



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA GABRIELA INACIO LEITE

**A AFETIVIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO NORTEADOR NO ÂMBITO DO
DIREITO DE FAMÍLIA**

Juazeiro do Norte
2020

MARIA GABRIELA INACIO LEITE

**A AFETIVIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO NORTEADOR NO ÂMBITO DO
DIREITO DE FAMÍLIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Dr. Leão
Sampaio, como requisito para a obtenção do
grau de bacharelado em Direito.

Juazeiro do Norte
2020

MARIA GABRIELA INACIO LEITE

**A AFETIVIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO NORTEADOR NO ÂMBITO DO
DIREITO DE FAMÍLIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para obtenção de grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

ALYNE ANDRELYNA LIMA ROCHA CALOU
Orientador(a)

JOSEANE DE QUEIROZ VIEIRA
Avaliador(a)

DANIELLY PEREIRA CLEMENTE
Avaliador(a)

A AFETIVIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO NORTEADOR NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Maria Gabriela Inácio Leite¹

Alyne Andrelyna Lima Rocha Calou²

RESUMO

O presente trabalho explorará, através de revisão bibliográfica, o desenvolvimento da família no decorrer dos tempos, observando as peculiaridades desta instituição desde sua origem até hodiernamente. Busca-se com este trabalho delinear como este instituto se modificou ao longo da história e como o direito vem acompanhando esta transformação, à medida que perante o advento das novas organizações familiares, se faz imprescindível que a ciência jurídica passe a oferecer tutela adequada para garantir a efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados. Diante de tal desenvolvimento, a afetividade passa a ser o elemento central na constituição dos núcleos familiares, o que faz necessária uma nova interpretação dos dispositivos legais já positivados para que não se possibilite interpretá-los de forma que se limite a proteção jurídica já anteriormente ofertada. Nesse interim pretende-se no presente trabalho identificar as consequências da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, através do mapeamento de seu reconhecimento como princípio orientador no sistema normativo, bem como detectar os novos contornos da família contemporânea, surgidas em razão desse reconhecimento da afetividade como princípio, apresentando por fim as consequências da aplicação da afetividade como princípio orientador em algumas decisões sobre litígios de família nos tribunais brasileiros.

Palavras-chaves: Direito de Família; Princípios Jurídicos; Afetividade.

ABSTRACT

The present work will explore, through bibliographic review, the evolution of the family over time, observing the peculiarities of this institution from its origin to today. This work seeks to delineate how this institute has changed throughout history and how the law has been accompanying this transformation, as before the advent of new family organizations, it is essential that the legal science starts to offer adequate tutelage to guarantee the enforcement of constitutionally guaranteed rights. In the face of such a development, affection becomes the central element in the constitution of family nuclei, which makes it necessary a new interpretation of the legal provisions already positive so that it is not possible to interpret them in a way that limits the legal protection previously offered. In the meantime, the present work intends to identify the consequences of affectivity in the Brazilian legal system, through the mapping of its recognition as a guiding principle in the normative system, as well as detecting the new contours of the contemporary family, arising from this recognition of affectivity as a principle, finally presenting the consequences of applying affectivity as a guiding principle in some decisions on family disputes in Brazilian courts.

Keywords: Family right; Legal principles; Affectivity.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Doutor Leão Sampaio. E-mail: gabyinacio_leite@hotmail.com

² Professora pelo Centro Universitário Doutor Leão Sampaio. E-mail: alynerocho@leaosampaio.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da inserção da afetividade enquanto princípio orientador do direito de família brasileiro, ao passo que diante da constante mutação social tem-se o surgimento de novas problemáticas no que se refere às relações humanas, principalmente quando se trata de questões familiares. Em razão desse dinamismo os modelos familiares tradicionais deixaram de figurar como prevaletentes na sociedade.

Frente a isso, a afetividade surge como regra que tem o condão de orientar o direito de família, razão pela qual as novas entidades familiares, pautadas neste novo padrão de conduta, estendem-se para além do modelo de família patriarcal que durante muito tempo predominou como sendo o único juridicamente tutelado, normalmente formado pelo marido, sua esposa e os filhos havidos desta união.

Em vista disso, necessário se faz reafirmar a aplicabilidade da afetividade enquanto princípio no sistema jurídico brasileiro, visto que este não busca simplesmente a tutela de sentimentos, e sim a valoração de fatos concretos que compreendem o cuidado, o respeito, e a convivência, sendo estes importantes para o direito de família, e que vem contribuindo para a renovação desta disciplina, em razão do papel de fundamento basilar que a afetividade vem assumindo das relações familiares.

Assim, objetiva-se com esse trabalho identificar as consequências da admissão da afetividade na sistemática jurídica brasileira observando como tal princípio é utilizado pela jurisprudência para delinear os novos contornos do Direito de família.

Para tanto inicialmente se fará um breve delineamento histórico da família, elencando as principais nuances desta instituição surgida desde os primórdios da sociedade, até o advento do texto constitucional de 1988, o qual se apresenta como marco histórico desta transformação.

Abordar-se-á em seguida os novos modelos familiares, os quais depois da promulgação do texto constitucional de 1988, este que inaugurou uma nova ordem interpretativa de todo o sistema jurídico, passou a tutelar, ainda que de modo tímido, e de maneira implícita, situações que até então eram excluídas da proteção jurídica.

Por fim serão apresentadas breves ponderações sobre a afetividade como princípio orientador no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando algumas decisões sobre litígios de família nos tribunais brasileiros, que trazem a afetividade como preceito orientador para tais questões.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho busca abordar a temática na forma de pesquisa bibliográfica, a qual como bem destaca Prodanov (2013, p. 54), “(...) é elaborada a partir de material já publicado (...)”. Tendo como campo de estudo as ciências sociais aplicadas, voltada ao ramo do Direito Privado, em especial ao Direito de família, no qual será abordada a questão do reconhecimento da afetividade como princípio jurídico orientador do ordenamento jurídico brasileiro e quais as consequências que esse reconhecimento traz para este campo.

Utiliza-se para a consecução deste trabalho, uma abordagem qualitativa, à medida que busca investigar e compreender as relações humanas em determinadas condições e frequências no contexto social em relação à temática empregada, não buscando esta “(...) utilizar dados estatísticos como o centro do processo de análise de um problema, não tendo, portanto, a prioridade de numerar ou medir unidades” (PRODANOV, 2013, p. 70). Partindo de um estudo exclusivamente teórico, tem-se uma pesquisa de natureza básica, a qual objetiva gerar conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista, através de pesquisa bibliográfica, “modalidade de pesquisa inclui material impresso, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos” (GIL, 2002, p.29).

Além disso, tem como forma a se seguir o método exploratório, que de acordo com Gil (2002, p. 41) “têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses [...]. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado”, e explicativo, no qual se busca identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência do fenômeno estudado sem interferência do pesquisador e para realização deste, será utilizado um amplo estudo bibliográfico da doutrina respeitante ao direito de família.

3 DELINEAMENTO HISTÓRICO DA FAMÍLIA

Ao pensarmos em família nos vem à mente um pequeno grupo de pessoas, geralmente unido por laços de consanguinidade e, habitualmente, formado por um casal e seus filhos. Em razão dessa imagem, qualquer outra forma de relação passa a ser ignorada, sendo muitas vezes vista com estranheza pela sociedade. Gil (2019) destaca que a família pode ser definida como a organização social presente em todas as sociedades, na qual seus membros estão unidos em grupos que contribuem entre si na intenção de garantir a reprodução e o cuidado

com as crianças, apontando ainda que as famílias são formadas por laços de consanguinidade, pelo casamento ou por meio da adoção.

Nos dizeres de Silva (2016), a origem etimológica da palavra deriva do latim *famel* (escravo, doméstico), sendo geralmente empregada, em sentido restrito, como a sociedade conjugal, que compreende unicamente os cônjuges e sua prole, constituindo-se pelo casamento. Esse conceito, ao longo da história, sofreu várias alterações de ordem social e cultural, ao passo que essa definição passa diariamente a ser reescrita em razão do surgimento de novos enquadramentos que reformularam a antiga visão do Direito de Família. Nas palavras de Nader (2016, p.3), a família é uma associação comum, integrada pela união de mais de uma pessoa com a intenção de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Uma instituição social anterior ao Estado, e até mesmo anterior à religião e também ao Direito que hoje a regulamenta, a família descrita por Engels (1984) no estado primitivo das civilizações era grupo familiar formado não por relações individuais, pois as relações sexuais aconteciam entre todos os membros que participavam da tribo, apontadas pelo autor como sendo sem entraves, visto que vigorava àquela época a promiscuidade das relações, de modo que o incesto também é apontado como prática comum nas sociedades primitivas. Neste mesmo sentido, Pereira (2019) aponta o grupo familiar “poliândrico”, onde se tinha a presença de vários homens para uma só mulher ou ainda o matrimônio por grupo, caracterizado pela união coletiva de algumas mulheres com alguns homens.

Essa promiscuidade que predominava nas tribos pré-históricas deu lugar à união monogâmica, transição essa que demonstra a mutabilidade do comportamento humano, resultado da transformação acrescida da intervenção do meio. O regime monogâmico foi uma criação humana, verificada ao longo do tempo e de forma extremamente demorada, haja vista que não havia a condição de exclusividade do matrimônio àquela época. Nesse sentido, assevera Engels (1984, p. 31) que:

O estudo da história primitiva revela-nos, ao invés disto, um estado de coisas em que os homens praticam a poligamia e as suas mulheres a poliandria, e em que, por consequência, os filhos de uns e outros tinham que ser considerados comuns. É este estado de coisas, por seu lado, que, passando por uma série de transformações, resulta na monogamia. Essas modificações são de tal ordem que o círculo compreendido na união conjugal comum, e que era muito amplo na sua origem, se estreita pouco a pouco até que, por fim, abrange exclusivamente o casal isolado, que predomina hoje.

Tal cultura foi rompida com o advento da Antiguidade. Nessas civilizações se tem a organização familiar fundada no patriarcado e, conforme destaca Nader (2016), a família se baseava pela religião cultuada, a prole era concebida para dar continuidade ao culto, ao passo que, pelo casamento, a mulher deixava de adorar os deuses de sua família e adotava a religião do marido, desligando-se de sua família de origem. A organização da estrutura familiar dos indivíduos era pautada nos laços de religiosidade, que conectava diferentes pessoas e gerações em um vínculo que atualmente se definiria como família.

Coulanges (2006) evidencia que a religião que unia os membros da família antiga os tornava um só corpo nesta e na outra vida, fato pelo qual a estrutura familiar mais se aparentava com uma associação religiosa. As tradições religiosas possuíam enorme valor para os povos e seus descendentes eram obrigados a perpetuarem o culto à divindade escolhida por aquele grupo. Nesse contexto, tal instituição é essencial para a perpetuação do culto familiar e tem como base o poder paterno ou poder marital no qual o *pater* era responsável por dirigir o culto.

Desse modo, para os romanos o termo família era entendido como conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo do parentesco e era empregado em dois diferentes sentidos: em sentido amplo, era compreendido como o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e cujo poder a ele pertencia se estivesse vivo; já em sentido estrito, era utilizado para caracterizar a coletividade de pessoas que estavam sob o poder do *pater familias* (ALVES, 2019).

Venosa (2019) destaca que ao longo dessa época da história da humanidade a família era compreendida como um grupo de pessoas que habitavam o mesmo lar, evidenciando a importância dada a figura masculina, visto que o ritual de adoração aos antepassados era presidido sempre pelo homem e, em razão disso, havia a necessidade desse poder paterno para realizar tais rituais, sob pena de a família cair em desgraça caso não houvesse esse descendente homem para continuar o culto familiar.

Todavia, conforme destaca Carvalho (2019, p. 40), o direito romano, a partir do século IV, “acolheu a concepção cristã da família, assumindo cunho de sacramento indissolúvel, que prevaleceu sobre a religião doméstica, com suas preocupações de ordem moral, reduzindo em parte a autoridade do *paterfamilias*”. Manteve-se nesse período a importância do aspecto religioso, todavia preponderava também os interesses econômicos, patrimoniais e sociais, que exerciam certa influência nas decisões tomadas dentro do lar. O casamento continuava sendo o único meio aceitável para a constituição familiar, todavia agora esta instituição não mais

visava à concretização do culto, mas à obtenção de propriedade e, a partir desta união, com o nascimento dos filhos era possível aumentar a força de trabalho.

Tendo sua origem vinculada ao Direito Canônico, o casamento, que pelo cristianismo foi concebido como sacramento, tinha a indissolubilidade e a sacralidade como característica. Era através deste que homem e mulher se unem perante as bênçãos do céu, tornando-se um só ser física e espiritualmente (*caro una*, uma só carne), e de forma inseparável (*quos Deus coniunxit, homo non separet*) (PEREIRA, 2019).

Nesse sentido se percebe que a família era considerada uma verdadeira instituição, a qual, formada pelo casamento, era merecedora de proteção, visto que este ato era única forma de constituição da chamada família legítima, ao passo que os demais modelos de entidades familiares e os filhos que não fossem havidos na constância do casamento, eram considerados ilegítimos, não sendo dignos de proteção pelo ordenamento jurídico.

Dessa característica de imperiosidade atribuída ao casamento, percebe-se a própria justificativa para a sua indissolubilidade, ao passo que o fim dessa união representaria, do ponto de vista religioso, uma afronta aos mandamentos da igreja, e do ponto de vista econômico, perder-se-ia as condições básicas para a obtenção patrimonial, visto que, com a possibilidade de dissolução do vínculo, haveria o risco de não se ter filhos suficientes para que se constituísse a força de trabalho necessária. Do mesmo modo se afigura a questão da impossibilidade de reconhecimento dos filhos ilegítimos, posto que tal reconhecimento geraria uma divisão patrimonial, o que diminuiria a parte destinada aos filhos legítimos (ALMEIDA E RODRIGUES JR., 2012).

No contexto jurídico brasileiro a influência da Igreja pode ser percebida pelo fato de que, durante as Ordenações Filipinas, o casamento achava-se fundamentalmente ligado à Igreja conforme a estabelecida doutrina do Concílio de Trento, não tendo sido tratado pela Constituição de 1824. Somente com o Decreto 181, de 1890, houve a regulamentação do casamento civil, fato que retratou a separação entre Estado e Igreja, que somente se verificou com o surgimento da República (TEPEDINO, 2020).

O referido decreto tratava do divórcio consensual e litigioso, todavia essa separação não rompia o vínculo conjugal, apenas autorizava a separação indefinida dos corpos e fazia cessar o regime dos bens como se o casamento fosse dissolvido. Entretanto, o mesmo decreto permitia a reconciliação dos cônjuges a qualquer tempo, neste caso não havia o restabelecimento do regime de bens, os quais uma vez partilhados seriam administrados de forma livre pelo seu titular, não sendo necessária a autorização do outro (arts. 80, 88 e 89 do Decreto n. 181/1890)

A Constituição Federal de 1891 sustentou a imprescindibilidade do casamento civil, sendo este o único reconhecido pelo Estado. Assentava o texto constitucional, em art. 72, § 4º, que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Lôbo (2017) leciona que essa exclusividade do casamento civil se dá em razão da intenção do Governo Republicano de efetivar a política de transformação da vida privada, ao passo que sendo o casamento civil o único meio reconhecido pelo governo para se constituir família, os adeptos das mais variadas religiões deviam adotá-lo.

Partilhando os mesmos princípios do Decreto n. 181/1890, o Código Civil de 1916 manteve exclusivamente o casamento civil como única forma de constituir família, não reconhecendo assim o casamento religioso. Situação que permaneceu até a Constituição de 1934 que, em seu art. 146, atribuía ao casamento religioso os mesmos efeitos do civil (CARVALHO, 2019).

O Código tratava ainda do divórcio, todavia o vocábulo foi substituído pelo termo desquite que foi considerada mais apropriada à época, já que no Brasil a dissolução do vínculo conjugal não era admitido como nas legislações estrangeiras. A expressão era utilizada no Código para indicar a fim da sociedade conjugal, pela separação de corpos e bens dos cônjuges, sem, no entanto, dissolver o vínculo matrimonial (SILVA, 2016)

As Constituições seguintes de 1934, 1937 e 1946 reiteraram a indissolubilidade do casamento, o qual, somente com a Constituição de 1967, que teve o § 1º do art. 175 alterado pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, passou a dispor que:

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à prestação dos Poderes Públicos.

§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, denominada Lei do Divórcio, regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Essa Lei conforme destaca Almeida e Rodrigues Jr. (2012) simbolizou o início de uma crescente desconstrução da severidade normativa no que dizia respeito ao direito de família, demonstrando o reconhecimento do equívoco em sintetizar a percepção da família apenas segundo a concepção religiosa.

Todavia somente com o advento da Constituição Federal de 1988, que contemplou expressamente outras formas de constituição da família, a partir de uma visão mais inclusiva. A instituição família foi remodelada com o texto constitucional, o qual deu destaque aos princípios e direitos conquistados pela sociedade, ao passo que o modelo de família

tradicional deixou de ser o único admitido e digno de proteção pelo direito e passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar, o qual, em conformidade com o artigo 266, transforma-se numa comunidade construída com base na igualdade e no afeto.

4 OS NOVOS CONTORNOS DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

O texto constitucional de 1988 dispõe, em seu artigo 226 da Constituição Federal, que a família é a base da sociedade e em razão disso tem especial proteção do Estado, não definindo, todavia, forma específica que se caracterize como modelo a ser seguido para a constituição da família. Calderón (2017, p.6) aponta que “as extensas e profundas transformações ocorridas no decorrer do século XX viabilizaram a explicitação social de diversas formas de relacionamentos interpessoais”, ao passo que o modelo tradicional de família que predominou por muitos séculos, deu lugar a um “leque de padrões distintos de núcleos familiares” (MADALENO, 2019, p.18).

A aceção de família transformou-se ao longo dos tempos, principalmente em razão de mudanças sociais que acarretaram novas situações merecedoras de tutela por parte do Estado. Atualmente a família é concebida não apenas pela determinação biológica, visto que, em razão da inserção da afetividade como princípio do direito de família, percebe-se a mudança nesse ramo jurídico, de modo que sua centralidade sai da família, como instituição, para o sujeito, como pessoa.

O direito de família assume como interesse primordial a realização existencial de cada um dos integrantes da instituição. A família deixa de ser uma instituição formada com o intuito de perpetuar suas crenças e passa a ser uma organização plural e pautada na afetividade, sendo uma real ferramenta para a satisfação afetiva das pessoas (CALDERÓN, 2017).

A Carta Magna de 1988 rompeu a ideia da família patriarcal como sendo a única aceita. Tal concepção foi construída tendo como base a família monogâmica, parental, onde prevalecia a figura paterna como autoridade e sua organização era baseada na aquisição patrimonial, que, durante boa parte da história, reinou absoluta na sociedade brasileira (MADALENO, 2019).

Não se tem mais a idealização do vínculo familiar voltado meramente para a função reprodutiva, a existência do vínculo afetivo se apresenta como essencial na constituição daquilo que se entende por família, ao passo que o próprio texto constitucional passa a tutelar não apenas aqueles modelos familiares expressamente previstos em seu texto, como também,

os mais diversos núcleos familiares formados com base no afeto e na comunhão de vida. O modelo patriarcal de família, adotado pela legislação civil brasileira desde a Colônia até boa parte do século XX, o qual era pautado em interesses de ordem econômica, perdeu o sentido e, de acordo com Lôbo (2017, p. 17):

(...) a família — para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos — não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Contribuiu para a perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares.

A instituição formada com intuito na aquisição de patrimônio deu lugar, com a introdução dos valores pela Constituição de 1988, a uma nova família desencarnada do elemento biológico, que cedeu lugar aos vínculos psicológicos do afeto, visto que a sociedade contemporânea tem ciência de que os valores como a educação, o afeto e diálogo tem muito mais importância na formação do ser, que o vínculo hereditário (MADALENO, 2019).

Apesar de o texto constitucional somente se referir a três modelos de família (família por casamento, união estável e família monoparental), Tartuce (2019, p. 1074) destaca que “tem prevalecido, na doutrina e na jurisprudência, especialmente na superior (STF e STJ), o entendimento de que o rol constitucional familiar é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*)”. Adotando esse entendimento, são admitidas outras manifestações familiares visto que em razão da preponderância, no ordenamento pátrio, do princípio da dignidade da pessoa humana, que induz ao princípio da pluralidade das formas de família, se pode aduzir que o número de modelos de família é aberto (DONIZETTI, 2019).

A compreensão dos novos modelos familiares é extraída do próprio texto constitucional, o qual estabelece no seu artigo 1º, inciso III, a dignidade humana como valor fundamental da República, o qual pode também ser reconhecido como a cláusula geral de tutela da personalidade, posto que este princípio, conforme bem destaca Tepedino (2019, p. 3), “impede que se admita a imposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família”.

Diante da forte principiologia que orienta o direito de família, necessário se faz explicar algumas entidades familiares que não constam previstas expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de evidenciar a aplicabilidade do princípio da pluralidade das entidades familiares, o qual, mesmo não explícito no texto constitucional,

pode ser extraído da leitura dos artigos 1º, III, que elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e do art. 3º, IV, que proíbe a discriminação, dispositivo do qual se extrai que necessariamente não se pode rejeitar nenhuma entidade familiar.

Pode-se assim concluir que não existe conceito absoluto daquilo que pode vir a ser considerado como família, ao passo que, conforme destaca Tepedino (2019, p. 29), “a família, além de ser conceito em mutação constante, projeta-se em variados modelos, insuscetíveis de redução à enumeração taxativa”. Do artigo 226 do texto constitucional extrai-se três modelos de família: a família matrimonial (art. 226, §§ 1º e 2º), a família por união estável (art. 226, § 3º) e a família monoparental (art. 226, § 4º). Todavia, diante da admissão de outras manifestações familiares, necessário se faz apresenta-las aqui.

Formada pelo casamento, a família matrimonial, conforme destaca Donizetti (2019, p. 905), se trata de um “agrupamento conjugal por excelência, mas que, em geral, é também parental. Ou seja, cuida-se do marido, da mulher e dos filhos”. Como elemento característico desse modelo familiar se tem o casamento, ato que, segundo a definição apontada por Nader (2016, p. 41), é “negócio jurídico bilateral que oficializa, solenemente, a união exclusiva e por tempo indeterminado de duas pessoas de sexo distinto, para uma plena comunhão de interesses e de vida”, destacando ainda que a importância deste ato se origina do significado que tradicionalmente era atribuído a família.

Madaleno (2019), ao tratar da família matrimonial, destaca que a descendência legítima somente era possível com o casamento, ato sacramentado pela igreja através do qual homem e mulher uniam-se em um só corpo e espírito perante Deus, e em razão do qual os filhos havidos desta união eram presumidamente conjugais, não sofrendo este qualquer discriminação, diferentemente do que acontecia com os filhos ilegítimos.

Ocorre que esse modelo de família, com o passar dos tempos deixou de figurar como único que merecia tutela por parte do Estado tendo vigorado até a Constituição de 1988, a partir da promulgação do texto constitucional, passou-se a admitir outros dois modelos de família.

Com o advento da Carta Federal de 1988, o até então intitulado concubinato foi elevado à condição de entidade familiar, passando a ser conhecido pela expressão de união estável. Donizetti (2019, p. 906) destaca que este modelo de entidade familiar formado pela união estável “se caracteriza pela união de duas pessoas que optam por não se submeter à ingerência do Estado em sua convivência, por meio do casamento”.

Reconhecida pelo texto constitucional em seu art. 226, §3º, a união estável, conforme destaca Venosa (2020, p. 9) “foi à resposta hodierna à evolução, não podendo mais ser tratada

como uma entidade marginalizada”, visto que como não existia divórcio no Direito brasileiro àquela época, ela serviu como válvula de escape para quem, desquitado, não podia casar novamente em razão de o casamento ser considerado um vínculo vitalício e indissolúvel.

Formado por apenas um dos pais e seu filho ou filhos, seja em razão da morte do outro, ou de separação do casal, de divórcio ou simplesmente de abandono, a família monoparental é reconhecida pela Constituição Federal como entidade familiar (art. 226, § 4º). Segundo Madaleno (2019, p. 5):

As causas desencadeadoras da monoparentalidade apontam para a natalidade de mães solteiras, inclusive por técnicas de inseminação artificial, até mesmo *post mortem* e motivos ligados a uma prévia relação conjugal (não necessariamente oriunda do casamento, mas da conjugação de interesses em uma vida comum), com separação de fato, separação legal, divórcio, nulidade ou anulação do casamento, ou viuvez.

Apesar de expressamente reconhecida pelo texto constitucional, não existe qualquer dispositivo na legislação infraconstitucional que discipline questões referentes a este modelo familiar, embora o conjunto de normas de direito de família, ao que parece seja suficiente para elucidar as dificuldades práticas deste modelo familiar (VENOSA, 2020).

Configurada pela ausência de alguém que ocupe a posição de ascendente, a família anaparental, que, conforme aponta Sérgio Resende de Barros (2020, p. 5):

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

Tal entidade familiar, de acordo com Donizetti (2019, p. 215), “pode se caracterizar por diversas formas de agrupamento: irmãos com irmãos, irmãos com primos, primos com primos, tios com sobrinhos, avós com netos, amigos, sogros com genro ou nora etc.”. Pode-se ilustrar a aplicação de tal conceito através do julgado do STJ, que entendeu que o imóvel pertencente a duas irmãs solteiras era impenhorável, pois constituía bem de família, pelo fato delas formarem uma família:

EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AO IMÓVEL QUE SERVE DE MORADA AS EMBARGANTES, IRMÃS E SOLTEIRAS, ESTENDE-SE A IMPENHORABILIDADE DE QUE TRATA A LEI 8.009/90.0 (STJ - REsp: 57606 MG 1994/0037157-8, Relator: Ministro FONTES DE ALENCAR, Data de Julgamento: 11/04/1995, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 15.05.1995 p. 13410 RSTJ vol. 81 p. 306, DJ 15.05.1995 p. 13410 RSTJ vol. 81 p. 306).

Todavia, apesar de já ter o Superior Tribunal de Justiça reconhecido no presente julgado a existência desse modelo familiar, ainda não existe sobre ele disciplina legislativa no Brasil.

A família reconstituída é apontada por Madaleno (2019, p. 6) como “a estrutura familiar originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, em que um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente”. Este modelo familiar é de tal diversidade até mesmo na designação, sendo utilizadas as expressões família reconstruída, família recomposta, família pluriparental, família binuclear.

Donizetti (2019, p. 914) aponta que as possibilidades de formação deste modelo familiar são múltiplas:

(...) um dos companheiros era casado, e, o outro solteiro; ambos eram casados; um era casado e o outro vivia em união estável; ambos viviam em união estável; um vivia em união estável e o outro era solteiro; ambos têm filhos de relacionamento anterior, ou apenas um tem; há ou não filhos comuns.

A legislação em vigor nada dispõe acerca da disciplina deste modelo familiar, fato pelo qual podem surgir diversas questões no que diz respeito aos direitos e deveres atribuídos a pais e filhos em razão do vínculo interno gerado pela convivência, ao passo que fica a cargo da jurisprudência garantir o adequado cumprimento das funções familiares.

A expressão família paralela (ou família simultânea) é utilizada para se referir às famílias formadas pela união conjugal de uma pessoa casada ou que vive em união estável com uma terceira pessoa. Em um entendimento literal do Código Civil, percebe-se que tal diploma afasta esse modelo familiar, seja proibindo pessoas casadas de se casarem (CC, art. 1.521, VI) ou de viverem em união estável (CC, art. 1.723, § 1º), seja estabelecendo que a união de pessoas com impedimento para casamento caracteriza-se concubinato (CC, art. 1.727), atraindo a disciplina do direito obrigacional, seja fixando deveres de fidelidade para o casamento (CC, 1.566, I) e de lealdade para a união estável (CC, art. 1.724) (TEPEDINO, 2020).

Apesar destas previsões legais, a realidade aponta a existência de famílias simultâneas na sociedade, situação esta que o direito não consegue contornar. Razão pela qual se faz necessário que se estabeleça, pela ciência jurídica, mecanismos hábeis para proteger aqueles envolvidos neste modelo familiar (DONIZETTI, 2019).

Formada por pessoas do mesmo sexo, unidas por um vínculo conjugal, a família homoafetiva se trata de um modelo extremamente condenado ao longo da história em razão do preconceito com relação à homossexualidade.

Entretanto em razão a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988) como fundamento da República, e da vedação de toda e qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, da CF) como um de seus objetivos, essa entidade familiar foi a que mais recebeu atenção da doutrina e da jurisprudência nos últimos tempos, visto que mesmo não tendo o constituinte se referido expressamente ao modelo homoafetivo como entidade familiar, tendo apenas feito referência à união estável “entre homem e mulher” (art. 226, § 3º, da CF), a família formada pela união de pessoas do mesmo sexo deve receber do Direito e do Estado todo o reconhecimento, em razão dos já mencionados princípios basilares da República Federativa do Brasil.

Mediante um intenso trabalho jurisprudencial, apesar de não expressamente previsto na legislação, hoje já se tem o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, sendo tal reconhecimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, onde o Tribunal interpretou o art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição, entendendo-se que as entidades familiares não se restringem àquelas formadas por pessoas de sexos diversos. O STJ também adotou tal orientação entendendo ser possível não apenas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como também o casamento, como ato formal:

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os ‘arranjos’ familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. (STJ, 4ª T., REsp 1183378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 25.10.2001, publ. DJ 01.02.2012.)

Caracteriza-se a família poliafetiva ou união poliafetiva como o núcleo conjugal formado por mais de dois conviventes, como, por exemplo, um homem e duas mulheres, ou duas mulheres e um homem. Tem-se esse modelo familiar em decorrência da relação afetiva de mais de duas pessoas, as quais optam por viver sob o mesmo teto de forma consentida, situação que no passado era vista como desprezível e socialmente desonrada.

Esse tipo de união, ainda não muito adotada no Brasil, também não pode ser objeto de discriminação visto que a República Federativa do Brasil é fundada sobre a base da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), tendo traçado como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação (art. 3º, IV). Apesar de o Plenário do CNJ, em 26 de junho de 2018 ter decidido que os cartórios não podem lavrar escrituras públicas de união estável poliafetiva, Donizetti (2019, p. 919) destaca que “não se encontra no ordenamento nenhuma norma que repute nulo o ato notarial de lavratura de uma escritura pública de união estável simplesmente por terem três pessoas declarado viver em tal situação”.

O Estatuto da criança e do adolescente reconhece a existência de três espécies de família: a natural, a extensa e a substituta. O art. 25 define família natural como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. O parágrafo único do referido dispositivo traz a definição de família extensa ou ampliada como sendo “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Já o art. 28 do referido estatuto trata da família substituta, situação da qual Madaleno (2019, p. 15) aponta que:

Embora o artigo 28 do ECA não descreva o conceito de família substituta, ela está representada pelos pais que se cadastram de forma unilateral ou bilateral, quando casados ou vivendo em união estável, como candidatos à adoção, aguardando adotados e adotantes a longa espera que sempre envolve essas demoradas trajetórias rumo à adoção.

Vale destacar ainda a família eudemonista, conceito que é utilizado para identificar a família pelo seu vínculo afetivo. Nas palavras de Maria Berenice Dias, citada por Madaleno (2019, p. 15), “o termo é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros”.

Percebe-se, a partir da explanação desses modelos de família, com o advento do texto constitucional de 1988 e da interpretação do ordenamento jurídico à luz da Carta Magna, a família passou a ser considerada a partir dos laços afetivos nutridos entre os seus membros, não sendo possível numerar de forma taxativa os mais diversos conceitos deste núcleo, ao passo que, diante da constante mudança que permeia a sociedade, o surgimento de novos modelos familiares não está esgotado, cabendo assim ao Direito promover a tutela das mais variadas formas de relacionamento familiar.

5 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O moderno conceito de família adotado atualmente e que se pauta na afetividade é consequência das diversas transformações sociais ocorridas ao longo dos tempos. Percebe-se profundas alterações no que diz respeito a esse instituto, visto que a família é uma construção da sociedade formada através de regras culturais, jurídicas e sociais. Frente a essa constante transformação da sociedade, tem-se a origem de novos costumes. Tais alterações sociais requerem e influenciam novas interpretações e transformações, gerando também mudanças na esfera jurídica.

No que diz respeito ao Direito de família, o advento da Constituição de 1988, conforme explana Tepedino (2020, p. 2), “alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família”. A concepção de família, antes pautada no modelo patriarcal que excluía da tutela jurisdicional todas as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não fossem havidos na constância do casamento, passa a ser fundada na afetividade, sendo esta compreendida como elemento essencial para o desenvolvimento e estruturação da família contemporânea e, em razão disso, essa instituição modernamente não se justifica sem a existência do afeto, fato pelo qual, todas as espécies de vínculos ancorados no afeto são merecedores da proteção do Estado.

Para Abreu (2016, p. 192), o afeto se refere ao “sentimento de bem-querer que sentimos e destinamos a alguém”. Já para Leite (2020, p. 46), este pode ser definido como o “conjunto de sentimentos e sensações que configuram a vida interna de todos os indivíduos”, ao passo que, ao compreender os próprios sentimentos, o indivíduo tem a possibilidade de melhor vivenciar as intrínsecas qualidades e as virtualidades daqueles que estão ao seu redor, bem como proporciona que o ser tenha uma vida emocional mais saudável nas interações com os outros. Segundo definição encontrada no Dicionário Online de Português, a afetividade é entendida como “força constituída por esses fenômenos, no íntimo de um caráter individual”.

Pereira (2015, p. 69) destaca que, segundo a definição adotada pela Psicanálise, o afeto se caracteriza como a “quantidade de energia pulsional e exprime qualquer estado afetivo, agradável ou desagradável. Para a Filosofia é o que diz respeito aos sentimentos, às emoções, aos estados de alma e, sobretudo ao amor”.

Tal expressão na seara jurídica é adotada em sentido diverso. Lôbo (2017) destaca que ao ser tratado como princípio, o qual tem o condão de orientar que algo seja realizado na sua

maior proporção dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, a afetividade que o direito trata não se confunde com o afeto enquanto sentimento, visto que o direito atua selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica.

Para o direito de família, o afeto não é percebido apenas como um sentimento, este diz respeito a uma ação, uma conduta que se refere ao cuidado, à proteção e à assistência, principalmente na relação estabelecida entre pais e filhos, ou entre cônjuges, podendo tal comportamento ser descrito como obrigação jurídica nas relações entre pais e filhos, a qual é fundamental para o desenvolvimento de uma criança e também para a saúde física e mental dos idosos. No que diz respeito a relação entre cônjuges/companheiros, esta ação demonstra e justifica a existência da entidade familiar (PEREIRA, 2015).

No mesmo sentido, Tepedino (2020, p. 28), ao tratar sobre a afetividade no direito de família, esclarece não se estar a tratar de sentimentos, não sendo, dessa forma, o sentimento do afeto reconhecido como um direito. Afetividade, quando presente nas situações jurídicas, diz respeito aos comportamentos tutelados pelo ordenamento, não importando assim para o intérprete investigar de maneira minuciosa se na situação analisada se constata ou não a existência do afeto, como sentimento, de modo que o que importa são ações expressamente realizadas. Destaca, ainda, que o afeto, enquanto sentimento, só se torna juridicamente relevante quando exteriorizado pelos membros das instituições familiares através de comportamentos explícitos na convivência familiar, os quais envolvem atitudes mútuas, essenciais para o desenvolvimento dos integrantes da família.

Difere-se, portanto, das sociedades antigas, nas quais nem o critério biológico era prevalecente para a constituição da família, visto que o traço religioso predominava, vinculando, constantemente, escravos e pessoas que não possuíam qualquer laço consanguíneo (CALDERÓN, 2017). A família contemporânea é entendida como lugar de realização dos afetos, diferindo da instituição natural que lhe originou, na qual as condutas hoje tuteladas eram colocadas em segundo plano (LÔBO, 2017).

A consolidação do sistema democrático, inaugurado pela promulgação do texto constitucional de 1988, o qual, em razão da inserção da dignidade da pessoa humana no rol dos fundamentos da República, conforme expresso no art. 1º do texto constitucional, demonstra uma preocupação iminente com as situações jurídicas subjetivas, individuais e coletivas, fez com que se presenciasse o processo de releitura de diversos institutos jurídicos. Essa nova ordem constitucional inaugurada pela Carta Magna trouxe uma profunda reformulação das ideias até então vigentes, ao passo que o referido texto constitucional elencou a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito.

O texto constitucional de 1988 propõe que a família se configura como a base da sociedade, sendo o meio onde o indivíduo se desenvolve psíquica e emocionalmente, trazendo, ainda, a afetividade como elemento fundamental e indispensável do núcleo familiar. Para a compreensão da afetividade como princípio implícito no texto constitucional, necessário se faz compreender o processo de constitucionalização ocorrido no ordenamento jurídico, que consolidou a supremacia das constituições e a força normativa dos princípios e valores nelas contidos.

Tomando como base este conceito de constitucionalização, considerável se faz destacar os ensinamentos do professor Luís Roberto Barroso (2005 p. 21-22) que, ao tratar desse novo constitucionalismo, destaca que se atribui um novo papel a Constituição, a qual passou a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, passando todo o sistema jurídico a ser interpretado sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Os princípios fundamentais incluídos na Carta Magna brasileira possuem a capacidade de constituir uma sociedade mais justa e reduzir as diferenças sociais, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º do texto constitucional, listado como fundamento da ordem jurídica brasileira. Nunes (2018, p. 69), ao tratar sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, aponta que este “funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional”, razão pela qual a Constituição passa a ser interpretada como o centro do Ordenamento Jurídico pátrio, abandonando-se os conceitos egoísticos típicos do liberalismo, os quais se tornaram cada vez mais ultrapassados.

Essa nova conjuntura constitucional inaugurada pela Carta Magna colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, ao passo que todo o sistema jurídico retira da Constituição sua orientação e seu fundamento para a necessária proteção ao indivíduo. Diante disso, as normas constitucionais (composta de princípios e regras) conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico, à medida que o texto constitucional se torna paradigma a ser seguido para a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, sendo que o Direito Civil também passou a ser interpretado e aplicado à luz dos valores e princípios consagrados pela Constituição de 1988.

Schreiber (2016, p.1) aponta que essa interpretação de todo o sistema jurídico à luz da Constituição faz surgir o que se entende por direito civil constitucional, o qual “pode ser

definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição”.

Reconhecida a natureza normativa atribuída ao texto constitucional, percebe-se as significativas alterações promovidas no campo do direito civil, principalmente quando observada a atribuição de papel tão relevante para a dignidade da pessoa humana no texto constitucional, razão pela qual toda a disciplina do direito privado precisa se adequar à nova realidade, e a essa nova adaptação se deu o nome de releitura.

Cabe destacar, todavia, que apesar desse processo de constitucionalização do ordenamento jurídico em razão da promulgação do texto constitucional de 1988, ainda vigorava o Código Civil, datado do ano de 1916, o qual, “inspirado na filosofia liberal e individualista, seguira, qual servo fiel, a cartilha das codificações europeias dos séculos XVIII e XIX” (SCHREIBER, 2016, p. 6).

Era visível o conflito entre os institutos disciplinados pelos dois diplomas legislativos, principalmente no campo do direito de família, visto que, enquanto a Constituição consagrava a igualdade entre homens e mulheres (art. 226, § 5º), o Código Civil continuava a apontar o marido como “chefe da sociedade conjugal” (art. 233). Outro exemplo marcante diz respeito ao reconhecimento expresso da união estável pelo texto constitucional (art. 226, § 3º), o qual afirma ainda que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227, § 6º), diferentemente do que previa o Código Civil de 1916, que diferenciava expressamente os filhos “legítimos” dos “ilegítimos” e só reconhecia como família aquela decorrente do vínculo matrimonial, chancelado pelo Estado (arts. 180 e 355).

Calderón (2017, p. 43) destaca que o Código elegeu o modelo da “grande família”, onde esta instituição era vista como de fundamental importância, sendo caracterizada à época como “de base patriarcal, viés patrimonial e com ausência de preocupação com a realização individual de cada um dos seus membros”, apontando ainda que naquela época no Brasil “este formato de família clássica tradicional ainda imperava”.

No formalismo do Código Civil de 1916, que visava regular toda a vida particular dos indivíduos e da sociedade civil, praticamente inexistia espaço para o reconhecimento de vínculos parentais afetivos. O texto demonstrava preocupação em garantir liberdade contratual, autonomia da vontade e proteção da propriedade privada, com prevalência do “ter” sobre o “ser” (CALDERÓN, 2017).

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, visualiza-se a disseminação do novo papel das constituições, passou-se a sustentar a eficácia dos direitos

fundamentais ao passo que, por ter o texto constitucional previsto um vasto rol de direitos fundamentais, a atual Carta Magna inaugurou uma nova realidade jurídica. Essa releitura dos institutos de direito privado pela nova ordem inaugurada pela Constituição permitiu perceber a afetividade de forma implícita dentro do texto constitucional, fato pelo qual é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade no tecido constitucional brasileiro a partir de 1988, principalmente por muitas das disposições da Carta Magna visarem tutelar situações subjetivas, afetivas, tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção.

Mesmo este princípio não possuindo previsão legal específica na legislação pátria, é possível extraí-lo de diversos dispositivos constitucionais. Lôbo (2017, p. 68-69) cita expressamente em quais dispositivos constitucionais é possível constatar a afetividade como princípio constitucional implícito:

Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

No que diz respeito ao Código Civil de 2002, percebe-se que este diploma legal também não tratou da afetividade expressamente como princípio orientador do direito de família. Todavia, apesar de não ter trazido a afetividade de forma expressa em seu texto, o Código Civil de 2002 reconheceu e conferiu proteção às diversas relações afetivas em muitas de suas disposições. Da leitura do art. 1.593 do Código percebe-se presente a afetividade, ainda que implicitamente, pelo reconhecimento da possibilidade de parentesco afetivo, eis que o legislador admite parentescos de outra origem, visto que, ao definir o parentesco, a legislação faz referência ao vínculo natural, civil, consanguíneo e de outra origem, o que abrange visivelmente o parentesco decorrente da socioafetividade.

Outro dispositivo do Código que também remete ao reconhecimento da afetividade pode ser extraído da expressão “comunhão plena de vida”, constante do art. 1.511 do Código Civil em vigor. Tal dispositivo se refere ao casamento e o conteúdo da locução também não é definido pelo legislador, mas remete indiretamente a certo vínculo afetivo, visto que ao estabelecer essa comunhão com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, o

referido dispositivo trata de maneira indireta de situações fáticas que envolvem cuidado e proteção recíproca.

A afetividade também está presente no Código no § 5º do art. 1.584, o qual, tratando da estipulação da guarda com terceiros, dispõe que:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá à guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Tal dispositivo apresenta a afetividade como um dos critérios que orientarão o julgador no momento de estabelecer a guarda a um terceiro, visando, ao trazer o vínculo afetivo como critério, efetivar o princípio do melhor interesse da criança.

Mesmo não constando de maneira expressa no ordenamento jurídico o valor jurídico atribuído a afetividade é encontrado na jurisprudência brasileira, a qual desempenha um papel essencial no que diz respeito a tutela jurídica das novas situações que surgem no contemporâneo direito de família, ao passo que se pode extrair da jurisprudência que o direito vem acompanhando as transformações sociais ocorridas ao longo dos tempos.

De início, pode-se citar o reconhecimento da união homoafetiva como modelo de entidade familiar, situação esta discutida pelo STF no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas de relatoria do Ministro Ayres de Britto, que tratavam o reconhecimento das uniões homoafetivas como sendo entidades familiares. Em tal julgamento, o Pleno do Tribunal decidiu que a norma constante no art. 1.723 do Código Civil não impede que a união de pessoas do mesmo sexo seja admitida como entidade familiar digna de proteção estatal, destacando que a Constituição proíbe expressamente qualquer forma de preconceito, apontando que no século XXI a afetividade seria preponderante à biologicidade. Essa histórica decisão, de 5 de maio de 2011, foi publicada no *Informativo n. 625* do próprio Tribunal.

Pode-se destacar também o reconhecimento da afetividade como princípio do direito de família na admissão da reparação por danos em decorrência do abandono afetivo. Mesmo anteriormente tendo decidido que não caberia indenização a favor do filho em face do pai que o abandona moralmente (STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299), sob o argumento de que não haveria qualquer ato ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho, uma vez que o afeto por ser um sentimento não pode ser exigido na referida relação parental, o próprio STJ, posteriormente, admitiu a reparação civil pelo abandono afetivo (STJ, REsp 1.159.242/SP,

Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012). A Min. Nancy Andrighi, relatora no julgamento ressaltou que o dano moral estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos, empregando a concepção de cuidado como valor jurídico, depreendendo assim a presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “*amar é faculdade, cuidar é dever*”.

Tem-se ainda o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco. Da leitura do art. 1.593 do CC/2002, enxerga-se a expressão “outra origem” como meio de reconhecimento do parentesco. Vagarosamente, a jurisprudência passou a considerar a posse de estado de filho, devendo esta ser levada em conta para a determinação do vínculo filial, ao lado das verdades registral e biológica. Nas decisões mais notórias, o vínculo filial afetivo foi considerado como indissolúvel quando confrontado com o vínculo biológico (por todos: STJ, REsp 234.833/MG, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 276; REsp 709.608/MS, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 05/11/2009, DJe 23/11/2009 e REsp 1.259.460/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012).

Assim, percebe-se que, apesar de não expressamente previsto, o Código Civil de 2002 admite a afetividade nas suas disposições, o que conforme, explana Calderón (2017, p. 64) “reforça seu papel principiológico no tratamento dos temas de Direito de Família”, razão pela qual não se pode, diante das alterações ocorridas na sociedade, proceder a qualquer interpretação do direito que não seja em conformidade com o texto constitucional, visto que a Carta Magna, conforme explana Delgado (2011, p. 243), “passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual deve ser lido, interpretado e aplicado o Código Civil”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que as relações afetivas assumem papel importante na nossa sociedade, apontando uma tendência de humanização do direito de família, busca o direito tutelar uma afetividade que se manifesta por intermédio de uma atividade concreta exteriorizada, pautada nas manifestações de cuidado, sendo necessária a distinção entre as duas dimensões, ao passo que não se tem a existência do vínculo afetivo apenas na sua dimensão subjetiva, pela demonstração de um sentimento de querer bem, de ter carinho ou cuidado com outro alguém, como o sentimento de afeto propriamente dito.

A evolução pela qual passou a família é resultado da própria transformação da sociedade, visto que tal instituição se remodelou de forma a acompanhar as necessidades impostas pelos seus componentes, não se limitando unicamente a tutela dos interesses patrimoniais que antes predominavam.

Frente a essa modificação no instituto se tem a evolução da própria ciência jurídica que tem o condão de tutelar situações merecedoras de proteção por parte do Estado, ao passo que se percebe essa mutação ocorreu de forma adjacente. Se destaca ainda que o surgimento de novos arranjos familiares demanda uma nova postura do direito, responsável por garantir a efetividade de direitos a seus membros.

Frente a esses novos arranjos familiares que surgem pautados principalmente em relações afetivas, advêm os novos fatos ainda não tutelados juridicamente que merecem especial atenção em razão das singularidades que apresentam. Diante disso, o direito de família responsável por amparar tais instituições familiares devem sempre se reinventar, para oferecer a proteção necessária a tais indivíduos.

O reconhecimento da afetividade como princípio jurídico tem o condão de modificar completamente o modelo tradicional de família, caracterizado pelo poder patriarcal, onde a ausência de subjetividade era notória, pois além de fazer surgir a possibilidade de novos modelos familiares serem incorporados à legislação pátria, sendo estes de igual maneira merecedores da tutela jurídica do Estado, tem se tornado fator relevante nas soluções dos conflitos familiares, sendo utilizado como critério orientador de muitas decisões que versam sobre a temática familiar. Neste diapasão, a jurisprudência brasileira vem desempenhando um papel fundamental na valoração jurídica da afetividade.

Tem-se para o direito a afetividade na sua dimensão objetiva, retratada pela presença de fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva, não cabendo ao direito averiguar a existência de sentimentos, mas tão somente cabe à ciência jurídica apoiar-se nos fatos concretos que possam indicar a presença ou não de uma manifestação afetiva, de modo que não procurará investigar a presença subjetiva do afeto anímico, mas sim se preocupará com fatos que elege como relevantes.

Assim se percebe que, ao admitir que a afetividade se constitua como sendo um princípio do direito de família e que esta tem o condão de orientar decisões sobre questões que ainda não foram discutidas, ou não tem tutela na legislação pátria, permite-se que o judiciário exerça um papel fundamental na proteção dos indivíduos, visto que o próprio texto constitucional se pauta na ideia de proteção jurídica a todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Cristiano Nabuco de. **Psicologia do cotidiano: como vivemos, pensamos e nos relacionamos hoje** [recurso eletrônico]. – Porto Alegre : Artmed, 2016.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano** / José Carlos Moreira Alves. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito civil: famílias** / Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Júnior. – 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2012.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: principais e operacionais**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo E Constitucionalização Do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240: p.1-42, Abr./Jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2473>. Acesso em 14 de mar. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 de mar de 2020.

BRASIL. **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 16 De Julho De 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 19 de mar de 2020.

BRASIL. **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 19 de mar de 2020.

BRASIL. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 19 de mar de 2020.

BRASIL. **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 19 de mar de 2020.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 19 de mar de 2020.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. LEI 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 19 de mar de 2020.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. LEI 10.406, DE 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 02 de mai de 2020.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 30 de mai de 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 9, De 28 De Junho De 1977**. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc09-77.htm. Acesso em 30 de mai de 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 181, De 24 De Janeiro De 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm. Acesso em 30 de mai de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal - STF - Ação Direta De Inconstitucionalidade – Adi 4277**. Requerente: Procuradora-Geral Da República. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, 4 e 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em 30 de mai de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça - STJ - Recurso Especial: REsp 57606 MG 1994/0037157-8**. Recorrente: Banco Nacional do Nordeste S/A. Recorrido: Citrojair LTDA e outros. Relator: Exmº SR. Ministro Fontes de Alencar. Brasília, 11 de abril de 1995. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400371578&dt_publicacao=15/05/1995. Acesso em 02 de jun de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça - STJ - Recurso Especial: REsp 234.833 MG 1999/0093923-9**. Recorrente: Ministério Público Do Estado de Minas Gerais . Recorrido: L. M. de O. A. Relator: Exmº SR. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8857757/recurso-especial-resp-234833-mg-1999-0093923-9/inteiro-teor-13944077?ref=juris-tabs>. Acesso em 02 de jun de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça - STJ - Recurso Especial: REsp 709.608 MS 2004/0174616-7**. Recorrente: L. G. A. A. Recorrido: M. C. A. S. Relator: Exmº SR. Ministro João Otavio de Noronha. Brasília, 05 de novembro de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5719419/recurso-especial-resp-709608-ms-2004-0174616-7/inteiro-teor-11879948>. Acesso em 02 de jun de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça - STJ - Recurso Especial: REsp 1.259.460 SP 2011/0063323-0**. Recorrente: A. V. J. Recorrido: S. M. V. B. DA. C. e outro(s). Relator: Exmª SRA. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22287690/recurso-especial-resp-1259460-sp-2011-0063323-0-stj/inteiro-teor-22287691>. Acesso em 04 de jun de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça - STJ - Recurso Especial: REsp 757.411 MG 2005/0085464-3**. Recorrente: V. de P. F. de O. F. Recorrido: A. B. F. (menor, assistido por V.

B. F. Relator: Exm^o SR. Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597?ref=juris-tabs>. Acesso em 04 de jun de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça - STJ - Recurso Especial**: REsp 159.242 SP 2009/0193701-9. Recorrente: A. C. J. dos S.. Recorrido: L. N. de O. S. Relator: Exm^a SRA. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em 04 de jun de 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família** / Ricardo Calderón. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. – 7. ed.– São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora das Américas, 2006. 447 p. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2020.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. – São Paulo : Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9^o edição. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. - 4. ed. - São Paulo : Atlas, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Sociologia geral**. – 1. ed. – [4. Reimpr.]. – São Paulo: Atlas, 2019.

LEITE, Luciano S. **Psicologia comportamental**. – São Paulo: Érica, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas**. Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>. Acesso em 13 de jun de 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1913-2004. **Instituições de direito civil: direito de família** – vol. V; revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. – 27. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões:** ilustrado / Rodrigo da Cunha Pereira. – São Paulo : Saraiva, 2015.

PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SILVA, De Plácido e, 1892-1964. **Vocabulário jurídico** / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição.** IN: TERRA, A. DE M. V.; KONDER, C. N. (Coord.). Direito civil constitucional. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Direito de família;** organização. – 1. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2020. (Fundamentos do Direito Civil – Vol. 6)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões.** – 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.