

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO NORTE DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO

Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires.

E-mail: clarindoneto@gmail.com

Envio em: Outubro de 2012

Aceite em: Fevereiro de 2013

Resumo

O afeto ganha espaço nas relações familiares tuteladas pelo direito. Em verdade ele passa a ser o principal vetor do novo direito de família em nosso Ordenamento Jurídico, amparando inúmeras decisões judiciais que o colocam como vértice da dignidade da pessoa humana e, como consequência, do Direito Constitucional moderno. O presente artigo cuida em dar tratamento ao afeto como responsável pelas inovações em nosso direito, assim como de descrevê-lo segundo os ditames de uma sociedade que evolui, necessitando, dessa forma de tutela específica.

Palavras-chave: Afeto. Família. Direito.

EL PRINCÍPIO DE LA AFECTIVIDAD COMO NORTE DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

Abstract

El afecto gana espacio en las relaciones familiares protegidas por el Derecho. En verdad él pasa a ser el principal vector de nuevo Derecho de familia en nuestro Ordenamiento Jurídico amparando muchas decisiones judiciales que lo ponen como vértice de la dignidad humana y, del derecho constitucional moderno. El presente artículo pone en atención al afecto como responsable por las innovaciones en nuestro derecho, así como lo describe según el dictamen de una sociedad que evalúa, necesitando tutela específica.

Key-words: Afecto. Familia. Derecho.

1 INTRODUÇÃO

A construção legal do direito de família acompanha efetivamente os reflexos da sociedade de cada época. O Código Civil de 1916 somente regulava a família do século passado que era constituída unicamente pelo matrimônio, impedindo, inclusive sua dissolução, corroborando numa estreita e discriminatória visão da família. Além disso, como ensina Maria Berenice Dias, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações (DIAS, 2011, p.30).

A evolução da sociedade e por conseguinte de seu núcleo central, a família, acaba forçando a criação e alteração dos dispositivos legais aplicáveis ao Direito de Família. Já em 1962, uma das mudanças mais expressivas no Ordenamento Jurídico foi a criação do Estatuto da Mulher Casada, Lei. 4.121/62, que, sobremaneira, deferiu às mulheres casadas capacidade plena, além de assegurar-lhes a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

O Direito de Família, em 1977 sofre uma grande mudança em um dos seus maiores paradigmas: a possibilidade de dissolução do casamento. Esse fato, sem sombra de dúvidas, inscreveu no casamento uma visão mais legalista do instituto, deixando de lado a visão sacramental conferida pela Igreja Católica.

Com efeito, o conceito de família passa a englobar outras instituições além do modelo clássico. Agora o elo principal da proteção jurídica dada à família ultrapassa os fins meramente patrimoniais e da diversidade de sexos. Surge o afeto que, sob um prisma constitucional, passa a fazer parte das relações familiares.

Exemplo disso é a promulgação da Constituição de 1988, que nos dizeres de Zeno Veloso (1999, p. 3), espancou num único dispositivo, séculos de hipocrisia e preconceito, ao instaurar a igualdade material entre o homem e a mulher, além de alargar o conceito de família, passando, sobretudo, a tutelar de forma igualitária todos os seus membros.

Diante de tais fatos, a doutrina passou a identificar o Direito de Família como o Direito das Famílias, mormente pela construção Jurisprudencial de julgados que passaram a tutelar e decidir questões supra legais, gerando o entendimento de que o objetivo precípuo do Direito das famílias é, sobremaneira, as relações afetivas, o afeto.

Assim sendo, surge no Ordenamento Jurídico um princípio que representa a evolução tão esperada do Direito de Família, um princípio que lança um novo olhar sobre as questões atinentes à família, procu-

rando insculpir no direito brasileiro a ideia de que não se deve, nem se pode, insistir no ato obsessivo de ignorar as profundas modificações culturais e científicas ocorridas na sociedade sob pena de se estar cristalizando um mundo irreal.

O princípio da afetividade compreende, sobretudo, a evolução do direito tornando um instituto aplicável a todas as formas de manifestação da família, abrangidas ou não pela legislação codificada, tendo como premissa uma nova cultura jurídica que possa permitir a proteção estatal de todas as entidades familiares, repersonalizando as relações sociais, centrando-se no afeto como sua maior preocupação.

2 O AFETO SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

Tendo em vista que nosso Ordenamento Jurídico é centrado numa Ordem Constitucional que possui fundamentos essenciais à manutenção do primado da democracia, é de suma importância visualizar a observância, pelo legislador constituinte, da aplicação do afeto como um direito fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, trazido no art. 1º, III, da Carta Magna.

Inobstante não existir na Constituição a palavra afeto, em diversas passagens do texto constitucional observa-se que o legislador o trouxe no âmbito de sua proteção, como por exemplo, no fato de reconhecer a união estável como entidade familiar e dar-lhe proteção jurídica, deixando claro que o selo do casamento não é prescindível para que haja afeto entre duas pessoas, além da constitucionalização de um novo modelo de família conhecida como eudemonista que propugna pela felicidade individual, onde é o afeto e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais, ensejando o reconhecimento desse afeto, como ensina Maria Berenice Dias, como único modo eficaz de definição da família (DIAS, 2011, p.52).

Imperioso, então, reconhecer o afeto como direito fundamental. O rol de direitos individuais e coletivos elencados no art. 5º da Constituição é fruto da imposição, pelo próprio Estado, de obrigações para com seus cidadãos, como forma de garantir-lhes a dignidade. Então, se no âmbito do direito das famílias o afeto deriva do primado da dignidade da pessoa humana, e se este está presente em cada um dos setenta e oito incisos do mencionado artigo, resta evidente o reconhecimento do afeto como direito fundamental.

O professor Paulo Lôbo (1999), em sua obra – Có-

digo Civil Comentado – identifica que na Constituição existem quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade. Inicialmente, ele verifica a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6º, CF), em seguida, a adoção como escolha manejada em virtude do afeto, dando ao adotado direitos iguais ao do filho biológico (art. 227, §§ 5º e 6º, da CF), menciona, também, o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos (art. 226, §4º, CF) e, por fim, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF).

Destarte, tais fundamentos são de suma importância para visualização do princípio da afetividade esculpido no texto constitucional, mesmo que de maneira implícita, como mencionado acima, já que há não menção expressa da incidência desse princípio.

3 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme mencionado no introito desse artigo, o projeto do Código atual foi gerado em 1975, o que gerou a necessidade de modificá-lo por inúmeras vezes, tudo como o fito de adequá-lo às diretrizes consignadas no texto constitucional vigente. Apesar das emendas efetuadas no texto legal, em 11 de janeiro de 2003, passa a vigorar a nova legislação civil no Brasil, sem, contudo, trazer em seu texto a clareza e a sutilidade necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje.

Imperioso destacar que alguns avanços foram trazidos no novo texto legal. A determinação compulsória da perda do sobrenome do marido do nome da mulher, quando da conversão da separação em divórcio, foi retirada, bem como se excluiu o dispositivo que instituía que o responsável pela separação não tinha direito a alimentos, mesmo sem ter meios de sobreviver.

O legislador, claramente cometeu alguns erros que numa análise mais aprofundada levariam ao reconhecimento de uma patente inconstitucionalidade. A título de exemplo, vale citar o tratamento desigual dado às entidades decorrentes do casamento e da união estável, visto que a Constituição, texto maior, não estabeleceu qualquer hierarquia entre as entidades sobre as quais o Estado emprestou especial atenção, conforme art. 226, CF/88, de maneira que, se não houve, por parte do constituinte a distinção entre os dois institutos, impossível seria essa diferenciação por meio de lei ordinária (LÔBO, 1999).

Há de se observar que os legislados deixaram de

inserir no texto do Código Civil alguns aspectos que promoveriam inúmeros avanços no Direito das Famílias, como, por exemplo, a não instituição da guarda compartilhada, que somente foi positivada posteriormente, a filiação socioafetiva, deixando ainda de normatizar as relações entre pessoas do mesmo sexo, denominadas pela jurista Maria Berenice Dias (2011), como uniões homoafetivas, além de não disciplinar as famílias monoparentais já reconhecidas pela Constituição de 1988 como entidade familiar.

Diante disso, deve-se reconhecer que o Código Civil procurou atualizar aspectos relevantes do Direito das Famílias, entretanto, não deu o passo mais significativo, olvidando-se, inclusive, de temas já consagrados pela Constituição, sendo, por este motivo, alvo de variadas interpretações, comentários e sugestões de emendas.

Aspecto que merece destaque é o uso da palavra “afetividade” pelo legislador quando das disposições da proteção dos filhos nos casos de dissolução de sociedade ou do vínculo conjugal. O parágrafo único do art. 1.584, CC/2002 dispõe que quando for observado que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando em consideração o grau de parentesco e relação de afinidade e “afetividade”, nos termos da legislação específica. Sobre essa passagem do Código, manifesta-se Maria Berenice Dias (2011) aduzindo que, ainda que tenha havido grande esforço por parte do legislador na elevação do afeto a valor jurídico, o mesmo mostrou-se tímido ao criar as disposições legais, delimitando apenas situações pontuais.

Inobstante o entendimento da ilustre jurista, entendemos que um passo já foi dado e que a construção doutrinária e jurisprudencial poderá insculpir nas mudanças vindouras um caráter afetivo nas normas de Direito das Famílias, como já se observa no estabelecimento da comunhão plena de vida no casamento (art. 1.511) e na consagração da igualdade de filiação (art. 1.596), trazidos pelo Código Civil de 2002.

4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O conceito de família sem sombra de dúvidas mudou.

A família se transforma na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros. O entendimento estabelecido sobre a família, como base da sociedade, consignou a ideia de que as relações interpessoais, independente de previsão legal, são dignas de tutela, mesmo havendo a inércia do legislador quanto à disciplina de determinadas matérias.

Diante da falta de previsão legal para regulamentar

uma situação específica, o legislador mostra-se tímido na hora de assegurar direitos, entretanto, a falta de tutela específica não significa a inexistência de direito à tutela jurídica. Nesse aspecto, emerge o princípio da afetividade com a intensão de embasar as decisões cuja matéria carece de previsão legal, pondo humanidade e dando valor jurídico ao afeto.

O princípio da afetividade é o responsável pela constituição de novas teses jurídicas que abarcam situações sociais patentes, mas que, não foram legalizadas, pela infeliz inércia do legislador. Atos como o do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que definiu a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, inserindo-as no âmbito do Direito de Família e deferindo a herança ao parceiro sobrevivente, a determinação dos Tribunais de Justiça dos Estados de Alagoas e Rio de Janeiro que através de correspondentes portarias, e amparados na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu às uniões homoafetivas o status de família, regulamentaram o processo de habilitação para o matrimônio igualitário, são exemplos da aplicação do princípio da afetividade no direito brasileiro que responde à evolução e modernização das relações sociais e como consequência, reconhece esse novo tipo de entidade familiar.

O afeto, segundo Sérgio Resende Barros, não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família, é mais, é um viés externo que põe mais humanidade em cada família, compondo o que ele chama de família universal, cujo lar é a aldeia global, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família (BARROS, 2003).

Tomando como base o princípio da afetividade, a jurisprudência vem construindo um novo perfil para o direito das famílias. O casamento, antes tido como obrigação, vem sendo revestido de aspectos tendentes a realizar os interesses afetivos e existenciais dos seus integrantes. A culpa pela dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal deixa de ser ponto fundamental na hora de decidir sobre uma separação; na verdade, não há que se falar em culpa quando se trata de afetividade, é algo bastante subjetivo onde não se justifica delimitar ações judicantes apenas com base no patrimonialismo.

O reconhecimento da afetividade como primado do direito das famílias já vem sendo difundido em diversos Estados. Além do pioneiro Rio Grande do Sul, é possível encontrar julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais sustentando seus acordãos em consonância com o entendimento concebido pelo princípio da afetividade.

A fim de exemplificar, trazemos Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC nº 408.550-5, de 01.04.2004), por sua Sétima Câmara Cível, que dispôs:

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.

Por óbvio, a aplicabilidade do princípio da afetividade está adstrita à observância do princípio da dignidade da pessoa humana. No caso acima descrito, após separação do casal, a guarda do filho ficou incumbida à mãe. O pai, por sua vez, a despeito de estar sempre atendendo à obrigação de prestar alimentos, manteve-se ausente da vida do menor, apesar dos incessantes pedidos da criança. Não importava o quanto este clamasse pela presença do pai, este, confundindo a relação conjugal com a relação parental, julgando estar cumprindo com todos os seus deveres ao prestar a assistência material, apenas ignorava. Todavia, o comportamento do genitor trouxe ao filho consequências danosas consideráveis, especialmente no sentido moral e psíquico, motivos pelo quais, em cumprimento ao princípio da afetividade, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais determinou a indenização dos danos sofridos.

O afeto é, sem sombra de dúvida, o principal fundamento das relações familiares (DIAS, 2011). Nesse sentido, a valorização desse princípio remonta às argumentações expostas pelo jurista João Batista Vilella, na década de 1980, quando o mesmo escreveu sobre a desbiologização da paternidade, trabalho, cuja essência, era de demonstrar que o vínculo familiar ultrapassa o vínculo biológico, concluindo que a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho, era uma nova forma de parentesco civil.

Sobre a valorização desse vínculo, o autor Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p.97) ensina que:

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que

tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. O biodireito depara-se com as consequências da doação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética, apontam para atribuir a paternidade ao doador anônimo de sêmen.

Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não tende a questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Situações como essas demonstram que a filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito, ainda fascinados com as maravilhas das descobertas científicas. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo (Princípio jurídico da afetividade na filiação).

Nesse mesmo diapasão, não parece difícil entender que o princípio da afetividade tem fundamento constitucional, mais precisamente na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social estampada no art. 3º, I, da CF/88.

Finalizando seu entendimento e consagrando suas declarações acerca do princípio da afetividade, afirma Lôbo (1999, p. 97-98):

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético. 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 (Princípio jurídico da afetividade na filiação, op. cit.).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família sem sombra de dúvida vem passando por transformações significativas no que se refere à sua proteção. Essas transformações acompanham o desenvolvimento da sociedade, que, em virtude da quebra de paradigmas no que se refere à família, constroem um novo conceito daquilo que se entende como entidade familiar digna de tutela jurisdicional.

O direito deve refletir a sociedade, seus anseios, costumes e práticas cotidianas e o Direito de Família não foge à regra. Não conceder tutela às entidades que prescindem de um regramento formal, é, no mínimo, travestir o papel do direito.

Assim, a desculpa de que não há no ordenamento disposições legais atinentes a determinadas matérias não deve servir de pano de fundo para a disseminação de tratamentos que infrinjam o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal.

Se é possível observar na sociedade a formação de famílias que não acompanham a estrutura tradicional, significa dizer que esse fato social também merece ser tutelado, não com base na alegação de que se deve utilizar da analogia para dirimir questões atinentes a, por exemplo, relações homoafetivas, mas sim, deve-se levar em conta que acima de tudo, quando se trata de relações que tenham um laço familiar, o afeto deve ser lançado como principal direcionamento no que se refere à tutela jurisdicional.

Como bem assevera Maria Berenice Dias, o afeto é digno de tutela porque responde fielmente àquilo que se observa na sociedade. Fingir que não existem famílias que não correspondem à estrutura consignada na Lei é restringir o direito a todos que dele precisam, ou melhor, é transformar as relações sociais em algo mínimo, perfazendo-se tal conduta em um ato claro de inconstitucionalidade, pois o afeto é intrínseco ao homem, e desconsiderá-lo é, sobremaneira, violar sua dignidade.

Diante dos argumentos expostos nesse trabalho, espera-se que o Poder Judiciário abra seus olhos para os novos conceitos referentes às relações familiares, fazendo com que seus componentes sejam sensíveis às questões que envolvam o afeto, dando-lhe mais significância, em detrimento da letra fria da Lei, assemelhando-se aos Tribunais do Sul onde há, sobretudo, magistrados que defendem a nova concepção do Direito de Família.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revita dos Tribunais, 2011.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numeros clausus. In: PEREIRA, Rodrigues Cunha (coord.). **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família**.1. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VELOZO, Zeno. Homossexualidade e direito. **Jornal O Liberal**, Belém do Pará, 22 maio 1999, p.3.