata como fonte do Direito. Hoje, os modelos concretos de comportamento dos membros da sociedade são cada vez menos produzidos por normas gerais e abstratas, mas determinados pelos próprios fatos que desencadeiam esses comportamentos, sem se virem a plasmar em normas.

Existe, conseqüentemente, uma crise da própria ideia de sistema. Cada fato da vida encontra cada vez mais a justificação em si próprio, sem ter de ir procurar modelos de comportamento criados por normas.⁹¹”

O reconhecimento da norma geral e abstrata como fonte do Direito de Família perde espaço na situação contemporânea de crise. Ou seja, a sociedade passa, de certo modo, a ser a fonte de produção das “normas”, uma vez que as

⁹¹ CAMPOS, Diogo Leite. *A arbitragem voluntária, Jurisdição típica do Estado dos direitos e dos cidadãos*. In: *A Evolução do Direito no Século XXI – Estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald*. Diogo Leite Campos, Gilmar mendes e Ives Gandra Martins (orgs). Coimbra: Almedina, 2007, pp. 43-44.

demandas de cada grupo/categoria social exercem forte pressão para o reconhecimento dos “direitos” que julgam ser aplicáveis.

Verifica-se um processo contínuo de autoreferimento entre norma e decisão, entre lei e caso, entre norma e sujeito, entre valor e interesse. O Direito, sobretudo o Direito de Família (possivelmente este em muitos campos com mais razão do que os outros ramos de Direito) tem-se transformado num direito individual, num direito de caso concreto que, quando gera normas, as gera através de modelos contratuais, de negociação entre sujeitos privados. Nessa linha, seguem as lições do professor português:

“Afastada progressivamente a referencia do fenômeno jurídico à certeza do direito formal, radicando-o na problematicidade concreta dos valores sociais e das forças sociais em confronto, está a cair-se numa crise de valores, do valor da certeza e segurança do Direito, da igualdade dos sujeitos de Direito e, portanto, da justiça. O que leva ao desgastar do Direito.

(...)

Surgindo o império da subjetividade, entendida esta no sentido etimológico daquilo que está no fundamento do fluxo variável das relações sempre mutáveis. A norma, tornada decisão, acaba por ser inevitavelmente ligada aos que tem maiores possibilidades de fazer valer a sua vontade, contra aqueles em benefício dos quais se pensava afirmar as tutelas subjetivas.

(...) O Indivíduo aparece como o único ‘ator’ social, pronto a assumir-se como o único ‘ator’ de si próprio e dos outros. Dotado de uma vontade ilimitada e não limitável – sobretudo pela norma geral e abstrata, prévia a sua vontade.”⁹²

Paralelamente ao fenômeno da subjetivização oriundo de uma premissa individual sobre a concepção e interpretação dos institutos jurídicos, o Direito de Família também vivencia um outro tipo de subjetivismo, centrado na figura do Estado.

Em um primeiro momento, esse subjetivismo foi estabelecido na possibilidade de outorgar reconhecimento legal à família e ao casamento como um pilar natural e essencial da estrutura social. O Estado era a única fonte da previsão legal e, a partir dele, emanavam as situações de reconhecimento jurídico de

⁹² CAMPOS, Diogo Leite. *A arbitragem voluntária, Jurisdição típica do Estado dos direitos e dos cidadãos*. In: *A Evolução do Direito no Século XXI – Estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald*. Diogo Leite Campos, Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins (orgs). Coimbra: Almedina, 2007, pp. 43-44.

determinadas estruturas familiares. As estruturas familiares que estavam sob a proteção estatal seriam tidas como “legítimas” e, por decorrência dessa outorga legal, derivavam as consequências jurídicas para filiação, direito de alimentos, direitos sucessórios, etc. As demais formas de organização de família que não se enquadravam nessa perspectiva, estavam fadadas a uma espécie de “limbo” jurídico: existiam na realidade social, mas como não recebiam a chancela estatal, não poderiam ser juridicamente tuteladas e protegidas.

É a partir do exame pormenorizado da subjetividade dos casos concretos que se elaboram as mudanças jurisprudenciais impactantes, aquelas que arejam as visões mais acomodadas, tantas vezes reproduzidas quase automaticamente em função dos números industriais (milhares e milhares de processos) do judiciário em nosso país. Por outro lado, a o mesmo fenômeno de subjetivação possibilita a descaracterização das bases estruturantes (principológicas, sociológicas e legislativas) do ordenamento jurídico de Direito de Família. A crise do Direito de Família codificado - fenômeno por tantas razões negativo - como busca quase desesperada de solução para conflitos que não deveriam ser levados à fiação do judiciário, impõe aos operadores do Direito de Família reflexão inafastável sobre as circunstâncias atuais da nossa sociedade, as transformações dos padrões de comportamento, a viração do próprio conteúdo ético das relações interpessoais, o redimensionar da vivência sexual e afetiva dos casais, dentre vários pontos de ampla importância.

Conclusões

O Direito, como regulador natural da sociedade, sempre está a acompanhar as transformações sociais. O direito positivado sempre surge como uma consequência jurídica de determinada situação fática e, por conseguinte, está sempre um tanto quanto “atrasado” em relação à realidade social. As transformações que as relações sociais e familiares estão sofrendo estão cada vez mais rápidas, o que é perfeitamente normal no contexto da modernidade líquida. O Direito de Família positivado, por sua própria natureza é sólido, cheio de procedimentos e burocracia, ou seja, não se adapta muito bem à liquidez contemporânea. Resta clarividente a dificuldade do Direito de Família de se moldar às dezenas de novas situações que surgem em pouquíssimo tempo. Nesta

perspectiva, chega-se ao extremo de não se poder definir, taxativamente, o que é uma família na contemporaneidade. Tal definição seria imprudente, posto que essa realidade não comporta conceitos rígidos. Ao contrário, a sociedade líquida induz a construção de um contexto subjetivizado, extremamente individualista, muito concentrado na premissa da autonomia da vontade, de modo que a interpretação das regras de Direito de Família estejam em sintonia com a maleabilidade dos seus vínculos afetivos e interpessoais.

A chamada “família pós-moderna” transforma a estrutura familiar tradicional, tornando-a mais maleável, adaptável aos conceitos atuais da humanidade. É certo que, nesse contexto, a desconstrução das tradições foi levada ao máximo da sua potencialidade, associada ao individualismo extremo dos nossos tempos. A complexidade de tantas mudanças, em paralelo ao um conjunto incrível de intensas transformações também na área da tecnologia, impulsionaram renovada ótica das relações interpessoais, mesmo sem que se saiba, exatamente, se advieram vantagens ou desvantagens de tantas modificações. A intimidade ganha novos contornos, chegando a obter ares de supremacia. A família se desinstitucionaliza, ao passo em que se instrumentaliza.

Nesse contexto, portanto, molda-se a concepção subjetivista da família, segundo a qual cada pessoa tem o direito de direcionar sua afetividade da maneira que pensar mais adequada, surgindo, daí, um amplo leque de possibilidades de constituição de familiar. Essa tendência propicia uma ampliação do campo da privacidade e da intimidade, simultaneamente quando diminui a influência dos princípios de ordem pública (considerados contrários ao ideal da liberdade). A organização jurídica tradicional da família e o direito matrimonial passam a ser vistos, por parte da doutrina especializada, como aspectos jurídicos em franca decadência, posto que regulamentam aspectos da vida familiar de maneira padronizada, estandardizada, tolhendo as manifestações individuais de afeto e relacionamento sexual. Diante de tal relativismo, o Direito, sobretudo o Direito de Família (possivelmente este em muitos campos com mais razão do que os outros ramos de Direito) tem-se transformado num direito individual, num direito de caso concreto que, quando gera normas, as gera através de modelos contratuais, de negociação entre sujeitos privados.

Referências.

- AARNIO, Aulus; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- AGUIRRE, Carlos Martínez de. *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*. Madrid: Ediciones Rialp, 1996.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido - Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos*. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2010.
- CAMPOS, Diogo Leite. *A arbitragem voluntária, Jurisdição típica do Estado dos direitos e dos cidadãos*. In: *A Evolução do Direito no Século XXI – Estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald*. Diogo Leite Campos, Gilmar mendes e Ives Gandra Martins (orgs). Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Nós- Estudos sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família, Vol I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- DESSEN, M. A.; ABREU E SILVA, N, *Questões de Família e Desenvolvimento e a Prática da Pesquisa – Editorial*. In: *Psicologia: teoria e Pesquisa, vol 16*. Brasília: UNB, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2009.
- GALLARDO, Juan maría. *El artículo 230 del Código Civil y el orden público*. In: *Doce años de divorcio en Argentina*. Buenos Aires: EDCUA, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*, trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- LOBO, Paulo, *Entidades familiares constitucionalizadas para além do numerus clausulus*. In: *Família e Cidadania*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- TARTUCE, Flávio. *A contratualização do Direito de Família*. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/143980650/a-contratualizacao-do-direito-de-familia>, Acesso em 20/02/2015.
- _____. *Desafios Contemporâneos do Direito de Família e Sucessões*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI214607,61044Desafios+contemporaneos+do+Direito+de+Familia+e+das+Sucessoes>, Acesso em 20/02/2015.

TAVARES, Regina Beatriz; MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Familia, Tomo I*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio. *As convenções internacionais, o direito de família e a crise de paradigma em face do estado democrático de direito*. Disponível em: www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Lenio.../ConvLenio.pdf, Acesso em 07/04/2015.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Requisitos para publicação:

- (a) de artigos: titulação mínima de mestrando (estar matriculado em curso de pós-graduação em nível de mestrado);
- (b) de comentários jurisprudenciais: titulação mínima de graduado;
- (c) os textos deverão ser inéditos.

Regras de formatação:

- (a) tamanho do papel: A4;
- (b) tamanho do texto: mínimo de 10 e máximo de 40 páginas;
- (c) margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) alinhamento: justificado;
- (e) fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 – título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 – notas de rodapé;
- (f) espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) citações: entre aspas e com recuo;
- (i) as citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I);
- (j) as referências devem constar na nota de rodapé (não usar sistema autor-data);
- (k) título do artigo em português e em inglês;
- (l) resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços;
- (m) lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;
- (n) sumário.

Folha de rosto:

(a) deve vir em arquivo à parte;

(a) nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Todos os artigos são submetidos ao processo Blind Peer Review, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos devem ser enviados para: rdfas@adfas.org.br