

O DIREITO PERSONALÍSSIMO À RELAÇÃO FAMILIAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

PERSONAL RIGHT TO THE FAMILIAR RELATION UNDER THE PRINCIPLE OF AFFECTIVITY

Edna Raquel Hogemann*

Resumo: O artigo promove uma necessária e atual reflexão sobre a projeção dos direitos de personalidade na concepção de família contemporânea, tendo por enfoque o instituto da filiação socioafetiva, recentemente delineada pelo direito brasileiro. A autora parte do pressuposto essencial de que o instituto da filiação socioafetiva, bem como outros aspectos do direito de família, vem sendo considerado pela doutrina e jurisprudência como alicerce à procedência constitucional da afetividade, decorrente do atributo da dignidade da pessoa humana. Assim, para além da demonstração da ideia basilar do direito da personalidade, por meio da utilização do método dialético reflexivo pelo cotejo doutrinário e jurisprudencial, o artigo faz uma abordagem da trajetória histórica do instituto da filiação, desde as transformações sociais sofridas pela noção de família. A autora finaliza apontando o paradigma da afetividade no cenário jurídico contemporâneo, a partir do reembaralhamento das formas básicas de relacionamento social demonstrando a importância do afeto como componente intrínseco da formação da personalidade do ser humano.

Palavras-chave: Filiação. Afeto. Personalidade.

Abstract: The article promotes and necessary reflection on the current projection of personality rights in the design of contemporary family, with the focus of the institute affiliation socioaffective recently outlined by Brazilian law. The author assumes that the essential institution of affiliation socioaffective, as well as other aspects of family law, has been considered by the doctrine and jurisprudence, as a foundation to the merits of the constitutional affection, due to the attribute of human dignity. Thus, in addition to demonstrating the basic idea of the right of personality, using the dialectical method by reflective collation doctrinal and jurisprudential, the article makes an approach to the historical trajectory of the institute's membership, since the social changes undergone by the notion of family. The author concludes by stating the paradigm of affectivity in contemporary legal scenario, from the reshuffling of the basic forms of social relationship affection demonstrating the importance of training as an intrinsic component of the human personality.

Keywords: Affiliation. Affection. Personality.

* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF), RJ; Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (RJ); Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio), RJ; Pesquisadora da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), RJ; Avenida Pasteur, 296, Urca, 22290-240, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil; ershogemann@gmail.com

Introdução

Uma ciência que tem por vocação acompanhar as evoluções sociais, eis o Direito. Diante disso, é de fundamental importância a compreensão acerca do pensamento moderno, alicerçado sobre três grandes pilares, quais sejam: o ser, o conhecer e o homem, operadores da razão. O ser como concepção ontológica, o conhecer como concepção epistemológica e o homem como paradigma antropológico da modernidade.

Ultrapassadas essas premissas iniciais, percebe-se no cenário contemporâneo um desenvolvimento constante da ideia do que seja esse ser humano, concebido como centro do Sistema Jurídico, titular de direitos personalíssimos, adquiridos ao longo da História. É nesse sentido que se buscará, à luz da melhor doutrina, a compreensão da relação entre o direito da personalidade e o instituto da filiação, objeto deste ensaio.

Assim, para se demonstrar, inicialmente, o significado do Direito de Personalidade, traz-se a reflexão de Hogemann (2011), que ensina em suas aulas: “[...] os direitos de personalidade são aqueles direitos sem os quais não se pode dizer que a pessoa humana está podendo atuar em sua plenitude.”

Para Cupis (2004, p. 188), a personalidade é uma qualidade jurídica, de forma que não constitui um direito ou obrigação jurídica, mas um pressuposto, um fundamento para o seu exercício. Nesse contexto, Borges (2007, p. 20) observa que a pessoa não possui um direito à personalidade, mas, sim, direitos que decorrem da personalidade humana, da condição humana, sendo estes direitos próprios do ser humano. Os direitos à vida, à liberdade e à integridade física foram os primeiros direitos de personalidade reconhecidos a partir da oposição entre o Estado e o indivíduo como fundamentais à pessoa humana, como forma de tutelar a pessoa contra as intervenções do Estado, emergindo outros direitos de acordo com o aumento populacional das cidades, para proteger o indivíduo contra a intervenção lesiva de outros particulares.

Assim, conforme assevera Borges (2007), os direitos da personalidade são considerados direitos em expansão, observando-se que à medida que a sociedade se torna mais complexa, ocorre uma expansão desses direitos para tutelar as novas situações que passam a surgir.

Destarte, os direitos de personalidades positivados no ordenamento jurídico não são *numerus clausus*, pois o rol está em contínua expansão, admitindo a maioria da doutrina em se falar em um direito geral de personalidade, que abrange todas as espécies de direitos de personalidade, presentes e futuras. Caso contrário, conforme a autora, admitir-se que o rol é taxativo, a tutela jurídica será insuficiente para resguardar a dignidade da pessoa humana na sociedade atual.

Importante advertência sobre o tema é feita por Ascensão (2006, p. 145) que questiona como é possível que os direitos da personalidade sejam atípicos, se eles são reconhecidamente considerados absolutos, ou oponíveis *erga omnes*, considerando-

-se que, via de regra, os direitos absolutos são taxativos para o total conhecimento de terceiros de sorte que não sejam surpreendidos com a vinculação de direitos que desconheciam.

Elucida o referido autor que, nesse caso, é admissível a oponibilidade *erga omnes* desses direitos, pois os direitos da personalidade pressupõem que tutelam a pessoa humana, sendo essa uma realidade conhecida por todos, a proteção da pessoa ontológica.

1 O afeto como elemento catalisador dos direitos do homem

A aceção social do afeto está intrinsecamente vinculada à necessidade de um consenso mínimo, a partir do qual o indivíduo pode se amparar e elaborar um agir afetuoso que importa no cuidado, na atitude protetora para si e para o outro; tal afeto vibra diante da vida ao protegê-la e expandi-la.

A questão que se coloca para a humanidade está em como efetivar tal demanda, na medida em que se vive em uma sociedade na qual o individualismo exacerbado segue possuindo importância de destaque para o sistema consagrado e se privilegia muito mais o “ter” do que o “ser” e quiçá o “cuidar”.

A história da civilização ocidental, caracterizada pela utilização da razão como instrumento privilegiado na busca da verdade do ser, personificada em um eu logocêntrico, encontrou, por assim dizer, seu auge em uma confirmação do (pre)domínio desse eu. Concretizou-se o processo de anulação do outro em sua alteridade, praticado sistematicamente pela cultura ocidental ao não respeitar as diferenças. As inúmeras guerras, as formas de colonização e domínio entre os povos, a organização de sistemas ideológicos de cunho político, religioso e/ou científico, que via de regra são instrumentos privilegiados de dominação, exploração e destruição de culturas, conseqüentemente da própria alteridade, comprovam essa afirmação.

A esse respeito, Lima Vaz (2000, p. 232) revela um paradoxo da cultura ocidental, que baliza a afirmação do *lógos* no Ocidente.

Há um paradoxo profundo no fato de que a filosofia do *lógos* tenha sido a filosofia da anulação do outro. Na verdade, a mais alta realização dessa filosofia, ou seja, o platonismo encontrou seu método e sua expressão precisamente no diálogo. Mas o que é significativo no diálogo platônico, como encontro das almas e sua salvação pela filosofia – essa essência da mensagem socrática –, é a submissão dos interlocutores ao *logos*, de tal sorte que a salvação oferecida pela filosofia reside, finalmente, no consentimento à ideia, que o *logos* descobre através do diálogo.

Depreende-se disso que o *lógos* já nasce centrado em si mesmo. A grande consequência desse autocentrismo aponta, necessariamente, para a anulação sistemática do outro, que, relegado ao ostracismo e destituído de sua dignidade, finda pelo não reconhecimento de sua alteridade.

Em uma passagem a respeito do resultado do desenvolvimento capitalista e do culto do indivíduo, Mézáros (2006, p. 233) salienta:

[...] a noção de um instituto social “colocado em todos os homens pela natureza” desaparece completamente. As liberdades individuais parecem pertencer ao reino da “natureza”, e os laços sociais, ao contrário, parecem ser artificiais e impostos, por assim dizer, “de fora” ao indivíduo auto-suficiente.

Nesse sentido, cumpre uma oportuna referência ao pensamento de Fromm (2000) na medida em que considera esse autor, que a história da humanidade pode ser concebida como o embate simbólico entre o “Ser” e o “Ter”, dois verbos que, a despeito da proximidade fonética, demonstram, contudo, um profundo distanciamento valorativo. O “Ser” pode ser considerado enquanto uma abertura qualitativa em relação ao real, em uma abertura pessoal em favor da compreensão da diferença e da singularidade de cada pessoa, existindo em decorrência o respeito e a abertura amorosa perante a pluralidade de indivíduos e da própria natureza circundante. Segundo Fromm (2000, p. 35), “[...] se eu amo o outro, sinto-me um só com ele, mas com ele como ele é, e não na medida em que preciso dele como objeto para meu uso.” O “Ter”, por seu turno, importa na voracidade humana pela posse material, o desejo irrefreável de usufruir determinada coisa até o esgotamento desta, para então abandoná-la ou trocá-la por outra que lhe seja mais atrativa; essa lógica do “Ter” leva a que até mesmo os seres humanos sejam tragados por essa dinâmica perversa, que, na sociedade do vazio existencial, transforma o ser humano, absolutamente singular, em coisa própria ao consumo simbólico. Desse modo, na existência voltada ao “Ter”, a relação do eu com o mundo é de pertença e posse, no qual a vontade está direcionada a que tudo e todos, inclusive o próprio sujeito, sejam sua propriedade.

A esperança de se obter a ampliação da qualidade de vida em parâmetros puramente quantitativos (materialistas) revelou-se um grande engodo, evidenciando a falência do projeto civilizatório do mundo ocidental, em cujo século XX encontrou a concretização mais acabada do modo “Ter” de existência, deteriorando ao máximo a combatida “dignidade” da condição humana, por meio da ameaça de extinção do gênero humano pela destruição insana da natureza e do poder destruidor das armas. No contexto da civilização “Ter”, a dependência tecnológica do homem, em vez de promover a conquista de uma efetiva qualidade de vida, gera o seu adoecimento simbólico e orgânico, inclusive motivando o uso de recursos de grande avanço científico para a opressão e a dominação do homem pelo homem. O autor questiona: “Devemos produzir pessoas doentes, a fim de termos uma economia sadia, ou podemos usar nossos recursos naturais, nossas invenções, nossos computadores para servir aos propósitos do homem?” (FROMM, 1983, p. 14). Todavia, mesmo nas piores situações o valor “Ser” desponta na humanidade, patrocinando o estabelecimento da interatividade e do respeito pela figura do “Outro” e pelo extremo cuidado em relação às condições essenciais do meio ambiente, como também pela afirmação de um sentimento interpessoal de amor, que sobrepuja os limites obscuros tanto dos sectarismos ideológicos quanto das crenças religiosas.

Por seu turno, Bauman (2004), ao analisar o progressivo empobrecimento existencial o qual denomina “sociedade pós-moderna”, estabelece uma harmonia axiológica com o pensamento de Fromm (1983), ao promover com este um diálogo de relevante procedência no que pertine aos destinos pouco promissores da cultura ocidental em razão dos caminhos que a ciência e a técnica legaram à sociedade industrializada.

Bauman (2004) se utiliza da analogia metafórica da ideia de “liquidez” para problematizar o declínio da condição humana pós-moderna, que importa em uma dissolução dos valores progressistas da filosofia iluminista, na sua crença incondicional no poder libertário da razão, cuja aplicação técnica no âmbito da sociedade moderna permitiria ao homem obter a tão ambicionada felicidade.

Mergulhado em um moto-contínuo de inclusão e exclusão instantâneas nas suas relações afetivas, a “humanidade líquida” cada vez mais receia e evita afirmar a potência unificadora do amor, sentimento que, aliás, é dificilmente mensurável por critérios quantitativos e cálculos estatísticos. Seria possível expressar adequadamente tal afeto por alguém? Quando se ama, ama-se a pessoa pelo que ela realmente é ou pelo que ela representa para nós? A “moralidade líquida” importa na escolha da segunda opção, considerando sempre a figura do outro como um estranho que somente revela importância quando satisfaz os nossos desejos egoístas.

Fromm (1983) parte do pressuposto segundo o qual uma vez que o homem adquire um mínimo de liberdade, individualismo e racionalidade, verdadeiramente não há, em última instância, como se descartar daquilo que o torna humano mas que, no entanto o tortura: sua razão e percepção de si mesmo, que é para ele o fardo de ser homem. Para o autor, uma das possíveis saídas ocorre por meio da conquista de uma nova união existencial-espiritual mediante somente o desenvolvimento de todas as faculdades humanas, em potência no indivíduo e que implica o reconhecimento da humanidade universal dentro de cada um e dentro das limitações impostas pelas leis exteriores à nossa subjetividade.

2 O direito personalíssimo à relação familiar

Um dos conceitos basilares do Direito de Família e do Direito Constitucional, a Filiação, passa por uma grande transformação nuclear. Fruto de uma sociedade que se constituiu sob os alicerces do patriarcalismo exacerbado, do machismo e de um modelo liberal burguês importado pautado no individualismo, havia uma distinção flagrante entre a filiação ocorrida dentro e fora do casamento.

Os ventos da transição democrática ao inaugurar um modelo de Estado Democrático de Direito, fundado no bastião maior da dignidade da pessoa humana, fizeram sentir novos ares também ao modelo da superada estrutura das relações filiais do Código Beviláqua. À ultrapassada distinção entre filhos legítimos e ilegítimos um novo *status* de filiação se configura, diante de novas posturas sociais e cons-

titucionais, sobrepondo o afeto a conceitos jurídicos esquemáticos antigos e que já não mais suprem as complexas relações intersubjetivas dos novos tempos.

A filiação socioafetiva, inicialmente tratada como “desbiologização da paternidade” por Villela, em 1979, ganha cada vez mais adeptos no ordenamento jurídico brasileiro, tornando imprescindível o debate sobre as implicações jurídicas do reconhecimento da filiação socioafetiva, a par do que ocorreu nas relações de união estável.

Observa-se no campo jurídico uma grande mutação da entidade familiar, fruto de uma intensa transformação social, sendo ultrapassada a ideia de que entidade familiar é somente aquela formada por um núcleo biparental. Hoje, além de famílias monoparentais, é comum verificar-se nos Tribunais o reconhecimento de casais homoafetivos, a adoção por homossexuais, a reparação civil por abandono afetivo, o reconhecimento de filiação socioafetiva, etc.

Percebido por alguns como um erro de impressão, o livro *Conversando sobre... o Direito das Famílias*, da autora Maria Berenice Dias, retrata a mutação que o direito de família vem sofrendo ao longo dos últimos anos. Em seu *site* a autora explica:

Família no plural porque a família passou a ser um conceito plural. Não é mais constituída exclusivamente pelo casamento. Não mais serve para manter a mulher presa ao recinto doméstico, para que o homem tenha certeza que seus filhos são sangue do seu sangue.

Hoje, o que identifica uma família é o afeto, esse sentimento que enlaça corações e une vidas. A família é onde se encontra o sonho de felicidade. A justiça precisa atentar nessas realidades. (DIAS, 2011a).

Eis o hodierno ponto de virada do Direito de Família: transcender-se acompanhando a evolução social, cumprindo ao direito a sua função social de legitimar o que já está aceito e imposto pelo comportamento humano, a partir de parâmetros éticos e de acordo com o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana.

Apesar de não constar de forma explícita em nosso ordenamento jurídico, a filiação socioafetiva fixa seus alicerces nos princípios constitucionais, pautada na efetiva convivência entre pais e filhos, com aspectos afetivos e o exercício de todos os direitos e deveres constantes na legislação, no que se refere ao poder familiar.

Sob o aspecto sociológico, a filiação socioafetiva tem seu alicerce no amor, apoio e respeito recíprocos entre pais e filhos, equiparado ao que ocorreu no processo de reconhecimento das relações estáveis entre homens e mulheres, em que os fatos se sobrepuseram ao direito preexistente.

É de fácil compreensão a inserção das transformações familiares no ordenamento jurídico, como se constituíram ao longo dos anos, respeitadas as peculiaridades regionais e garantida a todos a salvaguarda constitucional.

Ciente de que o conceito mais comum de família esteja amparado na família nuclear que engloba o pai, a mãe e os filhos, não cabe ao operador do direito ignorar

que o conceito mais amplo de família muda de acordo com o tipo de sociedade e o momento histórico. Algo como aceitar o caminho “certo”, mas não julgá-lo único.

Dias (2011a, p. 21) entende que “[...] a entidade familiar está disposta em uma estruturação psíquica em que cada um ocupa um lugar e possui uma função (pai, mãe, filho) sem, no entanto, estarem necessariamente ligados por laços sanguíneos.”

A par desses conceitos iniciais, citem-se os princípios jurídicos constitucionais que norteiam o moderno direito de família.

2.1 Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988)

De acordo com o art. 1º, III, da CF/1988, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, correspondendo tal princípio a um núcleo máximo, a um superprincípio, símbolo do movimento de despatrimonialização ou repersonalização do Direito Privado (FACCHIN, 1996).

Por se tratar de uma cláusula geral, o princípio retromencionado não tem um conceito único e objetivo, cabendo a cada operador do direito, na análise de casos concretos, adequar a ideia de dignidade à postulação da ocasião, sendo muito utilizado no ramo do Direito de Família.

Sarlet (2005, p. 124) conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana como

[...] o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira entre quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.

Assim, entende-se que esse princípio constitui a base da entidade familiar brasileira, salvaguardando o pleno desenvolvimento e a afetividade entre os seus membros, sobretudo as crianças e os adolescentes.

2.2 Princípio da Solidariedade Familiar (art. 3º, I, da CF/1988)

Essa solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no sentido de constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

Tal entendimento está intimamente ligado ao instituto familiar, uma vez que inspira os seus membros a agirem solidariamente entre si, conforme se verifica nas obrigações alimentares, por exemplo, ressaltando-se a importância da solidariedade não apenas patrimonial, mas, sobretudo, afetiva e psicológica.

Dias (2011a, p. 64), em obra já citada, dispõe que nesse princípio

[...] ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegura-

dos, constitucionalmente, ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.

2.3 Princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da CF/1988)

Dispõe o dispositivo constitucional que “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Esse comando aduz de forma cristalina o princípio da igualdade entre os filhos, antes classificados em legítimos e ilegítimos, distinção não mais permitida no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Superada tal discriminação entre os filhos tidos, é de concluir-se pela total igualdade entre os filhos tidos dentro do casamento, da união estável, de relações fortuitas, considerando-se também como filhos os adotivos e fruto de inseminação artificial heteróloga ou homóloga. Em resumo, todos os filhos são iguais perante a lei, sendo inaceitável a utilização no mundo jurídico de qualificações como: filho espúrio, ilegítimo, adulterino ou bastardo.

Eis um exemplo cristalino de isonomia constitucional.

2.3 Princípio do maior interesse da criança e do adolescente (art. 227, caput, da CF/1988)

Com redação estabelecida pela Emenda Constitucional n. 65, de 13 de julho de 2010, dispõe o art. 227 da CF/1988:

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).

Essa proteção integral é tradução do *best interest of the child*, conceito extraído da Convenção Internacional de Haia, que visa à integridade física e emocional do ser humano em formação, sendo o direito observado sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente, obedecendo-se aos ditames que protegem esses menores.

2.4 Princípio da afetividade

Tema a ser tratado mais à frente neste trabalho, o princípio da afetividade já representa uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentando vários julgados recentes dos Tribunais Superiores no país.

Um dos casos mencionados cuidou do pedido de anulação de registro de nascimento nos casos de resultado negativo em exame de DNA, em que Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu que:

[...] o êxito em ação negatória de paternidade depende de demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar.
A pretensão voltada à impugnação da paternidade, continuou o relator, ministro Luis Felipe Salomão, não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

Assim, apenas a título de contributo à discussão reflexiva do tema, demonstra-se a importância que o princípio da afetividade vem ganhando recentemente nos debates civis e constitucionais, na medida em que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece que o reconhecimento “[...] de que a negatória de paternidade, prevista no art. 1601 do Código Civil, submete-se a outras considerações que não a simples base da consanguinidade”, nos termos do Relator do Recurso Especial, Ministro Luis Felipe Salomão. O número deste processo não é divulgado em razão de sigilo judicial. Importa afirmar que os laços familiares não são reconhecidos pura e simplesmente por meio dos *kits* de testes dos laboratórios ou de seus tubos de ensaio. Há outros vetores de cariz que transcendem a biologização ou a genetização da parentalidade e que são demarcados pela alteridade e pela socioafetividade.

A paternidade atualmente deve ser considerada gênero do qual são espécies a paternidade biológica e socioafetiva, conforme o que disse o Ministro Relator, Salomão. Segundo ele, as instâncias ordinárias julgaram corretamente o caso, ao negar o pedido do autor e reconhecer a paternidade socioafetiva.

Exsurge, assim, o princípio da afetividade, em relação ao qual Lôbo (2011) dispõe, com particular propriedade:

[...] não é petição de princípio, nem fato essencialmente psicológico ou sociológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza de família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade.

3 A filiação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002

Para o Código de Beviláqua, que entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 1917, ser sujeito de direito significava ser “sujeito de patrimônio”, que, para tanto, precisa comprá-lo, sendo em igual medida “sujeito do contrato”, bem como sujeito de família, recebendo o Código a designação de “Estatuto Privado do Patrimônio”, exatamente porque se coloca como a constituição do homem privado titular de um patrimônio, ideia projetada, em parte, para o Código Civil de 2002, que somente considerava a família constituída pelo matrimônio, conferindo-lhe uma roupagem “estreita e discriminatória”, conforme defendido por Dias (2011a).

Era uma família hierarquizada e de feições patriarcais, reflexo da incorporação de princípios morais que situavam o homem como o detentor do pátrio poder, ou seja, o responsável único pelos destinos da família (mulher e prole).

O Código Civil de 1916 mantém-se fiel à tradição e ao estado social, conservando a indissolubilidade do matrimônio, o regime de comunhão universal e a legítima. Essa supremacia do homem como cabeça do casal, para o Código de 1916, pode ser vista em diversos momentos. De acordo com o art. 233, incumbia ao marido a chefia da sociedade conjugal, sendo a mulher mera colaboradora com o marido no exercício dos encargos familiares, cumprindo a ela velar pela direção material e moral (art. 240). O casamento do menor de 21 anos necessitava do consentimento de ambos os genitores, mas havendo discordância prevalecia a vontade paterna. Posição privilegiada, por isso, da figura masculina na sociedade conjugal.

Além do que, uma das regras de maior discriminação, senão a pior, era a que considerava a mulher relativamente incapaz (art. 6º, II), levando ao entendimento de que o intuito do legislador era deixar a mulher, por sua fragilidade, sempre sob o comando masculino. Desse modo, muitas mulheres sequer chegaram a ser capazes durante toda a sua vida, pois como poderiam se casar a partir dos 16 anos e somente adquiririam a capacidade aos 21, aquelas que casaram antes dessa idade não chegaram a possuir a capacidade plena.

Havia diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos e entre naturais e adotivos. Nesse texto legal, patrimonialista por excelência, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimada ou reconhecida, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária (art. 377).

A Constituição Federal de 1988, conforme apontada em seção anterior deste artigo, promoverá mudanças consideráveis no âmbito do Direito de Família, ao positivar diversos fatos sociais que de há muito já se haviam legitimado no tecido social das relações intersubjetivas da sociedade nacional, conferindo igualdade entre os cônjuges e os filhos havidos dentro ou fora do casamento, bem como, reconhecendo outras possibilidades de núcleo familiar.

Atente-se, ainda, que a referida intelecção retirou as forças do Código Civil de 1916, perdendo este o seu papel de lei fundamental do Direito de Família, conforme salienta Facchin (1996, p. 67).

O Código Civil de 2002, Lei n. 10.406/2002, veio adequar o direito às evoluções sociais da sua época, tratando da família em título especial e estabelecendo regras para o direito pessoal e patrimonial que decorre das relações familiares, sempre ancorado nos preceitos constitucionais susmencionados.

O Código Civil de 2002 incorpora um capítulo específico a tratar dos Direitos da Personalidade, previsto entre os arts. 11 e 21, que consolidam a proteção da pessoa referendada na Constituição Federal, particularmente entre os seus arts. 1º e 5º, e que consagram, respectivamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia.

Assim, o Direito Civil, ao superar a ótica patrimonialista adotando uma dinâmica de valorização da pessoa humana, como titular de direitos personalíssimos, em um movimento de repersonalização, aponta como consequência direta a conclusão pela qual violar qualquer dos direitos da personalidade importa necessariamente em afronta à dignidade, de sorte que mesmo a proteção da propriedade se revela como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. O direito à identidade, à liberdade, à igualdade, à existência, à segurança, à honra, à vida privada e ao desenvolvimento da personalidade, bem como os bens jurídicos da vida, do corpo, do espírito e da capacidade criadora, todos se encontram representados na dignidade, próprio cerne de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

Outra importante alteração do novo Código Civil foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes tratava “Da Filiação Legítima”, e agora, com maior amplitude, trata simplesmente “Da Filiação”. Verifica-se, portanto, a grande influência do dispositivo constitucional que afasta qualquer designação discriminatória em relação à filiação no Brasil (art. 227, § 6º, da CF/1988), reproduzindo o art. 1596 do Código Civil o teor do Texto Constitucional.

Mais adiante, o novo diploma revisa os preceitos relativos à contestação do marido em relação à legitimidade do filho nascido da mulher, adequando tal entendimento à jurisprudência dominante do país.

Segue a norma codificada na defesa da igualdade entre os filhos, conferindo-lhes os mesmos direitos e qualificações, conforme ditado na Carta Magna brasileira.

Continua avançando nos aspectos da adoção, dispondo sobre o tema em relação às crianças e adolescentes, exigindo procedimento judicial em ambos os casos, entre outras inovações (GONÇALVES, 2009, p. 18).

Ressalte-se que o tema tratado neste trabalho fora citado oportunamente no texto codificado civilista, usando-se expressamente o termo “afetividade” em seu dispositivo 1584, parágrafo único, ocasião em que o legislador trata da proteção dos filhos nos casos de dissolução do vínculo matrimonial ou da sociedade conjugal, quando se deve priorizar, na hipótese de perda de guarda de seus genitores, a transferência da guarda do menor à pessoa que mantenha compatibilidade com a natureza da medida, considerando-se o grau de afinidade e afetividade com aquele. É o que preleciona Dias (2011b), diante do referido dispositivo do Código Civil de 2002.

Por fim, insta salientar que as alterações relativas ao Direito de Família, extraídas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, elucidam a função social da família no direito pátrio, sobretudo quando preceitua a igualdade absoluta entre os filhos e os cônjuges/companheiros, no que se refere ao exercício da guarda, da manutenção e da educação da prole, entre outros avanços.

4 O papel do afeto nas famílias contemporâneas

Muitas são as influências de ordem social, moral, econômica e política que demarcaram as transformações promovidas na tradicional noção de família, tendo

esse alargamento conceitual contribuído não somente para a garantia, mas também para o resgate da dignidade de um sem-número de pessoas.

Conforme discorre Dias (2011a, p. 21), “[...] o pluralismo das relações familiares – outro vértice da ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família.”

Hoje, essa família pode ser concebida por meio de um leque de variáveis intersubjetivas que não se esgotam no mero modelo matrimonial, podendo ser informal, homoafetiva, monoparental, parental, pluriparental, paralela ou eudemonista.

Entre tantas modificações e tantas novas espécies de famílias, podemos ventilar, inicialmente, um dos principais alicerces dessas famílias contemporâneas: o afeto.

Ainda que não referido explicitamente no Texto Constitucional, o afeto é o amálgama essencial das relações intersubjetivas familiares, desde sempre, quaisquer que sejam as formações culturais humanas, servindo como elemento coerentizador primordial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse norte, é oportuna a citação de Villela (1999) que, no tratado intitulado *Desbiologização da Paternidade*, aduz que o vínculo familiar se constitui, sobretudo, pelos laços de afeto em detrimento dos laços biológicos, e resume:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade.

Com base na ideia de que o vínculo afetivo tem peso maior do que o vínculo biológico para fins caracterizadores da paternidade, o jurista apontou uma nova forma de parentalidade civil, qual seja a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de pai.

Destarte, há que se ter em mente que o tema é novo e vem sendo enfrentado com cautela, uma vez que vai contra valores muito arraigados à tradição social no que diz respeito à paternidade. Por seu turno, Veiga (2012) afirma: “Os homens colhem hoje um benefício precioso, que é fruto do feminismo: a paternidade participativa [...] Ou seja, um pai de hoje pode ser pai de um jeito muito mais ativo.” Isso porque tratar de família, paternidade e afeto há algumas décadas poderia ser pura retórica. No entanto, hoje o tema é tratado com grande seriedade na academia.

A título de contributo, pode-se exemplificar que é essa Constituição a qual autoriza a conclusão de que uma madrinha que criou o afilhado por toda a vida formaria com ele uma família, apesar de não constar tal entendimento na interpretação literal do art. 226 da CF/1988, no entanto, o sistema constitucional não esgota as noções de família.

O questionável instituto da separação judicial que trazia a culpa como pressuposto, não permitia a separação por desafeto. A Emenda Constitucional n. 66 não apenas baniu a separação judicial, como autorizou que a falta de afeto, a base de uma relação familiar, seja suficiente para a dissolução do casamento.

Nesse diapasão, caminha o direito de família moderno, sem jamais banalizar a família, estabelecendo a premissa de que a família é um núcleo socioafetivo moldado pela afetividade, desautorizando o entendimento de que a união homoafetiva ou a paternidade socioafetiva, por exemplo, não são aspectos de família.

Nessa linha de intelecção, Lôbo (2011, p. 13) prossegue acerca do princípio da afetividade:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.

Tal entendimento corrobora o brocardo consagrado pelo senso comum segundo o qual pai é aquele que cria, uma vez que desatreia o caráter biológico do afetivo, constituindo maior importância às relações de afeto entre pais e filhos.

Diante do até aqui citado, verifica-se que o Direito de Família fincou sua base nas relações de afeto, não pelo ativismo judicial, que passou a deslindar questões de grande complexidade pautadas na lacuna da lei, mas porque os seres humanos são seres relacionais carentes da atenção e do cuidado do outro para que possam desenvolver plenamente suas potencialidades. Importa afirmar que muito antes da posituação da primeira norma do Direito de Família os seres humanos já se reuniam em grupos e em bandos para conviver e se reproduzir estabelecendo regras de convívio, e a base desse convívio, necessariamente, esteve e estará pautada no respeito e no afeto.

Esse princípio, conforme já analisado, acompanha *paripassu* a evolução do direito e não o inverso. Aplicável a todos os formatos familiares, o princípio constitucional da afetividade viabiliza a proteção estatal a todas essas entidades, construídas a partir dos laços afetivos.

Ainda que o termo afeto não conste de forma explícita na Constituição Federal de 1988, por diversas vezes verifica-se a relevância das relações afetivas, protegendo-se a família eudemista, que preza pela felicidade individual, em que o afeto figura como núcleo centralizador das relações interpessoais, conforme ensina Dias (2011b, p. 52).

Conforme Lôbo (2011, p. 127), existem quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade na CF/1988:

- a) a igualdade de todos os filhos independente da origem da filiação (art. 227, § 6º);

- b) a adoção como escolha manejada em razão do afeto, conferindo aos filhos adotivos os mesmos direitos dos filhos biológicos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) o reconhecimento do núcleo familiar formado somente por um genitor e seus filhos, ainda que sejam adotivos (art. 224, § 4º);
- d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*).

Ainda que a afetividade não conste claramente no Texto Constitucional, o que posiciona o legislador atrás de seu tempo, o princípio consignado vem sendo efetivado por vários tribunais brasileiros, munidos de teses jurídicas consolidadas a respeito do tema.

Observe-se, por exemplar, a postura de tribunais como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que definiu a competência dos juizados especializados de família para dirimir questões homoafetivas, determinando aos companheiros homoafetivos direitos de herança, entre outros. Como não extrair de tais decisões a influência do princípio da afetividade?

E, nesse diapasão, os tribunais vêm construindo uma história de justiça efetiva no que se refere às relações afetivas e aos direitos e deveres inerentes a esse princípio, conforme se depreende do pioneiro julgado do Tribunal de Alçada de Minas Gerais citado a seguir:

INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.” (Tribunal de Alçada do Estado de MG, Ap. Civ. N° 408.550-5, 7ª C. Civ., j. 01/04/04, Relator Juiz Unias Silva).

Em julgado recente, com grande impacto social, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em 24 de abril de 2012, de forma inédita, pela indenização decorrente de abandono afetivo cometido pelo pai contra sua filha.

Por certo que a decisão decorreu do princípio da afetividade, atrelado ao princípio matriz da dignidade da pessoa humana, uma vez verificado o dano irreparável causado pelo pai contra a sua própria filha, remetendo o fato aos escritos de Villela (1999), já citado ao longo deste trabalho, quando afirma que, a despeito dos laços biológicos, o que predetermina a paternidade/maternidade é o seu aspecto socioafetivo, e uma vez que este falte, nada mais coerente do que a aplicabilidade do instituto jurídico decorrente da responsabilização civil.

Ainda nessa linha de raciocínio, peço vênha para citar a ementa do julgado, anteriormente noticiado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2012).

Uma vez constatada a importância do princípio constitucional da afetividade para o cenário jurídico atual, sobretudo nas situações que envolvem direitos decorrentes de relações paterno-filiais, não cabe mais sustentar a viga familiar única e exclusivamente sobre o aspecto biológico, restando comprovado que o pequeno braço de rio no qual navega o afeto, deságua em mares constitucionais.

Conclusão

Ciente da importância dos princípios constitucionais da afetividade e da dignidade da pessoa humana, verificam-se maduros os argumentos para a defesa da família contemporânea pautada no afeto, bem como, para a adequação dos direitos da personalidade ao cenário atual.

Considerando-se que o afeto, além da esfera axiológica, é um direito fundamental da pessoa humana, esta não pode conviver sem a garantia do direito à vida, à honra, bem como, o direito a receber afeto, enquanto elemento constitutivo do homem.

Esse ser humano, que era uma pequena parte do Cosmo, hoje é um sujeito personalizado, ou seja, é detentor de uma personalidade que autoriza a representação de papéis jurídicos na sociedade, devendo-se sempre se considerar os avanços tecnológicos, sociais e científicos, que “planeterizam” a sociedade humana, transformando-a em uma aldeia global (SOUSA, 1995, p. 28).

Após a ideia do patrimonialismo atrelado à existência da pessoa, percebe-se um processo de repersonalização do direito, incluindo-se nisso o direito de receber

afeto, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico, conforme preleciona Bittar (2008, p. 71), quando trata do direito à vida, sendo o afeto um direito indissociável da condição vital.

Ante todo o exposto, e considerando que “[...] a personalidade vem sendo entendida mais como um valor jurídico ou como princípio do que atributo jurídico” (BORGES, 2007, p. 12), questiona-se qual seria esse valor, sobretudo, quando se trata de aspectos relacionados aos fetos humanos, tão complexos como, talvez, impossíveis de se viver impunemente.

Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. *Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO – Centro Universitário FIEO*, Osasco, ano 6, n. 1, p. 145-168, jan./jun. 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido – Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade – A busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BORGES, Roxana C. Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.159.242 – SP (2009/0193701-9)*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 24 abr. 2012. Brasília, DF, 24 abr. 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 20 maio 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa; KLEVENHUSEN, Renata Braga. Pluriparentalidade e as possibilidades principiológico-normativas na delimitação de critérios à aferição da paternidade. *Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, 2008.
- CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. 1. ed. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre... o direito das famílias*. Obras. 23 mar. 2011a. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 25 ago. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

FACCHIN, Luiz Edson. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FROMM, Erich. *Análise do Homem*. Tradução Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOGMANN, Edna Raquel. O Direito Personalíssimo ao Nome e a Questão do Sub-Registro. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. *Anais eletrônicos...* Maringá, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/04_1019.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2010.

LIMA VAZ, Henrique Claudio. *Escritos de Filosofia V: Introdução à Ética Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de Família na Constituição de 1988*. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). São Paulo: Saraiva, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, 24 mar. 2004. Disponível em: <www.ibdfam-al.org.br>. Acesso em: 18 nov. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>>. Acesso em: 13 out. 2011.

MÉSZÁROS, I. *A teoria da alienação em Marx*. Tradução Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2006.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. AC n. 408.550-5. Apelante: Alexandre Batista Fortes (Menor púbere assist. por sua mãe). Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Juiz Unias Silva. Sétima C. Civ. *Apase*, Belo Horizonte, 01 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/83007-danomoral.htm>>. Acesso em: 20 maio 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família – Uma abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Lisboa: Coimbra, 1995.

SZAVIAVWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 2005.

VEIGA, Francisco Daudt de. *Abril*, Rio de Janeiro. Disponível em: <www.lolamag.com.br>. Acesso em: 20 maio 2012. Entrevista.

VILLELA, João Baptista Villela. *Repensando o Direito de Família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1979.

Data da submissão: 09 de novembro de 2012
Avaliado em: 05 de abril de 2013 (Avaliador A)
Avaliado em: 26 de junho de 2014 (Avaliador B)
Aceito em: 17 de novembro de 2014