

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO**



LEILIANE DETONI

**O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO DE
FAMÍLIA BRASILEIRO**

**RIO GRANDE
2014**

LEILIANE DETONI

**O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO DE
FAMÍLIA BRASILEIRO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof.^a Dr.^a Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira

RIO GRANDE

2014

LEILIANE DETONI

**O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO DE
FAMÍLIA BRASILEIRO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data: ___/___/___

Nota: _____

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira (Orientadora)

Professor(a)

Professor(a)

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que me proporcionou a oportunidade de nascer e crescer em um ambiente familiar munido de laços de respeito, afeto e solidariedade. Também agradeço a Sua proteção divina, sem a qual não teria sido possível chegar até aqui.

À minha Orientadora, Simone de Biazzi, que desde 2009, com o Projeto Pacificar, despertou meu interesse em abordar a temática familiar. Obrigada pela amizade, ensinamentos, compreensão e orientação durante esta jornada.

À FADIR, como um todo, por ser a minha casa na Universidade, estando sempre de portas abertas para me receber.

Aos queridos amigos da 4ª Vara Cível – especializada em família, que, muito além do trabalho, dividiram comigo, durante este ano, todas as minhas angústias e inseguranças, tornando-as muito mais fáceis de serem carregadas. E aqui, um agradecimento especial ao Saulo, que foi fundamental para a execução deste trabalho.

À minha família, prova viva de que é o afeto a base da estrutura familiar. Obrigada por acreditarem e confiarem em mim, mesmo quando eu não acreditava.

Aos meus pais, que nunca mediram esforços para realizar meus sonhos. Obrigada por estarem do meu lado, por terem me dado a vida, por acreditarem em mim. Sem vocês nada disto seria possível.

Às minhas irmãs, Danhane e Diane, que aturaram minha adolescência. Obrigada pela responsabilidade que assumiram comigo, parte do que sou hoje, devo a vocês.

Aos meus avós, sobretudo à Vêia Tida e ao Vô Florêncio, por serem minha referência de força e persistência naqueles momentos em que o mundo parece desabar.

Ao meu amor e amigo, Vinicius, por tudo que vivemos até aqui e por tudo que ainda vamos viver.

RESUMO

DETONI, Leiliane. *O princípio da afetividade e a multiparentalidade no direito de família brasileiro*. Rio Grande, 2014. Monografia [Curso de Direito] – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande.

O presente trabalho, destinado à conclusão do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, intitulado “O Princípio da Afetividade e a Multiparentalidade no Direito de Família Brasileiro” fundamenta-se a partir da análise de todos os textos constitucionais que vigoram no país, com especial atenção à Constituição Federal de 1988, a qual, ao proteger a pluralidade familiar, promoveu uma enorme mudança na forma como o Direito, até então, tratava das relações familiares. Também a partir da Carta de 1988 e a inclusão de inúmeros Princípios Constitucionais ao nosso ordenamento, buscou-se abordar o modo como tais princípios, em especial o Princípio da Afetividade, contribuíram para a efetivação da pluralidade das estruturas familiares, procurando evidenciar o papel do afeto e seu respectivo valor jurídico nessa nova perspectiva acerca da família. Como consequência de tal Princípio, surge a temática das estruturas familiares contemporâneas, entre elas, a família multiparental. Sobre essa estrutura familiar, explorou-se a possibilidade da coexistência de filiação biológica e afetiva, seus efeitos jurídicos e o modo como a jurisprudência vem tratando do tema. Para discorrer sobre os temas abordados, a metodologia utilizada baseou-se em pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Afetividade, Multiparentalidade, Afeto, Família.

ABSTRACT

ABSTRACT

DETONI, Leiliane. *The affectivity principle and the multiple-parenting in Brazilian's family law.* Rio Grande, 2014. Monograph - Law School, Federal University of Rio Grande.

The present work, intended for completion of Federal University of Rio Grande law school course, entitled "The affectivity principle and the multiple-parenting in Brazilian's Family Law" is based on the analysis of all constitutional texts who become effective in the country, with special attention to the 1988's Federal Constitution, which, while protecting the family plurality, promoted a large mutation in how the law, until then, treated family relationships. Also, because of the 1988's Constitution and the inclusion of several Constitutional Principles to the Brazilian law, it was sought to approach the manner how these principles, in special the Affectivity Principle, contributed to the effectiveness of the family structures plurality, looking for evidencing the role of affection and it's respective legal value in this new family perspective. Because of this Principle, arises the contemporary's family structures theme among then, the multiple-parenting family. About this family structure, the possibility of a coexisting biological and affective filiation has been explored, it's legal effects and the manner how the jurisprudence has been treating the subject. To discourse about the addressed themes, the methodology applied was doctrinal and jurisprudential research.

KEYWORDS: Affectivity Principle, multiple parenting, affection, family

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA	10
2.1 A família nas constituições anteriores a 1988	12
2.1.1 Constituição de 1824	12
2.1.2 Constituição de 1891	14
2.1.3 Constituição de 1934	14
2.1.4 Constituição de 1937	16
2.1.5 Constituição de 1946	17
2.1.6 Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969	18
2.2 As inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988	20
3 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	25
3.1 Princípio da dignidade humana	26
3.2 Princípio da solidariedade	27
3.3 Princípio do melhor interesse da criança/adolescente	28
3.4 Princípio da igualdade e respeito às diferenças	29
3.5 Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal	32
3.6 Princípio da pluralidade de formas de família	33
3.7 Princípio da afetividade	33
3.7.1 O afeto como elemento-base da entidade familiar	35
3.7.2 O afeto como valor jurídico	36
4 DAS NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES	
4.1 Família monoparental	39
4.2 Família homoafetiva	40
4.3 Família eudemonista	41
4.4 Família anaparental	42
4.5 Família multiparental	43
4.5.1 Coexistência da filiação biológica e afetiva	44
4.5.2 Possibilidade de múltipla filiação	45
4.6 Reconhecimento jurisprudencial da multiparentalidade	49
4.7 Efeitos da multiparentalidade	51
5 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho de conclusão de curso apresenta o Princípio da Afetividade no Direito de Família como centro das transformações por que passaram as estruturas familiares ao longo da história, até a sua efetivação, com a Constituição Federal de 1988, chegando à possibilidade de reconhecimento jurídico da multiparentalidade fundamentada em tal princípio.

O interesse em desenvolver a temática familiar iniciou em 2009, logo no primeiro ano da Faculdade de Direito, ao participar do Projeto Pacificar coordenado pela professora Simone de Biazzi. Desde então, o direito de família passou a ser objeto de interesse. Ao estagiar na 4ª Vara Cível – especializada em família da comarca de Rio Grande passei a conviver com os aspectos práticos da disciplina e a observar as mais variadas formas de estruturas familiares, razão pela qual esta pesquisa existe.

O objetivo do trabalho é demonstrar a importância do Princípio da Afetividade para o Direito de Família, esclarecendo como tal princípio foi responsável por inúmeras mudanças no entendimento e aceitação das inúmeras formas familiares. Buscou-se expor, dentro de cada Constituição Brasileira a importância dispendida ao tema, bem como a efetivação de diversos princípios constitucionais, em especial o Princípio da Afetividade, após a Constituição Federal de 1988. A pesquisa busca também apresentar as atuais configurações de família, observando, principalmente, a temática da família multiparental e da possibilidade e as consequências de seu reconhecimento jurídico.

Para tanto, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. Inicia a partir da evolução da temática familiar ao longo de todas as Constituições Brasileiras, passando pelos princípios constitucionais e gerais do direito de família trazidos por tal evolução e efetivados com a Carta de 1988 e, finalmente, concluindo como tais princípios, em especial o Princípio da Afetividade, contribuíram para a configuração

das mais variadas estruturas familiares, chegando à possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade.

O primeiro capítulo busca, através de um breve histórico acerca do direito de família, esclarecer sua evolução no contexto constitucional. Analisa-se, em cada uma das Constituições, a visão do Estado sobre a família e os direitos pertinentes ao tema. Busca-se, também, analisar as inovações trazidas pelo Texto Constitucional de 1988, onde houve a efetivação de inúmeros princípios.

O segundo capítulo é dedicado aos princípios trazidos pela Nova Constituição, em especial, ao Princípio da Afetividade. Tal capítulo aborda, através da temática familiar, a importância do afeto como elemento-base das entidades familiares e também como valor jurídico, demonstrando sua real importância e significado no que tange ao direito de família contemporâneo.

No último capítulo se abordam as novas estruturas familiares, passando pelas entidades familiares previstas na legislação e por aquelas não previstas em lei, porém já consolidadas no mundo dos fatos. No tocante à família multiparental, é considerada a possibilidade de coexistência de filiação biológica e afetiva, bem como a possibilidade de ambas filiações constarem no registro civil. Apresenta-se o entendimento jurisprudencial sobre o tema conjuntamente com os efeitos trazidos por tal reconhecimento.

Dessa forma, o presente trabalho de conclusão de curso se propõe analisar a importância do Princípio da Afetividade na ampliação do conceito tradicional de família, a multiparentalidade como consequência de tal ampliação e a necessidade de que o Direito de Família acompanhe a evolução histórica e constitutiva das entidades familiares.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

Para entender como chegamos ao direito de família contemporâneo, necessário se faz percorrer seus passos ao longo da história. Para Farias e Rosenvald (2012, p. 38), inexistente dúvida de que entre os agrupamentos humanos a família é o que precede todos os demais, tanto como fenômeno biológico quanto social. Acerca do tema, *O contrato social*, clássica obra de Jean-Jacques Rousseau, contempla:

A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família. [...] A família é, portanto, se se quiser, o primeiro modelo das sociedades políticas: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos; [...] Toda diferença está em que, na família, o amor do pai pelos filhos paga dos cuidados que lhes presta; ao passo que no Estado o prazer de comandar supre a falta desse amor que o chefe não tem pelos povos. (ROUSSEAU, 1968, p. 76).

O modelo exposto por Rousseau trata da família patriarcal que, durante séculos, foi o único modelo aceito e protegido pelo Estado. No direito romano, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 31), a família regia-se pelo Princípio da Autoridade, onde o *pater familias* exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte e a mulher restava totalmente subordinada à autoridade marital. Nesse sentido:

O *pater* exercia sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. (GONÇALVES, 2012, p. 31).

Assim, o Direito Romano contribuiu para o estereótipo da família patriarcal fundada, exclusivamente, em valores patrimoniais.

Na Idade Média, com o advento do Cristianismo e da concepção cristã da família, prossegue Gonçalves (2012, p. 32), as relações familiares passaram a ser regidas pelo Direito Canônico, o qual pregava como único modelo de entidade

familiar aquele concebido pelo casamento religioso. Uma vez que o casamento adquiriu *status* de Sacramento, não poderia ser dissolvido, pois, na visão canonista, o que foi unido por Deus, o homem não separa. Manteve-se, porém, a figura do *pater* quanto às relações conjugais e patrimoniais.

Para Maria Berenice Dias (2007, p. 28), o perfil hierarquizado e patriarcal da família não resistiu à revolução industrial, momento em que a necessidade de mão de obra fez com que a mulher ingressasse no mercado de trabalho, deixando de ser o homem o único meio de subsistência familiar. Era o fim da primazia do caráter produtivo e reprodutivo da família e o início da concepção familiar atual, fundada em laços afetivos, tema que será abordado pelo decorrer do trabalho.

Acerca do desenvolvimento da família contemporânea, asseveram Farias e Rosenvald:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora (2012, p. 40).

Para os autores, a família é o retrato da própria sociedade e evolui de acordo com as transformações do homem, não podendo ser submetida a ideias estáticas e valores passados.

Nesse sentido, Ieciona Lôbo:

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade. [...]

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no direito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de protagonista (2009, p. 12-13).

A partir da evolução histórica sofrida pelo direito de família e da consequente valorização do afeto, nos próximos itens, se tratará de explorar, no campo de todos os textos constitucionais que já vigoraram no país, de acordo com o período histórico, a forma como o tema foi abordado pelo legislador constitucional.

2.1 A família nas constituições anteriores a 1988

As relações e estruturas familiares nem sempre foram objeto de interesse do legislador constitucional. Segundo Lôbo (2009, p. 6), “as Constituições Brasileiras reproduzem as fases históricas que o país viveu, em relação à família, no trânsito do Estado liberal para o Estado social”.

O que se buscará no presente tópico é analisar, brevemente, o contexto histórico no qual as Constituições Brasileiras foram implantadas, qual o tratamento dispensado por elas bem como o reflexo das mesmas no âmbito familiar.

2.1.1 Constituição de 1824

Ao longo do período colonial a família fundava-se no patriarcalismo e regia-se pelas normas e cultura portuguesa. Considerava-se família apenas aquela constituída pelo matrimônio através do casamento canônico, onde o poder concentrava-se por inteiro na figura do patriarca, que o exercia sobre todos aqueles que pertenciam à entidade familiar. Durante tal período podemos entender a família, também, como uma entidade política, religiosa, econômica e jurisdicional. (BUOSI, 2012).

Em 1822, o Brasil deixa de ser colônia de Portugal para tornar-se um império, e inicia-se, então, o primeiro processo constitucional brasileiro. A Constituição foi outorgada em 25 de março de 1824, sendo notoriamente influenciada pelos ideais liberais e individuais da constituição francesa de 1814 (LENZA, 2010, p. 91).

A Constituição Imperial de 1824 dispensou um capítulo tratando apenas da família imperial, uma vez que esta importava diretamente na organização formal do governo.

CAPITULO III.

Da Familia Imperial, e sua Dotação.

Art. 105. O Herdeiro presumptivo do Imperio terá o Titulo de "Principe Imperial" e o seu Primogenito o de "Principe do Grão Pará" todos os mais terão o de "Principes". O tratamento do Herdeiro presumptivo será o de "Alteza Imperial" e o mesmo será o do Principe do Grão Pará: os outros Principes terão o Tratamento de Alteza.

Art. 106. O Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

Art. 107. A Assembléa Geral, logo que o Imperador succeder no Imperio, lhe assignará, e á Imperatriz Sua Augusta Esposa uma Dotação correspondente ao decoro de Sua Alta Dignidade.

Art. 108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada, visto que as circumstancias actuaes não permitem, que se fixe desde já uma somma adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação.

Art. 109. A Assembléa assignará tambem alimentos ao Principe Imperial, e aos demais Principes, desde que nascerem. Os alimentos dados aos Principes cessarão sómente, quando elles sahirem para fóra do Imperio.

Art. 110. Os Mestres dos Principes serão da escolha, e nomeação do Imperador, e a Assembléa lhes designará os Ordenados, que deverão ser pagos pelo Thesouro Nacional.

Art. 111. Na primeira Sessão de cada Legislatura, a Camara dos Deputados exigirá dos Mestres uma conta do estado do adiantamento dos seus Augustos Discipulos.

Art. 112. Quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos.

Art. 113. Aos Principes, que se casarem, e forem residir fóra do Imperio, se entregará por uma vez sómente uma quantia determinada pela Assembléa, com o que cessarão os alimentos, que percebiam.

Art. 114. A Dotação, Alimentos, e Dotes, de que fallam os Artigos antecedentes, serão pagos pelo Thesouro Publico, entregues a um Mordomo, nomeado pelo Imperador, com quem se poderão tratar as Acções activas e passivas, concernentes aos interesses da Casa Imperial.

Art. 115. Os Palacios, e Terrenos Nacionaes, possuidos actualmente pelo Senhor D. Pedro I, ficarão sempre pertencendo a Seus Successores; e a Nação cuidará nas acquisições, e construcções, que julgar convenientes para a decencia, e recreio do Imperador, e sua Familia. (BRASIL, 1824).

Assim, destacando seu caráter liberalista e individualista, a Constituição de 1824 foi omissa em relação ao casamento e à instituição familiar em particular.

2.1.2 Constituição de 1891

Com a proclamação da República em 1889, surge uma nova forma de governo, e conseqüentemente, a necessidade de uma nova Constituição. A primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, como se pode ver pelas palavras de José Sebastião de Oliveira, comporta grande influência da Constituição norte-americana.

Nossa segunda constituição e a primeira republicana tem sua origem embrionária em um projeto elaborado por uma comissão de notáveis republicanos nomeados pelo governo provisório e aqui já nominados, resultado da fusão de três outros projetos, cuja redação final foi de Francisco Rangel Pestana [...] foi modelada, em seus princípios fundamentais, pela constituição norte-americana (2002, p. 26).

No que diz respeito à família, vale ressaltar que, ainda que a Constituição de 1891 tenha mantido o caráter liberal e não-intervencionista da Carta de 1824, trouxe, na seção dedicada à Declaração de Direitos, apenas um dispositivo, relativo ao casamento:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. (BRASIL, 1891).

A partir do referido dispositivo mostra-se explícita a intenção de atribuir ao Estado os poderes que antes pertenciam à Igreja. Dessa forma, com a separação dos poderes Igreja/Estado, a única forma válida de casamento passa a ser o casamento civil, e, em virtude disso, torna-se também o único modo de constituição familiar reconhecido na época.

2.1.3 Constituição de 1934

O contexto histórico no qual se insere o advento da Constituição de 1934 não deve ser ignorado. Nas primeiras décadas do século XX a sociedade enfrentava um conturbado período; a Revolução Mexicana, que deu origem à Constituição do México em 1917, sendo considerada a primeira constituição voltada para ordem econômica e social; a primeira Guerra Mundial; a queda do governo Czarista na Rússia e a conseqüente instituição do Governo Comunista e a depressão econômica

instalada a partir do *crash* da bolsa de Nova York contribuíram para a edificação de uma nova ordem político-social que substituísse o liberalismo clássico.

Enquanto isso, no Brasil, a República Velha também enfrentava uma grave crise política, econômica e social. Em outubro de 1930, a revolução comandada por Getúlio Vargas depôs o então Presidente da República Washington Luís e estabelecendo o Governo Provisório. Nesse sentido, aponta Pedro Lenza:

A crise econômica de 1929, como referido, bem como os diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho, sem dúvida, influenciaram a promulgação do texto de 1934, abalando, assim, os ideais do liberalismo econômico e da democracia liberal da Constituição de 1891 (2010, p. 101).

Foi a partir da Constituição de 1934 que o legislador passou a dar maior visibilidade à temática familiar, dedicando-lhe o capítulo I do título V, denominado: Da Família, da Educação e da Cultura, conforme se demonstra:

CAPÍTULO I

Da Família

Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Art 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juízes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos. (BRASIL, 1934).

Como se pode depreender do texto constitucional, o legislador constituinte preocupou-se, principalmente, em proteger e instituir o casamento como única forma reconhecida e válida como meio de formação da entidade familiar, não preocupando-se com os demais aspectos sociais atinentes à família.

Porém, como lembra Lôbo (2009, p. 6), a Constituição de 1934 inova ao dedicar todo um capítulo à família e ao trazer pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes.

2.1.4 Constituição de 1937

A Carta Constitucional de 1937, assim como a anterior, foi outorgada em um cenário histórico conturbado. Nesse sentido, diz Lenza:

Getúlio Vargas foi eleito e empossado para governar de 1934 até 1938. Contudo, durante esse período, um forte antagonismo foi percebido entre a **direita fascista** de um lado (destacando-se a *Ação Integralista Brasileira – AIB*), defendendo um Estado **autoritário**, e o **movimento de esquerda** de outro, destacando ideias socialistas e sindicais (em especial a formação, em 1935, da *Aliança Nacional Libertadora – ANL*). [...] Em 11 de julho de 1935, o Governo fechou a Aliança Nacional Libertadora – ANL, considerando-a ilegal com base na “Lei de Segurança Nacional” (2010, p. 104).

Nesse contexto, pelo golpe de Estado efetuado por Vargas, surge a Constituição de 1937, criando então um novo regime, denominado Estado Novo, motivado pelos ideais autoritários e fascistas da Ação Integralista Brasileira.

No que se refere à família, a Constituição tratou em seus artigos 124 a 127, *in verbis*:

DA FAMÍLIA

Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as

medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole. (BRASIL, 1937).

Uma vez que foi outorgada por Vargas, mesma autoridade que outorgou a Constituição anterior, nota-se pouca alteração referente ao tema. Manteve-se o que já se havia conquistado na Carta de 1934, dando especial atenção às famílias de prole numerosa.

A grande inovação dessa Constituição está na introdução de garantias especiais à infância e juventude; na incumbência aos pais do dever de garantir educação a todos os filhos, na igualdade de direitos entre os filhos naturais e os legítimos e na sua responsabilização nos casos de abandono moral ou intelectual. Com isso, a Constituição de 1937 é, entre todas as anteriores, a que mais preocupou-se em proteger a família.

Nota-se o centralismo e o autoritarismo, características marcantes da referida Carta, quando o Estado chama para si a obrigação de educação e cuidado nos casos em que os pais não atendam aos deveres impostos pela Constituição.

2.1.5 Constituição de 1946

Deflagrada a Segunda Guerra Mundial entre as potências do Eixo (Alemanha, Itália e Japão) e os Aliados (Estados Unidos, União Soviética, Grã-Bretanha, China e França); Getúlio Vargas, ao apoiar os Aliados traz à tona uma grande contradição entre a política externa e interna do país. Não se poderia, externamente, lutar contra o nazi-fascismo, enquanto no país vigorava o Estado Novo com sua constituição claramente inspirada nos ideais totalitários do fascismo.

Nesse sentido, esclarece Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o advento daquela Constituição:

[...] é fruto da 2ª Guerra Mundial. Formada nesta o Brasil, depois de algumas tergiverações de Vargas, entre democracias e luta contra ditaduras. Vitoriosas as primeiras, vitoriosa a causa da democracia

que os aliados tomaram por bandeira contra o totalitarismo nazi-fascista, não pode mais Vargas sustentar sua ditadura paternalista contra a maré montante que os acontecimentos internacionais ensejavam (1972, p. 5).

A Constituição de 1946, conforme ensina Pedro Lenza (2010), promulgada e 18 de setembro de 1946, foi fruto do repúdio ao Estado Totalitário que vigia desde 1930 e da redemocratização do País. Segundo o autor o texto constitucional foi inspirado nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais de 1934.

No que tange à família, a Carta de 1946 traz de volta a possibilidade de estender-se ao casamento religioso os efeitos do casamento civil, ponto que havia sido suprimido pela Carta anterior. Conforme se nota pelo texto Constitucional abaixo transcrito.

TÍTULO VI

Da Família, da Educação e da Cultura

CAPÍTULO I

Da Família

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa. (BRASIL, 1946).

2.1.6 Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969

Com o golpe militar de 1964, e a queda do então presidente João Goulart, na visão de Villa (2011), encerrou-se a república populista. Os militares, ao tomarem o poder, foram pródigos ao impor uma nova ordem legal, marcada pelo arbítrio e pela violência.

Embora, formalmente, a Constituição de 1946 continuasse em vigor, na prática o País era governado por Atos Institucionais e Complementares, que tinham por objeto combater o comunismo que se infiltrava no Brasil (LENZA, 2010).

É também em um quadro ditatorial, sob a Presidência do Marechal Arthur Costa e Silva, que nasce a Constituição de 1967, e, da mesma forma que a Carta de 1937, concentrou todo o poder na esfera federal, reduzindo a autonomia individual e permitindo a suspensão de direitos e garantias fundamentais.

Na esfera relativa à família, a Carta de 1967 destinou apenas um artigo:

Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. (BRASIL, 1967).

Conforme se nota pelo texto constitucional, a Constituição de 1967, no tocante à família, limitou-se a manter os direitos já consagrados e, novamente, reconhecia como família apenas aquela constituída pelo casamento.

Em 17 de outubro de 1969 surge a Emenda Constitucional nº 1, que substituiu o texto constitucional de 1967 e, assim como essa, limitou-se a conceder à família os direitos já existentes; apenas transferindo-os, formalmente, do artigo 167 para o artigo 175. Todavia, o que se faz indispensável ressaltar é a Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, pôs fim ao casamento indissolúvel, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do divórcio.

Nesse sentido, ensina Oliveira:

[...] a possibilidade da incorporação do instituto do divórcio ao nosso direito positivo, permitida pela emenda constitucional nº 9/77, foi um marco de fundamental importância para o início da modernização do direito de família, que se encontrava um tanto desatualizado e acaico. Esse tornou-se o único fato digno de registro, sob o aspecto do direito constitucional direcionado tão somente para a família legítima, na vigência do texto constitucional de 1969. (2002, p. 71).

A emenda nº 9/77 originou a chamada “lei do divórcio”, Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regulou os casos e os efeitos da dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Observa-se, a partir de então, a gradual evolução do direito de família e a efetivação do direito fundamental à liberdade.

2.2 As inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988

Inserida no contexto histórico do final do regime militar e da redemocratização do país, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou a transição entre o regime ditatorial e a democracia. Para Lenza (2010), a partir da Constituição Federal de 1988, nos termos de seu preâmbulo, instituiu-se o Estado Democrático de Direito, o qual destina-se a assegurar os valores supremos de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Sobre isso, Bruno Zilberman Vainer, em artigo publicado pela *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, destaca:

De fato, a Constituição de 1988 expressa bem os anseios da sociedade no período em que foi promulgada. Após vinte anos de ditadura e violação aos direitos humanos, a Carta Política de 1988 consagrou em especial os direitos individuais, dando atenção especial ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e aos direitos conexos a este princípio [...] (2010, p. 188).

Embora as constituições anteriores, como visto, não dispensassem à família e ao afeto a importância que lhes era devida, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a introdução dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, a realidade do direito de família passa a ser gradualmente modificada. Nesse sentido corrobora Lôbo:

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988. Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade (2009, p. 1).

No entendimento de Farias e Rosenvald (2012, p. 43), no momento em que a família deixa de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo, passando a ser vislumbrada sob a ótica da socioafetividade, surgem, invariavelmente, novos arranjos familiares. O casamento deixa de ser ponto basilar na busca pela proteção e desenvolvimento da personalidade do homem e a busca pela dignidade da pessoa humana inicia a superação dos valores meramente patrimoniais. Acerca disso, vale destacar as palavras dos autores:

Ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade [...] permitiu entender a família como uma organização subjetiva e fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 43).

Ao encontro de tais modificações históricas e sociais ergue-se a Constituição Federal de 1988, que, nas palavras de Lôbo (2009, p. 6), “expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, entre as constituições mais recentes de outros países”. É o que se contempla a partir da análise dos artigos dedicados ao tema, *in verbis*:

CAPÍTULO VII

Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

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

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, 1988).

Optou-se por transcrever todo o texto constitucional, para que se tenha a exata noção da transformação do Texto Constitucional, o que vai ao encontro do entendimento de Oliveira (2002), que se refere à grande importância da família para a Sociedade e para o Estado, bem como as diversas e complexas relações que lhe são próprias.

A promulgação da Constituição de 1988 alicerça o início de uma nova realidade; através do fenômeno chamado de Constitucionalização, verifica-se a efetivação de inúmeros princípios que irão nortear as relações familiares. Sobre isso, Dias (2007, p. 36) ensina que, a partir de então, toda norma jurídica de direito de família passa a exigir fundamento de validade constitucional.

No mesmo sentido leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Houve uma mudança significativa dos princípios e preceitos reguladores das relações familiares – inclusive as de ordem patrimonial – para o fim de proporcionar o cumprimento efetivo das normas constitucionais, especialmente relacionadas aos direitos fundamentais no âmbito das famílias contemporâneas (2003, p. 4).

Assim, conforme constata Dias (2007), o formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais igualdade e de respeito mútuo. Consoante às inovações trazidas pela nova Carta Magna, aponta a autora:

Instaurou a **igualdade entre o homem e a mulher** e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo **casamento**, bem como à **união estável** entre o homem e a mulher e

à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de **família monoparental**. Consagrou a **igualdade dos filhos**, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. (DIAS, 2007, p. 30-31).

Tais apontamentos poderão ser entendidos, com maior detalhamento, pelo exposto nos próximos capítulos, onde se buscará demonstrar a importância dos princípios constitucionais, e, principalmente, do princípio da afetividade no tocante às relações familiares.

3 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Como já visto no capítulo anterior, a constitucionalização do direito civil, e, conseqüentemente, do direito de família, foi responsável pela efetiva utilização dos princípios de direito na interpretação normativa. Nesse sentido enfatiza Lôbo:

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava (LÔBO, 2009, p. 34).

Pelo mesmo caminho segue Maria Berenice Dias, quando destaca:

As regras jurídicas mostraram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações em sede de técnica interpretativa, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas (DIAS, 2007, p. 54-55).

Importante se faz elucidar, ainda que superficialmente, para que melhor se possa entender, a diferença entre princípios e regras existente no direito. Os princípios, assim como as regras, são, antes de tudo, normas. Diferenciam-se pelo seu aspecto lógico e também pelo seu grau de generalidade (SILVA, 2003, p. 609).

Os princípios não são comandos específicos e não obedecem a uma hierarquia, ou seja, não há prevalência de um princípio sobre o outro. Não trazem consigo conceitos preestabelecidos; sua aplicabilidade é obrigatória, contudo, baseia-se em preceitos morais e éticos definidos em cada caso concreto. Princípios são base fundadora, de interpretação e execução das regras jurídicas.

As regras jurídicas, por sua vez, estão dispostas hierarquicamente no ordenamento jurídico, prevalecendo a Constituição Federal sobre as demais normas infraconstitucionais. Pode-se entender a regra jurídica, segundo a teoria de Robert

Alexy (1997) como sendo o “tudo ou nada”, uma vez que no caso concreto simplesmente se aplicam ou não.

Na mesma seara, propõe Canotilho: “Os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria ideia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional” (1988, p. 1124).

Uma vez superada tal diferenciação, e para que possamos entender a fundo o Princípio da Afetividade (um dos principais focos do presente trabalho), se faz necessária uma pequena análise dos princípios norteadores do atual Direito de Família, sem os quais não é possível a aplicação de um direito que esteja próximo do ideal de justiça (PEREIRA, 2004, p. 34).

3.1 Princípio da dignidade humana

Fundada sob o ideal dos Direitos Fundamentais, a dignidade da pessoa humana tem seu advento com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e desde então está estabelecida em praticamente todas as instituições democráticas.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, III, proclama a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental de seu ordenamento jurídico. Tal princípio carrega consigo inúmeros valores sociais, e dele derivam outros vários princípios, por isso é considerado por diversos doutrinadores como um “superprincípio” ou “macroprincípio”. Na brilhante definição de Daniel Sarmento:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão (2000, p. 58).

Na alçada do direito de família, a dignidade da pessoa humana é proclamada explicitamente nos artigos 226, § 7º; 227, *caput*, e 230; no que tange, respectivamente, ao respeito ao planejamento familiar e à paternidade responsável,

ao dever da família de assegurar a dignidade, em todos os sentidos, à criança e ao adolescente, e ao dever de amparo da família para com o idoso.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama define com clareza a aplicabilidade de tal princípio na seara familiar:

Atualmente, a dignidade da pessoa humana atua no sentido de assegurar o pleno desenvolvimento da dignidade e da personalidade de todas as pessoas humanas que integram a entidade familiar, ainda que sob o prisma social haja tanta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente das crianças, dos adolescentes e dos idosos (2008, p. 71).

Nesse mesmo diapasão completa Lôbo: “A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.” (2009, p. 39).

Pelo que se pôde conceber até aqui, pode-se falar que o princípio da dignidade da pessoa humana está sendo utilizado como princípio basilar para um novo direito de família.

3.2 Princípio da solidariedade

Derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade resulta, segundo Lôbo (2008, p. 40), da superação do individualismo jurídico. Seu fundamento jurídico encontra-se no artigo 3º, I, da Constituição Federal, *in verbis*: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

Maria Berenice Dias assim conceitua o princípio da solidariedade:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a **fraternidade** e a **reciprocidade**. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Também ao ser imposto aos pais o dever de assistência aos filhos (CF 229), consagra-se o princípio da solidariedade. O dever de amparo às pessoas idosas (CF 230) dispõe do mesmo conteúdo solidário. A lei civil consagra o princípio

da solidariedade ao dispor que o casamento estabelece plena comunhão de vidas (CC 1.511). Igualmente a obrigação alimentar dispõe desse conteúdo (CC 1.694). (DIAS, 2007, p. 63-64).

Pelo exposto pela autora, percebe-se que o princípio da solidariedade se efetiva não apenas no plano material e patrimonial, mas principalmente no plano afetivo e psicológico, dado que nas relações familiares ele implica o respeito, fraternidade e consideração entre os membros da entidade familiar.

3.3 Princípio do melhor interesse da criança/adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também guarda suas raízes na seara dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que aduz à criança e ao adolescente sua devida importância na estrutura familiar, dotando-os de real dignidade. Esse princípio encontra seu fundamento no art. 227 da Constituição Federal, que reúne os principais direitos dos menores, conforme segue:

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

Em complemento ao exposto pela Constituição Federal, nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990) mais uma vez se evidenciam as normas de proteção destinadas aos menores:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

Guilherme Nogueira da Gama expõe como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente cumpre importante papel modificador das relações interfamiliares, lecionando o que segue:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (2008, p. 80).

No campo doutrinário, Lôbo retrata o significado do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e enfatiza o tratamento prioritário que o Estado e a sociedade em geral devem conceder aos interesses dos menores:

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional de Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. (2009, p. 53).

A aplicabilidade prática do referido princípio se dá, no âmbito judiciário, nas ações que envolvem menores, como as ações de guarda e visitação, onde qualquer decisão que seja tomada deve ser fundamentada no melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido leciona Lôbo, “O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado” (2009, p. 55).

3.4 Princípio da igualdade e respeito às diferenças

O princípio da igualdade e respeito às diferenças é, antes de tudo, um princípio constitucional e pode ser visto como uma das bases do Estado Democrático de Direito; tendo sido um dos maiores motivadores das transformações evidenciadas

na busca por um Direito de Família que atenda, efetivamente, aos ideais de igualdade e justiça.

Inevitável falar em igualdade sem citar Rui Barbosa, que precisamente dispõe: “tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade” (1961, p. 27).

Segundo Maria Berenice Dias,

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de **justiça**. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com **igualdade formal**, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Aspira-se à **igualdade material** precisamente porque existem desigualdades. (2007, p. 62).

Nesse mesmo sentido, aponta a autora: “É necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos” (2007, p. 62). A partir disso, manifesta-se a supremacia da **igualdade material**, que busca suprimir as desigualdades oferecendo tratamento diferenciado àqueles que figuram em posição de desvantagem, sob a **igualdade formal**, onde todos estão submetidos à uma mesma ordem jurídica, independentemente de sua condição desvantajosa.

A igualdade e o direito a diferença, além de estarem enunciados já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, estão proclamados em outros inúmeros pontos da legislação Constitucional e Infraconstitucional. Exemplo maior é o artigo 5º da Lei Maior que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Também se faz importante salientar, ainda na legislação constitucional, a atuação de tal princípio em seus artigos 226 § 5º e 6º, e art. 227 § 6º, os quais apontam, respectivamente, para a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, à igualdade e liberdade no planejamento familiar e, como uma das maiores conquistas do atual direito de família, a igualdade e não-

discriminação entre os filhos biológicos e adotivos, advindos ou não do matrimônio.

In verbis:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

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

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

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Na legislação infraconstitucional, o supracitado princípio é abraçado pelo Código Civil, por exemplo, no campo dos direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511); nos deveres recíprocos de mútua colaboração (arts. 1.566 e 1.567):

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

[...]

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos (BRASIL, 2002).

Concernente ao exposto, leciona Lôbo:

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. [...] Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família (2009, p. 44).

Diante disso, entendemos que o princípio da igualdade e respeito à diferença, como os demais princípios, deve ter sua aplicabilidade gerenciada em cada caso concreto e exaltamos sua importância na construção do que hoje temos como direito de família.

3.5 Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal

O princípio da autonomia e da menor intervenção estatal está intrinsecamente conectado aos direitos individuais de personalidade e intimidade. Por estar posicionado em meio à dicotomia existente entre os ramos de direito público e direito privado, há de ser observado com cuidado, especialmente no âmbito das relações familiares.

Conforme leciona Rodrigo Pereira:

Considerando que são prevalentes os interesses da sociedade e do Estado na proteção da família, uma das grandes questões com a qual nos deparamos hoje no Direito de Família é sobre o limite entre o público e o privado, isto é, sobre a inserção, ou não, das regras que disciplinam e regem as relações de família no Direito Civil como ramo do Direito Privado (2004, p. 108).

Contudo, ainda que o art. 1.513 do atual Código Civil, preceitue “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, a interferência estatal segue existindo, ainda que em proporções reduzidas. Podemos perceber essa proteção estatal quando nos deparamos com o art. 1.641, II, do CC, *in verbis*: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento. II da pessoa maior de 70 (setenta) anos” (BRASIL, 2002).

Por essa mesma linha, segue Rodrigo Pereira, ao concluir:

O Estado abandonou sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família [...]. (2004, p. 112).

Assim, pelo exposto, denota-se que a proteção estatal deve estar atrelada à tutela das relações familiares, a fim de garantir a liberdade individual de cada um de seus membros.

3.6 Princípio da pluralidade de formas de família

O princípio da pluralidade das formas de família é mais uma das grandes inovações consagradas pela Constituição Federal de 1988, que rompe com o conceito de família matrimonialista sustentado pelas Constituições anteriores. Tal rompimento deu início, efetivamente, ao reconhecimento das mais diversas formas entidades familiares. Sob esse prisma, Gama define a origem deste princípio:

O **princípio do pluralismo das entidades familiares** decorre, expressamente, da previsão contida nos §§ 1º, 3º e 4º, do art. 226 da Constituição Federal, ou seja, da inclusão de outras espécies de família que não apenas aquela decorrente do casamento, e todas com especial dignidade para fins de proteção estatal. Tal princípio específico decorre do princípio geral do pluralismo democrático (art. 1º, inciso V, da CF), ensejando que cada pessoa humana possa livremente escolher a qual modelo ou espécie de entidade familiar pretende se atrelar. (2008, p. 84).

Em vista disso, ao analisar os artigos acima mencionados, deparamo-nos com um rol exemplificativo e não taxativo das entidades familiares cercadas de proteção estatal. Podemos entender como exemplificativo uma vez que, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, houve uma quebra de paradigmas e uma consequente abertura de novos preceitos para uma família fundada em laços de dignidade e afeto.

3.7 O princípio da afetividade

O princípio da afetividade surge, como já visto anteriormente, num contexto de mudanças e evolução do direito de família brasileiro. Enquanto pelo correr do século XIX e grande parte do século XX a família foi patriarcalmente estruturada, a partir da segunda metade do século XX, foi sendo gradualmente modificada para atender aos ideais de igualdade e dignidade que sopravam pelo país.

Nesse contexto histórico, a Constituição Federal de 1988, não deixou dúvidas quanto ao reconhecimento, ainda que implícito, quanto ao advento da afetividade como princípio. Assim preceitua Ricardo Lucas Calderón:

Os valores acolhidos pelo texto constitucional permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições, uma vez que muitas delas visaram, em *ultima ratio*, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção. A partir de 1988, é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no tecido constitucional brasileiro. (2013, p. 240).

Em função da consagração de novos valores, tais como a solidariedade, igualdade e afeto na esfera dos princípios de direito e do reconhecimento de novas formas de constituição de entidades familiares – as quais analisaremos de forma mais detalhada no capítulo que segue – depreende-se o ensinamento de Maria Berenice Dias:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família [...] A comunhão do afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas. (2007, p. 68).

O Princípio da Afetividade foi de grande importância para a ampliação do conceito tradicional de família, e a partir dessa ampliação conceitual se faz necessário demonstrar que o Direito precisa acompanhar as transformações da sociedade e da entidade familiar. Nesse sentido, demonstra Lôbo:

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art.1º, III) e da solidariedade (art.3º,I) e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. (2009, p. 48).

Indo além, segue o autor ao concluir:

A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares. (2009, p. 52).

Assim, temos no referido princípio, conforme veremos a seguir, a base das novas estruturas familiares, ainda que o mesmo não esteja explicitamente previsto em nosso Texto Constitucional.

3.7.1 O afeto como elemento-base da entidade familiar

Para que nasça uma família inúmeros elementos se fazem necessários, entre eles, além do afeto, elementos genéticos, biológicos, sociais e patrimoniais. Conforme visto até aqui, devido a uma série de mudanças ocorridas no direito de família, sendo várias delas protagonizadas pelo reconhecimento da afetividade como elemento fundador da estrutura familiar, entende-se, segundo Paula Feijó Pereira de Souza:

As raízes genéticas e biológicas nunca formaram a essência das relações familiares. Todas sempre foram baseadas no afeto e os juristas têm se mostrado sensíveis ao tema, reconhecendo a afetividade como um princípio do nosso sistema (2013, p. 17).

O afeto pode ser vislumbrado nas relações familiares, analogamente, como sendo o alicerce da residência familiar; não estando o alicerce bem estruturado por certo não resistirá às tempestades da vida. Somente pelos elementos patrimoniais, econômicos, sociais e/ou biológicos e genéticos a família não se sustentará. Consoante a isso, nas palavras de Lôbo:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua. (2004, p. 155).

Complementa, com maestria Giselda Hironaka, em trecho de uma palestra proferida em 2006 no V Congresso Brasileiro do IBDFAM:

O **afeto**, reafirme-se, **está** na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o

afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo... O imorredouro afeto. (2006).

Nesse sentido, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo (2009, p. 1), “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não-hieraquizada”.

3.7.2 O afeto como valor jurídico

Pode-se dividir, na concepção de Rosa e Amaral (2008), que a relevância do afeto para o direito de família pode ser, inicialmente, dividido em dois momentos distintos. Num primeiro momento, o afeto era considerado algo inerente ao organismo familiar, e por assim ser, presumidamente irrelevante. No segundo momento, a presença do afeto tornou-se essencial no tocante à visibilidade jurídica das relações familiares.

Na visão de Pereira (2004), o afeto passa a ter seu valor jurídico em função da efetivação da despatrimonialização do Direito Civil e da elevação da dignidade da pessoa humana a Fundamento da República Federativa do Brasil; a partir de então, passou-se a valorizar o indivíduo em detrimento do patrimônio. Nesse sentido, o autor arremata:

A partir do momento em que a família se desinstitucionaliza para o Direito – ou seja, que ela não mais se faz relevante enquanto instituição –, e que a dignidade humana passa a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição. Isto porque passou a vigorar a ampla liberdade de constituir ou de desfazer os laços conjugais, não sendo mais necessário viver junto até que “a morte nos separe”. (PEREIRA, 2004, p. 130).

Destaca-se das palavras do autor, a relevante contribuição de outros princípios na efetivação do afeto como valor jurídico. Na mesma ótica segue Cardin e Frosi (2010, p. 6861) ao enunciar que o afeto é um fato jurídico elevado à condição de princípio jurídico, juntamente com os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Ao encontro do que foi demonstrado até aqui, Marinque (2009, p. 482) conclui que, com o reconhecimento da existência do afeto, nasce uma orientação imprescindível, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, bem como da liberdade na forma de relacionamento entre os membros da estrutura familiar.

4 DAS NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES

Conforme tratamos no primeiro capítulo do presente trabalho, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que se deu início à metamorfose do Direito de Família Brasileiro, e onde se ampliou o reconhecimento à pluralidade das entidades familiares. Foi a partir daí que a família deixou de ser vista apenas como entidade procriacional e passou a ter como objetivo a realização digna e afetiva de seus membros e a ser fundamentada nos princípios acima estudados.

Lôbo traz a seguinte definição:

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as Constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família constituída socialmente. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. (2009, p. 60).

O tradicional modelo de família, fundado no ideal matrimonialista, em que a ideia de família era unicamente formada pela união entre homem e mulher, foi superada. Podemos entender, com isso, que houve a valorização do ideal afetivo em detrimento de uma organização familiar autocrática e patriarcal.

Passaremos, então, a analisar alguns dos novos modelos de estruturas familiares, ressaltando, desde logo, que a enumeração abaixo contida, é meramente exemplificativa, haja vista o fato de que são inúmeras as configurações familiares e não se pretende esgotar sua caracterização.

4.1 Família monoparental

A família monoparental está inserida, explicitamente, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 4º, *in verbis*: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Apona Maria Berenice Dias, acerca da origem histórica da família monoparental:

Com o declínio do patriarcalismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, as famílias constituídas por **um dos pais e sua prole** passaram a ter maior visibilidade. Seu expressivo número, com maciça predominância feminina, é uma forte oposição ao modelo dominante da bipolaridade. Essas entidades familiares necessitam de especial atenção, principalmente porque a mulher arca sozinha com as despesas da família e é sabido que percebe salário menor do que o homem. (2007, p. 193)

Diversas são as formas de surgimento das famílias monoparentais. Pode-se dar através da viuvez, da separação ou divórcio, da adoção por pessoa solteira, ou ainda por inseminação artificial de mulher solteira ou fecundação homóloga, após a morte do marido/companheiro.

Destaca-se, entre os modos citados acima, o caso de formação por adoção por pessoa solteira, onde existe a permissão expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente, que menciona em seu artigo 42: Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil, ressalvando, sempre, a diferença de, no mínimo, 16 anos entre o adotante e o adotando (art. 42 § 3º do ECA); bem como a necessidade de concordância nos casos em que o adotando seja maior de 12 anos (art. 45 § 5º do ECA). (BRASIL, 1990).

Quanto ao estatuto jurídico que orienta tal entidade familiar, Lôbo (2009) destaca, que, embora a família monoparental não disponha de um estatuto jurídico próprio, como ocorre com o casamento e com a união estável, as regras que lhes são aplicáveis, no tocante às relações de parentesco, filiação e exercício do poder familiar, são as regras de direito de família comuns a todas as estruturas familiares, uma vez que a única diferença entre a família monoparental e as demais encontra-se na composição singular de um dos pais e seus filhos.

4.2 Família homoafetiva

Entende-se por homoafetiva a entidade familiar alicerçada pela convivência e afeto estabelecidos entre pessoas do mesmo sexo.

Como já visto no decorrer do presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma gama de princípios e garantias que acabaram por abraçar o direito de família, reconhecendo, a partir de então, a pluralidade das entidades familiares e garantindo-lhes a devida proteção do Estado. Assim destaca Lôbo:

As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade e tiverem finalidade de constituição de família. (2009, p. 68).

De acordo com Maria Berenice Dias (2009, p. 357), o conceito de família mudou e os relacionamentos homossexuais – que passaram a ser chamados de uniões homoafetivas – foram, pouco a pouco, adquirindo visibilidade. Ocorre que, pela grande incidência do preconceito e pela ausência de um regime jurídico próprio, as uniões homoafetivas são, na maioria das vezes, deixadas à margem do ordenamento jurídico. Diante disso, acrescenta a autora:

O legislador intimida-se na hora de assegurar direitos às minorias alvo de exclusão social. O fato de não haver previsão legal para específica situação não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. O silêncio do legislador deve ser suprido pela justiça, que precisa dar uma resposta para o caso que se apresenta a julgamento. (2009, p. 357).

Após inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, mesmo que inexista um regime jurídico próprio, a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar a partir da decisão proferida pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277/RJ. Desde então, o regime jurídico da união estável passou a ser aplicado, por analogia, às uniões homoafetivas.

Merecem destaque as palavras do Ministro Relator Ayres Britto em seu voto:

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

No mesmo sentido, prossegue ao finalizar o voto:

[...] julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 05 maio 2011).

A partir de tal decisão, a dualidade de sexos deixou de ser requisito para o reconhecimento da união estável, passando assim, a ser reconhecida, efetivamente, a união estável homoafetiva e, conseqüentemente, a possibilidade de posterior conversão a casamento.

Mais do que preencher as lacunas deixadas pela legislação, o reconhecimento da homoafetividade como modelo de entidade familiar consumou na esfera jurídica o que já era comum no mundo dos fatos e garantiu aos membros da família homoafetiva a garantia de diversos direitos pessoais e patrimoniais que até então lhes eram negados.

4.3 Família eudemonista

A família eudemonista, como o próprio sugere, uma vez que deriva da palavra grega “eudaimonia”, a qual significa felicidade, é constituída com base na realização plena de seus membros e na busca pela felicidade.

Dessa feita se compreende, conforme os ensinamentos de Ferreira e Espolador:

A família clássica, representada pelo Código Civil de 1916, extremamente hierarquizada e patriarcal, e fundada na transpessoalidade, cede espaço para a família contemporânea, que, ao contrário da codificada, tem por pressuposto o aspecto eudemonista, ou seja, a realização pessoal de seus membros, estes ligados por laços afetivos, de comunhão de vida e de afeto. (2009, p. 104).

Dias completa tal pensamento, ao lecionar:

No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. (2007, p. 53).

Nesse sentido, pondera Maria Berenice Dias que a busca da **felicidade**, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida (2007, p. 52).

4.4 Família anaparental

Anaparental é a família que se funda, basicamente, nos vínculos de afeto, porém sem que haja a presença dos pais. Na definição de Barros,

[...]a família anaparental, que se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com pai, nem mãe. De origem grega, o prefixo “ana” traduz idéia de privação. Por exemplo, “anarquia” significa “sem governo”. Esse prefixo me permitiu criar o termo “anaparental” para designar a família sem pais. (2003).

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2007, p. 55), quando inexiste hierarquia entre gerações e o convívio não dispõe de interesse sexual, o vínculo familiar que constitui é de outra natureza: chama-se **família anaparental**. Exemplos desse modelo familiar são vistos quando, por, exemplo, ocorre o falecimento de ambos os genitores e os filhos passam a residir sob a responsabilidade do irmão mais velho, de algum tio ou dos avós.

4.5 Família multiparental

Conforme discutido ao longo do trabalho, a entidade familiar não está mais alicerçada em ideais matrimonialistas e procriacionistas. Na visão de Mesquita e Mingati (s. d.), a evolução social e a quebra de diversos paradigmas, em especial relacionados à religião, faz surgir novas estruturas familiares, constituídas com a mistura de membros de famílias diferentes.

A família multiparental, como o próprio nome indica, é aquela em que ocorre a pluralidade de relações parentais. Tal cenário acaba gerando uma nova estrutura familiar, nominada pela doutrina brasileira como família reconstituída, recomposta, sequencial, heterogênea, pluriparental, mosaico, entre outras denominações.

Ferreira e Espolador (2009, p. 107) apontam como fato gerador das famílias recompostas, aqui entendidas como um dos vários tipos de família multiparental, a possibilidade da dissolução do vínculo conjugal.

Com tal possibilidade de dissolução, os ex-companheiros têm a liberdade de formar uma nova família, de procurar o amor e a felicidade constituindo ou não uma nova família. Quando tal fato ocorre, pode, às vezes, vir com filhos que vieram de sua primeira união, ou com filhos de ambos os lados.

No tocante à afetividade na estruturação das famílias multiparentais, esclarecem Ferreira e Röhrmann:

A multiplicidade de vínculos familiares vem definida, de modo excepcional, pelo amor e pela afetividade, diferente da família clássica, onde os laços consanguíneos, com ou sem afeto, predomina. O elemento afetivo é indispensável à subsistência da família mosaico, exigindo de seus membros extraordinária capacidade de adaptação (2006, p. 511-512).

Nota-se, em mais esse modelo familiar, a presença constante do afeto como seu elemento estruturante. Ocorre, com isso, uma nova definição dos papéis exercidos individualmente no seio familiar.

4.5.1 Coexistência da filiação biológica e afetiva

Inicialmente, a fim de definir filiação e estado de filiação, utilizaremos as palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, em sua colaboração à obra *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*:

Filiação é conceito relacional; é relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha de outra (pai ou mãe). O estado de filiação é qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e maternidade, em relação a ele. (2010, p. 507-508).

Uma vez definidos tais conceitos, cabe visualizá-los sob a ótica das transformações enfrentadas pelo Direito de Família advindas da valoração dos Princípios Constitucionais. Lisboa (2012) salienta, que em função de tais mudanças, o critério biológico de fixação de paternidade vem sendo modificado, reforçando-se a ideia da necessidade de reconhecimento, também, da filiação socioafetiva.

Enquanto de um lado existe uma verdade biológica, que pode ser comprovada a qualquer tempo, e com certeza quase absoluta, através de um exame de DNA, de outro há uma verdade afetiva, resultante dos laços de afeto decorrente da nova estrutura familiar. A verdade biológica não deve ser desprezada, uma vez que feriria os direitos de personalidade do filho, porém, a verdade afetiva não pode ser considerada como inferior, pois isso seria afrontar tanto o princípio da dignidade humana, quanto o princípio da afetividade.

Teixeira e Rodrigues também indicam as mudanças ocorridas no direito de família e nas relações parentais como reflexos das transformações sociais e da individualização dos estilos de vida contemporâneos, e destacam:

Essas mudanças refletem imediatamente no seio familiar, porque se trata de formação básica da estrutura social e, por força disso, o Direito passa a reconhecer a igualdade entre todas as formas de parentesco, sendo reconhecidos juridicamente tanto o parentesco biológico quanto o adotivo e também o socioafetivo. (2010, p. 187).

Prova disso é o entendimento do Tribunal de Justiça gaúcho, que inovou ao reconhecer a igualdade entre filiação biológica e afetiva.

Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Compreende-se então que, havendo, de fato, a múltipla filiação, não pode a filiação biológica sobrepor-se à afetiva, tampouco a afetiva à biológica. Assim, consoante o exposto, se entende a necessidade da múltipla filiação registral.

4.5.2 Possibilidade de múltipla filiação

Para tratar da importância da possibilidade de múltipla filiação registral, trarei ao presente trabalho, de forma abreviada, a história de Virgínia, Antônio e Antônia, narrada por Fernanda Otoni de Barros em seu artigo “Do direito ao pai: sobre a paternidade no ordenamento jurídico” (2000).

Virgínia e Antônio conviveram em união estável por 15 anos, nascendo, dessa união, quatro filhos, João (15), José Carlos (14), Geraldo (13) e Antônia (6). No início, Virgínia ficava em casa cuidando dos filhos, assim o único sustento da família era o salário percebido por Antônio, que trabalhava da fazenda de Rafael Barcelos.

Com o passar dos anos e o aumento das dificuldades, afim de propiciar uma vida mais digna para sua mulher e filhos, começou, além de cuidar do gado, a executar outras tarefas o fazendeiro, situação essa que requeria cada vez mais o tempo e dedicação de Antônio. Inúmeras vezes precisou viajar para seu patrão, e numa dessas viagens sofreu um grave acidente de caminhão, que o impossibilitou de seguir fazendo tais bicos.

Com objetivo de auxiliar a família, o fazendeiro ofereceu a Virginia a oportunidade de cuidar das tarefas domésticas da fazenda. Nessa época, os três primeiros filhos do casal já estavam em idade escolar, o que possibilitou a Virginia aceitar o emprego, e, da mesma forma que Antônio, passou a concentrar cada vez

mais atribuições, de modo a complementar seu ordenado, de modo que, algumas vezes, passava a noite na fazenda.

Rafael Barcelos tinha um único filho, chamado Rafa, que acabou encantando-se por Virginia, e, algumas vezes, principalmente nas noites de festa, em que Virginia passava trabalhando na fazenda, teve encontros sexuais com ela. Desses encontros, nasceu Antônia.

Segundo narra a articulista:

Virgínia, sobre isto, fala que nunca ficou encantada pelo belo moço, mas estava carente e ele a presenteava com dinheiro durante esses encontros; ela apreciava muito esse gesto, pois o dinheiro sempre fez falta em sua vida.

Antônio, que nada percebia, recebeu com festa o nascimento da primeira filha e dedicou-se ela, uma vez que não trabalhava tanto como antes e a mulher ficava muito tempo fora de casa. Era declaradamente a filha predileta e, "nos termos de gente pobre, dei a ela o que tinha de melhor".

Cinco anos se passaram. O dono da fazenda morreu, o Rafa assumiu as propriedades e a vida continuava sem maiores turbulências. "Estaria assim até hoje", disse Virgínia, "se o Rafa não se casasse". (BARROS, 2000).

Após o casamento de Rafa, com medo de que Antônia enfrentasse dificuldades financeiras e restasse prejudicada no seu direito à herança, a fim de propiciar uma vida melhor para a filha, Virgínia revelou a Antônio e Rafa a verdadeira paternidade biológica da criança, ingressando com uma ação de investigação de paternidade.

Antônio, quando citado, negou a história da mãe e exaltou suas qualidades de pai, enfatizando suas afinidades e seu afeto para com Antônia. Separou-se da mulher e deu entrada em um processo de guarda da filha.

Rafa, por sua vez, mostrou-se indignado e negou a paternidade, dizendo ter tomado as providências para evitar uma gravidez indesejada. Afirmou que Virgínia queria apenas dinheiro e ofereceu-lhe uma casa na periferia, para que acabasse com o processo.

O caso foi encaminhado ao Serviço de Psicologia Forense e a autora passa a narrar seu atendimento às partes:

Durante o período do trabalho, a criança expressou com sofrimento sua saudade do pai e dos irmãos, perguntava quando o juiz ia mandá-la de volta, desenhava a família reunida cantando nos dias de chuva, enquanto esperava a mamãe voltar do trabalho. Certo dia, desenhou um cachorrinho que caiu do ônibus quando voltava com a mãe para a casa e nunca mais achou o caminho de volta. Angustuada, dizia que o dono do cachorrinho estava procurando por ele em todos os lugares e que talvez um dia ele o encontrasse se alguém ajudasse, pois o cachorrinho não sabia falar onde estava. A criança nada falava sobre o pai biológico, mas sabia que o juiz podia fazer com que retomasse para casa para encontrar seu pai.

Virgínia dizia que reconhecia que Antônio gostava muito de Antônia e ela dele. Sabia do sofrimento da filha e disse que nada disso teria acontecido se não fosse o casamento do pai verdadeiro. Ela, como mãe, tinha o dever de garantir à filha um futuro melhor, e era nada menos do que seu direito. Ela dizia que não pretendia se separar, nem separar a filha do Antônio, mas ele não suportou essa história, pois era muito machão, só pensava na imagem e a expulsou de casa. “Eu que tudo fiz pela família, todo o dinheiro que ganhei ia para eles. Ele nunca me perguntou de onde vinha e sempre aceitou de bom grado que eu trabalhasse tanto, ficasse fora de casa e sem tê-lo homem”.

Quando chamei Antônio para a entrevista, ele demorou algumas semanas para poder vir. Ao receber a correspondência, telefonou-me perguntando se na Justiça pai tinha direito de ter a guarda da filha, ou se a mãe ganhava sempre. Perguntou-me se a criança ia ser ouvida, se a palavra da filha tinha valor.

Eu disse que todos seriam escutados, que eu estava esperando que ele viesse para contar a sua história, que a palavra dele seria muito importante. Ele me garantiu que então viria e disse que a história que tinha para contar era a história de um pai com muita dor, pois queriam lhe tirar o que ele tinha de melhor. “Nesta vida foi o presente que ganhei de Nosso Senhor. Escuta ela também, doutora, ela vai falar como é verdadeiro o nosso amor”.

No dia marcado para a entrevista, ele não compareceu. Enviei outra carta e ele me telefonou, dizendo que nada tinha mais importância, fizeram o tal do exame e o rapaz da fazenda virou o pai dela. “Uma maldade, doutora, ela vai ficar sem pai e mãe nunca teve, pois esta mãe não presta. Eu sempre fui pai e mãe dela. Tô muito triste e não vou aí não. A Justiça já decidiu e não posso fazer mais nada. Sabe, além de cega, a Justiça é surda também. Deus sabe o que faz. Eu não quero ver, nem falar, para não sofrer mais. Tô ligando para justificar, se sendo pai era sempre a mãe que ficava com os filhos, se eu não sou o pai, para a lei, não tenho chance nenhuma. Pode cancelar o processo, doutora”.

Fiquei muito incomodada, fui atrás do processo e vi que ele tinha razão. Já tinham encerrado o processo, o pai jurídico reconhecido fora o pai biológico. Diante da disposição de Rafa de dar a casa para eles, o juiz decidira pelo exame do DNA, julgando procedente o pedido da mãe. O exame confirmou o pai biológico. Em consequência, a filha passava a ter todos os direitos de pensão e herança vindos do pai e mudava o seu nome na certidão, pelo sobrenome do novo pai (BARROS, 2000).

Diante do caso acima descrito, cabe a seguinte questão: Quem é mais pai de Antônia? Antônio, que a criou e amou como se pai fosse, ou Rafa, pai biológico, que jamais demonstrou interesse em criar laços de afeto com a filha?

Nesse sentido, Póvoas (2012) entende que tal solução seria socialmente aceita caso a decisão tivesse sido proferida com base na antiga estrutura das relações familiares. Porém, atualmente, levando-se em conta os princípios que regem o Direito de Família, não é possível conceber que o exame de DNA seja utilizado como único fundamento para definir a paternidade de uma criança.

Em contraponto à decisão de considerar apenas a verdade biológica, o autor questiona: se apenas a verdade afetiva fosse considerada para definir a paternidade, Antônia não estaria sendo privada de seus direitos, uma vez que seu pai biológico poderia proporcionar-lhe uma vida melhor? No que diz respeito ao pai biológico, Rafa, caso tivesse interesse em formar laços de afeto com a filha menor, a desconsideração da verdade biológica não estaria ferindo seus direitos como pai? A decisão fundamentada apenas no exame laboratorial não feriu a dignidade do pai afetivo?

Póvoas responde às questões postuladas demonstrando que a melhor solução para o caso é reconhecer, igualmente, as paternidades afetiva e biológica, resguardo os direitos da menor e também do pai afetivo. Nesse sentido:

No que tange à possibilidade de vínculos pareais afetivos e biológicos, essa se mostra perfeitamente viável e, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional na medida em que preserva os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo, as já debatidas dignidade e afetividade da pessoa humana. (PÓVOAS, 2012, p. 79).

Pelo mesmo caminho seguem Teixeira e Rodrigues quando apontam:

Defendemos a multiparentalidade como alternativa de tutela jurídica para um fenômeno já existente em nossa sociedade, que é fruto, precipuamente, da liberdade de (des)constituição familiar e da conseqüente formação de famílias reconstituídas. A nosso sentir, a multiparentalidade garante aos filhos menores que, na prática, convivem com múltiplas figuras parentais a tutela jurídica de todos os efeitos que emanam tanto da vinculação biológica como da socioafetiva, que, como demonstrado, em alguns casos, não são excludentes. (2010, p. 202-203).

Uma vez reconhecida judicialmente a multiparentalidade, é necessário que ocorra a sua exteriorização, surgindo, então a problemática da múltipla filiação registral. Conforme aponta Póvoas:

Assim, reconhecida a existência de filiação afetiva e de filiação biológica concomitantemente em relação a só um filho, este problema do registro é de fácil solução, bastando que seja determinada a inscrição de ambos os pais (ou mães) e de seus ascendentes respectivos. Pode parecer estranho – como tudo que é novo – mas não há solução mais adequada. (2012, p. 91).

Assim, a lei registral não deve ser tomada como empecilho para o reconhecimento multiparental, visto que, por ser uma lei infraconstitucional deve subordinar-se aos princípios constitucionais, e, conseqüentemente ao princípio da afetividade, ainda que esse esteja implícito em nossa Carta Magna (PÓVOAS, 2012). Frente a isso, salientam Teixeira e Rodrigues:

[...] o registro não pode ser um óbice para sua efetivação, considerando que sua função é refletir a verdade real; e, se a verdade real concretiza-se no fato de várias pessoas exercerem funções parentais na vida dos filhos, o registro deve espelhar esta realidade. [...] o registro deve se adaptar a essa nova situação, constando espaço para mais de um pai ou mais de uma mãe, para que a partir da efetivação do registro, gere todos os efeitos advindos da filiação. (2010, p. 211).

4.6 Reconhecimento jurisprudencial da multiparentalidade

No presente tópico se buscará demonstrar a maneira como a multiparentalidade vem sendo abordada nos tribunais brasileiros.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme já apontado neste trabalho, inovou ao reconhecer a igualdade entre as paternidades biológica e afetiva.

Também no Rio Grande do Sul, a juíza Carine Labres, da 3ª Vara Cível de Santana do Livramento (RS), decidiu que um menino de cinco anos terá na certidão de nascimento o nome do pai biológico e do pai que o registrou e convive desde o nascimento (JUSTIÇA gaúcha reconhece..., 2014).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação de adoção, optou por acolher os pedidos das partes, respeitando a memória da mãe biológica, declarando a

maternidade socioafetiva e incluindo-a, sem distinção, no registro civil da criança. Conforme ementa:

EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2012).

O juiz Audarzean Santana da Silva, da 2ª Vara Cível da comarca de Cacoal, no Estado de Rondônia, também reconheceu a existência da multiparentalidade em ação de adoção, autorizando a inserção tanto da mãe afetiva quanto da biológica no registro civil. O que geralmente ocorre nas ações de adoção é a substituição do nome dos pais biológicos pelos pais adotivos; nesse caso, foi respeitada a vontade do filho em ter em seu registro o nome dos pais e das duas mães (TRIBUNAL, 2014).

Já no Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça reconheceu o direito de três irmãos terem duas mães, a biológica e a socioafetiva. Após o falecimento da mãe biológica os irmãos foram criados pela madrasta, e já adultos ingressaram com o pedido para que o nome da madrasta fosse incluído em suas certidões sem prejuízo ao nome da mãe biológica. A decisão foi proferida pela juíza titular da 15ª Vara de Família da Capital do Rio de Janeiro, Maria Aglae Vilar do (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2014).

Como visto, as decisões relativas à multiparentalidade, apesar de escassas, estão em acentuado processo de construção. Tais decisões efetivam os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, além de apontar um novo caminho a ser seguido pelo Direito de Família.

4.7 Efeitos da multiparentalidade

Seguindo a lógica estabelecida por Póvoas (2012), reconhecida a multiparentalidade, podemos citar, entre outros, os efeitos relativos ao parentesco, obrigação alimentar e direitos sucessórios.

Quanto ao parentesco, a multiparentalidade irá estabelecer vínculo parental em relação a todos envolvidos. Dessa forma, o filho menor teria parentesco em linha reta e colateral com a família do pai/mãe afetivo e biológico, recaindo sobre ele, todas as hipóteses legais.

Em relação à obrigação alimentar, esta seria exigida tanto do pai/mãe afetivo quanto do biológico, uma vez que o Código Civil estabelece em seu artigo 1.696: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Assim, respeitados os limites do binômio necessidade/possibilidade, pais afetivos e biológicos seriam credores e devedores em relação ao filho.

No tocante aos direitos sucessórios, obedecerão as regras postas pelos artigos 1.829 a 1.847 do Código Civil, estabelecendo-se tantas linhas sucessórias quantos forem os genitores.

Outra corrente, porém, entende que a parentalidade socioafetiva não deve ser reconhecida simultaneamente à parentalidade biológica sem que haja o consentimento do suposto pai afetivo, visto que, os efeitos jurídicos efetivados por tal reconhecimento poderia gerar espécie de enriquecimento sem causa, como na hipótese de se herdar herança de duas famílias.

Nesse sentido, em voto proferido na Apelação Cível n. 70014775159, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos afirma:

[...] há que se reconhecer no conceito legal de parentesco civil que laços de outra natureza – que não apenas a consangüínea – dão sustentação à relação jurídica de parentalidade e podem ser invocados em defesa de uma situação familiar consolidada quando alguém, do locus de pai, de mãe ou de filho, deduzir pretensão para seu desfazimento, alegando ausência de identidade genética.

Em síntese, a formação ou a atribuição de uma relação jurídica de parentalidade (maternidade, paternidade ou filiação) migra do mundo dos fatos para o mundo jurídico por uma das vias previstas em lei. Ou seja, pela adoção, pela incidência ao caso concreto de uma presunção legal (*pater is est*) pelo fato do casamento, ou, quanto ao

pai, como resultado do julgamento de procedência de ação de investigação de paternidade ou, ainda, em face da prática de um ato jurídico de reconhecimento voluntário de paternidade.

[...]

Reitero que o fato de hoje o conceito de parentesco estar dissociado de uma necessária vinculação consangüínea – como antes demonstrado - não implica dizer que a posse de estado de filho constitua causa para o manejo de ação na qual é posta a pretensão de estabelecimento da relação jurídica de parentalidade a partir da alegação de vínculos de socioafetividade em detrimento e em oposição a laços jurídicos pré-existentes e higidamente formados por uma das vias previstas em lei, como também já destaquei.

[...]

Compreender que, na atualidade, se respiram os ares do pós-positivismo, com preceitos legais arejados por valores éticos e morais que encontram sua expressão maior na Constituição Federal – que inseriu como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º) - também significa perseguir a segurança jurídica. Neste cenário, mostram-se temerárias as facilitações às pretensões para alterar as relações jurídicas de parentalidade, sejam elas representadas pelos laços entre mãe e filho ou aqueles firmados com pai e filho – o que se dá muitas vezes por motivações econômicas e fere, indubitavelmente, a ética e a dignidade pessoal. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Dessa forma, há que se reconhecer que a multiparentalidade pode, em algumas situações, acarretar o direito a mais de uma herança. Porém, inadmissível é o não reconhecimento do direito à multiparentalidade e ao efetivo reconhecimento da afetividade como Princípio do Direito de Família fundamentado em questões de cunho meramente patrimonial.

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, o Princípio da Afetividade encontra fundamento Constitucional, e o direito à multiparentalidade fundamenta-se, principalmente em tal princípio. Assim, negar o reconhecimento simultâneo da paternidade biológica e afetiva por motivos patrimoniais atenta não só contra a Dignidade da Pessoa Humana, bem como aos demais princípios elencados em nossa Constituição.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir a necessidade de que o Direito siga acompanhando as evoluções sociais da família. Percebe-se que a evolução histórica, bem como a evolução legislativa, através das Constituições, contribuiu significativamente para a efetivação da atual concepção das entidades familiares.

Embora as Constituições anteriores não dispensassem à temática familiar a importância devida, a Carta Magna de 1988 trouxe consigo uma gama de princípios constitucionais que passaram a remoldar a visão do Estado e da sociedade sobre a família. A promulgação da nova Constituição democratizou as relações familiares, pluralizou suas formas e as transformou em núcleos merecedores de proteção e respeito.

Assim, a Constitucionalização do direito de família foi responsável pela efetiva utilização dos princípios de direito na interpretação normativa. Destacaram-se, entre os princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana, responsável pela base do novo direito de família; o princípio da pluralidade das formas de família, motivador do rompimento da concepção matrimonialista da entidade familiar; bem como, com igual importância, os princípios da solidariedade, melhor interesse da criança, da igualdade e respeito às diferenças como norteadores dessa nova concepção familiar.

Destacou-se, principalmente, o princípio da afetividade, que surgiu para atender aos ideais de igualdade e dignidade trazidos pela Nova Constituição. Embora não esteja expressamente previsto na legislação, o Princípio da Afetividade trouxe consigo o valor jurídico do afeto, protagonizado na pluralização das entidades familiares e a despatrimonialização da família.

O afeto tornou-se, para a constituição familiar, tão importante quanto os elementos genéticos e biológicos, alicerçando as relações interpessoais.

A partir da despatrimonialização e do rompimento com os preceitos matrimoniais da família, juntamente com a valorização do afeto e a efetivação dos princípios constitucionais surgiram novas estruturas familiares. A família deixou de ter seu reconhecimento de forma engessada no patriarcalismo, passando-se a admitir

novos modelos familiares numa clara adequação jurídica as transformações sociais. Nesta esteira de transformações, destaca-se a consagração da relação homoafetiva, garantindo, com isso, a efetivação do afeto como elemento fundamental das relações familiares e a efetivação do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Os demais núcleos familiares, tais como os monoparentais e anaparentais, ainda que supostamente “incompletos” se tendo por base o antigo modelo, passaram a ser protegidos juridicamente, assim como a família eudemonista; comprovando a contribuição do reconhecimento dos laços afetivos como elemento de formação e preservação familiar.

Nesse contexto evolutivo das entidades familiares, surge a família multiparental; embasada pela pluralidade das relações. Devido a tal pluralidade, o afeto, mais uma vez, fundamenta o reconhecimento de um novo modelo familiar.

Fundamenta, também, a possibilidade da coexistência de filiação afetiva e biológica, uma vez que a verdade biológica não pode se sobrepor à verdade afetiva, tampouco a afetiva à biológica. Existindo então, de fato, duas parentalidades, não há motivo para que o direito deixe de recepcioná-las. A jurisprudência, ainda que acanhada vem reconhecendo tal possibilidade e declarando a multiparentalidade.

Ainda que exista certa dificuldade no reconhecimento dos direitos advindos da possibilidade da múltipla filiação, não se pode regredir. O princípio da afetividade, responsável por tantos avanços sociais e legislativos deve imperar, mais uma vez, no reconhecimento da multiparentalidade.

Sendo assim, não pode o direito, estagnar diante da constante evolução das relações familiares. Faz-se necessário o reconhecimento jurídico daquilo já existente no mundo dos fatos. É preciso que o direito de família efetive e proteja todas as formas, modelos e estruturas inerentes a este ramo tão especial e peculiar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe>. Acesso em: 07 jul. 2014.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Elos, 1961.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: principais e operacionais (2003). Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BARROS, Fernanda Otoni de. Do direito ao pai: sobre a paternidade no ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 6, p. 5-22, ago.-set. 2000. Disponível em: <http://gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Fernanda_Otoni/DireitoPai.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil* (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 02 jun. 2014.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 02 jun. 2014.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 16 julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 10 novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 06 jun. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03 maio 2014.

BUOSI, Carolina de Cássia Francisco. *Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia*. Curitiba: Juruá, 2012.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro. Renovar. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDIN, Valéria S. G.; FROSI, Vítor E. O afeto como valor jurídico. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19. *Anais...* Fortaleza, 9-12 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CURI, Juliana Araújo Simão. União homoafetiva: ponderação dos aspectos jurídicos antes e depois de seu reconhecimento. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10208&revista_caderno=14>. Acesso em: 10 jun. 2014.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano; ROSEVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Família*. Salvador: Jus Podvm, 2012. v. 6.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O papel do afeto na formação das famílias recompostas no Brasil. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

GALDINO, Valéria Silva; BARRETO, Maíra de Paula. Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maira_de_paula_barreto.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro; Renovar, 2003.

_____. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos. *Portal IBDFAM*, 17 fev. 2012. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/5818/mod_resource/content/1/semin%C3%A1rio%201B.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2013.

JUSTIÇA gaúcha reconhece o direito de criança ter dois pais no registro de nascimento. *IBDFAM*, 16 maio 2014. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/noticias/5306/Justi%C3%A7a+ga%C3%BAcha+reconhece+o+direito+de+crian%C3%A7a+ter+dois+pais+no+registro+de+nascimento>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

KUSANO, Susileine. Da família anaparental: do reconhecimento como entidade familiar. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559>. Acesso em: 10 jun. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Filipe Antonio de Oliveira. A Constituição Brasileira: da Constituição Imperial à Constituição Cidadã. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6352>. Acesso em: 10 jun. 2014.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 155, jun.-jul. 2004.

_____. Socioafetividade no Direito de Família: A persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARINQUE, Ricardo C. Pérez. El Afecto como elemento estructurante del derecho de familia. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MESQUITA, Renata Paccola; MINGATI, Vinícius Secafen. O reconhecimento da pluriparentalidade e as consequências jurídicas no âmbito patrimonial e afetivo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=473803f0f2ebd77d>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Breves considerações em torno do direito de família no contexto dos direitos fundamentais. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 103-118, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/lydia/pdf/breves.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 75-148, 2006. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/309/168>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA JR., Antonio Jorge. Da Afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Curitiba, 2004. Tese [Doutorado em Direito] – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence=1> Acesso em: 08 jul. 2014.

PESSANHA, Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade: a possibilidade de dupla filiação e seus efeitos*. Florianópolis: Conceito, 2012.

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792>. Acesso em: 03 jul. 2014.

ROSA, Catarina Mariano; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. O afeto no Direito de Família. *ETIC: Encontro de Iniciação Científica*, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1667/1594>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*. Tradução Rogério Fernandes. Lisboa: Portugal, 1968.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

SOUZA, Paula Feijó Pereira de. A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares. (2013). Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132. Rio de Janeiro. 05 maio 2011. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo. Atlas, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação cível. Proc. n. 00642-26.201.8.26.0286. Juiz: Cassio Henrique Dolce de Faria (14 ago. 2012). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=853C2124BD32CE28BDD58D7A89103C00.cjsg1?cdAcordao=6104770&cdForo=0&v1Captcha=dwpSQ>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70029363918. Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 07 maio 2009. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caocc/dirFamilia/jurisprudencia/10_acao.de.investigacao.de.paternidade.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação cível. Proc. n. 70014775159. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Publ. 12 jul. 2006. Disponível em: <

TRIBUNAL de Justiça de Rondônia reconhece multiparentalidade em ação de adoção. *IBDFAM*, 05 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5234/+Tribunal+de+Justi%C3%A7a+de+Rond%C3%B4nia+reconhece+multiparentalidade+em+a%C3%A7%C3%A3o+de+ado%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

TRJR reconhece multiparentalidade. *IBDFAM*, 12 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5243/TJRJ+reconhece+multiparentalidade%22>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle da constitucionalidade brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 16, jul.-dez. 2010.

VILLA, Marco Antonio. *História das constituições brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011.