



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

O Afeto Nas Relações Familiares

Por

André Gomes de Noronha Reis

ORIENTADOR: Bruno Vaz de Carvalho

2008.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

POR

ANDRÉ GOMES DE NORONHA REIS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Bruno Vaz de Carvalho

2008.2

Resumo

Elaboramos este trabalho com o objetivo de esclarecer uma questão bastante importante nos dias de hoje, que é a correta interpretação do Direito de Família à luz do princípio da dignidade humana. Buscamos demonstrar como o afeto é o elemento que cumprirá esta importante função de qualificar as relações familiares e ordenar todos os seus efeitos.

Nunca nos distanciando da realidade, o primeiro capítulo busca fornecer um panorama sociológico da família ao longo dos tempos, estabelecendo ainda uma relação entre as mudanças sociais pelas quais passaram as famílias com a necessidade de um novo tratamento a ser dispensado pelo ordenamento jurídico.

Em seguida o afeto é estudado tanto no seu conceito quanto nos efeitos que gera para o Direito. Tratamos de identificá-lo dentro do nosso ordenamento jurídico, onde o identificamos implicitamente na Constituição Federal de 1988 e expressamente no Código Civil de 2002 e em leis especiais.

Por último, considerando que o princípio da afetividade deve estar presente em qualquer instituto do direito de família, demonstramos através de questões atuais a correta interpretação de alguns temas referentes à constituição do vínculo familiar, às questões que ocorrem durante a relação familiar, e também na desconstituição do vínculo matrimonial.

Dedicatória

À minha família, base da minha alegria, em especial ao meu avô Evannito de Noronha e Silva, que apesar de por pouco não presenciar a minha formatura, com certeza está vendo um dos seus sonhos ser realizado.

Agradecimentos

Aos meus grandes amigos Luiz Alberto Hupsel e Vanessa Bluvol Bleiter, pela amizade ao longo destes 5 anos, e que ainda se estenderá por toda a vida.

À Dra. Viviane Cruz Alves de Carvalho, por tudo que me ensinou e me ajudou durante o período de estágio na Defensoria Pública.

Ao Prof. Bruno Vaz de Carvalho, por ter aceito ser meu orientador e por todos os conselhos e sugestões para realização deste trabalho.

À Prof. Inês Alegria Rocumback, pela simpatia, simplicidade e ajuda nesta monografia.

À PUC, por ser a melhor faculdade que tive a oportunidade de me formar.

Sumário

Capítulo 1: Introdução	6
Capítulo 2: A Mudança Paradigmática da Família	8
2.1: A família romano-germânica.....	8
2.2: A família como instituição.....	9
2.3: A família moderna.....	10
2.4: O direito de família constitucionalizado.....	11
2.5: A família instrumentalizada.....	12
Capítulo 3: O Afeto como um Valor Jurídico	14
3.1: O direito e a psicanálise.....	14
3.2: A família fundada no afeto.....	15
3.3: Previsão constitucional do princípio da afetividade.....	17
3.4: Previsão infraconstitucional.....	19
Capítulo 4: O Afeto como Qualificador das Relações Familiares	22
4.1: Introdução.....	22
4.2: As diferentes formas de constituição das famílias.....	23
4.3: As relações familiares interpretadas pelo afeto.....	28
4.3.1: O instituto da guarda.....	28
4.3.2: Paternidade homoafetiva.....	31
4.4: Consequências na desconstituição do vínculo matrimonial.....	34
4.4.1: O sistema dual de dissolução do vínculo	34
4.4.2: O inútil resquício da culpa.....	35
4.4.3: A vontade como único requisito para extinção do casamento..	36
Capítulo 5: Conclusão	42

Capítulo 1: Introdução

O espaço familiar sempre mostrou-se necessário ao desenvolvimento individual das pessoas. Conforme os períodos históricos e os valores presentes na sociedade, a família passou por diversas formas de constituição e de regramento de seus componentes.

Mesmo com todos os diferentes modelos de família, é possível identificar um elemento comum à todos eles, o afeto. Aproveitando-se do direito patrimonial para descobrir o significado de “estar afetado”, temos o sentido de “estar ligado ao outro”.

Vivemos hoje em uma sociedade cujo ordenamento jurídico estabelece como seu maior princípio o respeito à dignidade humana. Esta nova orientação implica em uma maior proteção aos direitos existenciais assim como uma observância eficaz dos princípios da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

Sentindo-se mais livres e respeitadas, as pessoas buscam a própria realização pessoal sem estarem restritas a formas previamente estabelecidas e que funcionam apenas para certa parcela da sociedade. Estando ligadas a outras pessoas e com um sentimento comum de constituir uma família, buscam o reconhecimento jurídico e social desta nova relação.

Ocorre que a sociedade é naturalmente conservadora, olhando com certo receio tudo aquilo que lhe é diferente. Esta aversão ao novo mostra-se fundamentada em falsos valores e em uma atitude muitas vezes discriminatória e preconceituosa.

Aquelas pessoas que saíram do chamado modelo tradicional buscando a felicidade em uma estrutura com formato diferente, acabam sendo renegadas do convívio social não obstante também tenham como elemento qualificador de sua relação o afeto. Passam a ser tratadas como invisíveis na medida em que não se deve falar nelas e não há leis que as protejam de forma específica.

Evidentemente esta invisibilidade é meramente aparente, afinal estas pessoas se sentem injustiçadas e vão procurar corrigir esta injustiça no Judiciário. Aliás este vem sendo o caminho percorrido por inúmeras pessoas que foram condenadas à invisibilidade¹ ao longo dos tempos, como por exemplo as companheiras ou os filhos nascidos fora do casamento.

Assim, aquilo que não se enquadra na moldura legal, que está sendo excluído, reprimido, tratado de forma inconsciente pelo Direito, começa a exercer pressão. Aliás este movimento de exclusão, pressão e posterior reconhecimento jurídico é o que se costuma chamar de atos falhos do Direito².

Chamado a se manifestar sobre as novas questões de família, o Judiciário deve assumir uma função promocional da dignidade humana, reconhecendo direitos e impondo a sociedade um dever de respeito à estas relações. Nota-se neste momento uma inversão no procedimento clássico, onde primeiro a sociedade incorpora determinada prática ou respeita determinada situação, para somente após haver uma regulação legislativa da matéria ou um reconhecimento pelo Direito.

Este movimento em direção à humanização na consideração do afeto impõe uma nova interpretação a todo o Direito de Família, em cada um de seus institutos. Esta reinterpretação buscará considerar o afeto como qualificador das famílias, eliminando qualquer perspectiva patrimonial ou discriminatória.

Presente no ordenamento como um princípio, o afeto busca atender a um objetivo de concretude, ao ser aplicado nos casos concretos e específicos das relações e institutos familiares, e também a um objetivo de adequação e fluidez, sendo possível discutir o seu conceito e os seus efeitos conforme a realidade social e histórica em que se vive.

¹ DIAS, Maria Berenice. *O direito de ser visto*. Disponível em <WWW.mariaberenice.com.br>. Acesso em 02 de Setembro de 2008.

² GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise – Um novo horizonte epistemológico. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo (org). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil, 2004.

Capítulo 2: A mudança paradigmática da família

2.1: A família romano-germânica

Os sociólogos que estudam a família como uma célula social costumam diferenciar duas grandes “fases” pelas quais passou a estrutura familiar, não obstante haver divergências quanto as suas características básicas e modelos. Apesar de outros estudiosos narrarem e descreverem outras formas de família, este exercício falha ao ser comprovado historicamente.

Desta forma costuma-se tratar como originária a família monogâmica e patriarcal, cujo exemplo mais clássico ocorreu em Roma, mas que, conseqüentemente, certos traços também podem ser observados na família brasileira do século XIX³.

Nesta fase o princípio da autoridade regia as relações familiares. Em Roma o homem (pai) era o titular do pátrio poder, exercendo direito de vida e morte sobre os filhos, podendo vendê-los e impor penas corporais, enquanto a mulher estava sempre subordinada, afinal passava da condição de filha para de esposa, possuindo assim uma *capitis deminutio* perpétua⁴.

No Brasil do século XX, traços desta concepção de família eram claramente verificados nos costumes, afinal era comum o pai escolher a profissão dos filhos, eleger o noivo da filha, e determinar que a mulher não poderia trabalhar fora do lar.

Com o processo urbanizatório, além de uma nítida influência cristã, esta composição doméstica da família começa a perder sua força, deslocando-se de um caráter autoritário para uma orientação mais democrática. Esta nova orientação inaugura a chamada família germânica. Os traços iniciais e característicos deste modelo são a sacralidade da

³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, p. 25.

⁴ *Ibid.* p. 26.

família, a sua importância como instituição, diminuição da autoridade patriarcal e uma maior participação de todos os seus integrantes.

2.2: A família como instituição

Este modelo de família fundada no casamento se consolida pela sociedade burguesa até o início do século XX⁵.

Evidentemente o Direito não fica alheio a esta estrutura social, muito pelo contrário, ele se adequa de modo a disciplinar a nova realidade. Verifica-se neste primeiro momento uma certa preocupação em proteger o vínculo conjugal como fator de coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes⁶. Busca-se evitar interferências externas na estrutura familiar de modo a se preservar a paz doméstica.

Assim em todas as relações de família destacava-se a característica do “sacrifício individual”⁷, sempre contando com uma enorme ingerência do Estado nestas questões. O vínculo conjugal em um primeiro momento era indissolúvel⁸. Entre os cônjuges o marido era quem exercia o poder familiar⁹ e quem autorizava a mulher a praticar certos atos da vida civil¹⁰. Em relação aos filhos, estes deviam se sujeitar de forma absoluta ao poder paterno e o filho adulterino jamais possuía a mesma proteção dos filhos legítimos¹¹. Verifica-se assim o sacrifício do cônjuge insatisfeito com a permanência do vínculo conjugal, da mulher e dos filhos.

⁵ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil*.

⁶ Gustavo Tepedino, *A disciplina Civil-constitucional das relações familiares*, p. 397.

⁷ *Ibid.* p. 400.

⁸ O instituto do divórcio foi inserido pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação da Lei 6.515/77 (“Lei do Divórcio”), e só se admitia um único novo casamento (art. 38).

⁹ De acordo com o Código Civil de 1916 em seu art. 233, cuja redação foi alterada pela Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada): “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

¹⁰ Art. 242 do Código Civil de 1916.

¹¹ Por exemplo a Lei 883/49 condicionava o reconhecimento do filho adulterino à dissolução da sociedade conjugal.

Desta forma considerava-se a família fundada no casamento como um bem em si, como uma instituição essencial para a proteção da paz doméstica.

2.3: A família moderna

Fala-se hoje em uma família moderna, que seria caracterizada pela redução do número de integrantes e por uma maior autonomia destes (processo de “pós-nuclearização” da família). Estas características são frutos de alguns processos sociais que ocorreram recentemente, como as grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção, sua emancipação, problemas habitacionais e de ordem econômica.

A autonomia dos integrantes da família foi reforçada pela possibilidade de dissolução do vínculo conjugal através do divórcio, passando o casamento a representar a realização de projetos individuais. Esta instabilidade do casamento é na verdade uma decorrência de uma maior possibilidade de escolha da estrutura familiar mais conveniente.

Neste sentido há estudiosos defendendo uma crise da família, alegando um suposto processo de desagregação, decorrência da diminuição do fator de coesão familiar. No entanto este posicionamento não parece correto, por justamente desconsiderar o aspecto sociológico de um organismo social que está sujeito a condições de tempo e espaço.

O que ocorre é a transição de um modelo unitário (família fundada no casamento) para novas configurações diferenciadas de família, não fundamentadas em estruturas formais, mas sim privilegiando o afeto, a solidariedade e a promoção da dignidade humana. É a busca de mecanismos jurídicos diversos que garantam o respeito às diferenças, necessidades e possibilidades.

Considerando-se que a família ainda é almejada como uma relação que todos esperam possuir e manter¹², não há crise da família, mas sim alterações na sua estrutura e concepção. Tratando-se de um processo evolutivo ainda não consolidado, as influências sociais na família irão acarretar na formação de um novo paradigma jurídico que discipline a mesma.

2.4: O direito de família constitucionalizado

Enquanto a família passava por todas estas transformações em sua estrutura, o mesmo ocorria no nosso ordenamento jurídico. O Código Civil, antes responsável pela unidade de todo o Direito Privado, regulando as relações privadas e garantindo direitos individuais, perde esta função com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com o surgimento dos chamados microssistemas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, eliminando de uma vez por todas a antiga separação hermética entre o direito público e o direito privado.

Segundo aquele pensamento, a esfera pública jamais se encontraria com a esfera privada, sendo necessário que os intérpretes as protegessem de qualquer invasão. Assim tínhamos uma concepção absoluta do direito privado, cujos institutos não comportavam qualquer tipo de limitação ou funcionalização. Assumiam o palco os “protagonistas” do Código Civil de 1916, quais sejam o proprietário¹³, o contratante¹⁴, o marido¹⁵ e o testador¹⁶.

Agora a própria Constituição passa a conferir a unidade do ordenamento, característica essencial e lógica da estrutura e da função do sistema jurídico. Segundo Hans Kelsen, este sistema hierarquicamente

¹² Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil*.

¹³ Podia usar e abusar da propriedade.

¹⁴ Contrato é lei entre as partes, ainda que sobrevenha onerosidade excessiva para um dos contratantes.

¹⁵ Titular do poder marital, chefe da família.

¹⁶ Podia impor arbitrariamente cláusulas restritivas aos bens que compõem até mesmo a legítima.

sistematizado fundamenta-se na existência de uma norma fundamental que servirá como fator de validade para toda a ordem jurídica. Isto significa que todos os princípios e valores propugnados pela Constituição, devem estar presentes em todo o ordenamento infraconstitucional.

Esta nova hermenêutica, ao conferir o papel unificador do sistema à Constituição Federal, coloca a dignidade da pessoa humana no vértice de todo o ordenamento justamente por ter sido elevada a categoria de princípio fundamental (art. 1, III). Agora os institutos jurídicos não mais se fundamentam em sí, mas apenas enquanto promoverem os valores existenciais.

Esta nova proposta de reinterpretação do direito civil clássico à luz da dignidade da pessoa humana é chamada de Direito Civil Constitucional, e apresenta-se muito mais adequada para a eliminação da desigualdade e da injustiça, efetivamente consagrando a dignidade humana.

Através desta proposta é possível conciliar a família institucionalmente privilegiada na Constituição Federal de 1988 (art. 226) com a função de promoção da dignidade dos seus integrantes. Assim, este conceito formal da família fundada no casamento dá lugar a um paradigma instrumental da família.

2.5: A família instrumentalizada

Desta forma, diante das mudanças sociais pelas quais passou a família, destacando-se a redução no número de integrantes e uma maior autonomia dos mesmos, o Direito aos poucos foi reconhecendo a necessidade de estabelecer uma nova concepção de família.

Primeiro reconheceu a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal e, posteriormente, a filiação passou a ser a principal preocupação do ordenamento. A família já não é mais visto como uma rígida estrutura formada através de uma única fórmula.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a dignidade humana foi elevada a fundamento da república, passando a ser o vértice do ordenamento jurídico. A perspectiva civil constitucional, que propõe a reinterpretção do direito privado iluminado pela Constituição, consegue desta forma apresentar um meio para se proteger essas novas entidades familiares, cujos vínculos se unem pela força do afeto, e não mais pela sua forma rígida.

Nesta ótica a família ainda vai possuir um valor institucional que merece ser preservado, afinal ela ainda serve como ponto de referência do indivíduo na sociedade, como uma fonte de solidariedade e segurança que dificilmente é substituída por outra forma de convivência social¹⁷, porém a sua proteção estará condicionada a um elemento finalístico, o desenvolvimento da personalidade humana.

Esta funcionalização da família deve importar no abandono de posições clássicas de uma proteção supra-individual, inspirada e influenciada por questões políticas ou religiosas. A família agora deve ser valorada de maneira instrumental, tutela apenas na medida em que promove a dignidade de seus integrantes, que permita a sua realização pessoal.

¹⁷ Tepedino, pag. 372.

Capítulo 3: O Afeto como um Valor Jurídico

3.1: O Direito e a Psicanálise

O afeto é objeto de estudo de outras formas de saber, como por exemplo as ciências sociais e também as ciências da psique, cada uma trazendo suas contribuições para o assunto. Talvez por isto seja comum escutar que o afeto é algo que não diga respeito ao Direito.

Considerando as transformações da sociedade e o que alguns chamam de crises de valores, faz-se necessário uma nova forma de organização das ciências, de modo a privilegiar o diálogo interdisciplinar. Nesta proposta temos o direito oferecendo uma perspectiva objetiva da realidade, ligado às possibilidades e limites das relações, e a psicanálise oferecendo uma perspectiva subjetiva, ligada ao afeto e ao desejo.

Porém nem sempre foi este o pensamento dominante dos estudiosos de cada área. Antes defendiam a completa separação entre a psicanálise e o direito, sob pena de se verificar uma infidelidade científica.

O grande benefício deste estudo interdisciplinar é justamente propiciar uma hermenêutica mais abrangente. Permite-se verificar o que da nossa constituição psíquica deve estar em nossas Constituições para que realmente façam sentido, e assim entendermos a sua estrutura dinâmica. Ao contrário, podemos verificar também o que da nossa Constituição está presente em nossa constituição psíquica, permitindo entender melhor os sujeitos em sua relação com os outros.

Ao invés de dividirmos os estudos dos relacionamentos humanos, ao unirmos a subjetividade com a objetividade, torna-se possível o reconhecimento da dignidade humana, respeitando o sujeito em sua integridade¹⁸, tanto como sujeito de direito quanto como sujeito de desejo.

¹⁸ GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, pág. 11.

O sujeito de direito é aquele que age consciente de seus direitos e deveres e segue leis estabelecidas em um dado ordenamento jurídico. O sujeito de desejo é aquele que está submetido também às leis regidas pelo inconsciente. Assim o direito, por ser objetivo, enxerga a sexualidade de forma genitalizada, enquanto para a psicanálise a sexualidade é da ordem do desejo. Questiona-se assim se “pode o direito legislar sobre o desejo, ou será o desejo que legisla sobre o direito”¹⁹?

Esta nova abordagem mostra-se essencial para o estudo do Direito de Família, ao conceber a idéia do sujeito do direito desejante.

3.2: A família fundada no afeto

A família sempre foi o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem ela não seria possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É nela que nos estruturamos como sujeitos e nos desenvolvemos. Desta forma consta inclusive da Declaração Universal de Direitos Humanos em seu artigo 25, ao preceituar que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade”.

Até mesmo por uma interpretação literal do dispositivo se verifica que não se excluiu as diversas possibilidades de constituição de família, além da tradicional fundada no matrimônio. No momento em que foi feita a Declaração, o ideal da liberdade já estava bem consolidado, e assim se insere a liberdade das pessoas escolherem outras formas de constituição de família.

No entanto, no Brasil esta posição só veio a ser reconhecida juridicamente através da Constituição da República de 1988, ao admitir a pluralidade de famílias, fazendo apenas expressa menção aquela formada pelo casamento, pela união estável e pela família monoparental. Podemos verificar desta forma uma tendência, inclusive mundial, de se legitimar e reconhecer as mais diversas representações sociais da família.

¹⁹ Ibid, pág. 12.

Com todas estas diferentes estruturas de família, criou-se a necessidade de formular um conceito de família que estivesse acima de conceitos morais, tendo em vista o caráter discriminatório e estigmatizante que os mesmos acabam impondo. Este conceito de família precisava ser caracterizado por um elemento que estivesse presente nas famílias em qualquer tempo ou lugar, afinal a família sempre foi a célula básica de todas as sociedades.

Para esta tarefa o direito não conseguiu apresentar uma resposta, fazendo-se necessário se socorrer da antropologia e da psicanálise. De acordo com Claude Lévi-Strauss *a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função*²⁰. O interessante desta conceituação é justamente esta natureza de “lugar”, por possibilitar que um indivíduo ocupe o lugar de pai, ainda que não seja o pai biológico.

Esta estrutura familiar que existe antes do direito é que importa trazer para o campo jurídico. É sobre ela que o direito vem regulando e legislando ao longo do tempo, buscando mantê-la como local de desenvolvimento das pessoas.

Agora, será que é o vínculo jurídico que garante a existência da família? Evidente que não. O laço biológico da filiação não é garantidor do vínculo familiar. A família não deve ser vista a partir de um elemento natural, mas sim de um elemento cultural.

Neste momento que a convergência do direito com a psicanálise mostrou-se valiosa, pois como foi dito, passamos a estudar um sujeito de direito e de desejos.

É da própria natureza do desejo, desejar algo mais. Nossa própria estrutura psíquica nos faz sempre achar que está faltando algo, sempre desejamos mais.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social*
DENTRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E PSICANÁLISE.

A palavra afeto tem uma origem etimológica bastante controversa. Segundo Sérgio Resende, teria uma origem latina: vem de *ad*, com significado de “para” e *fectus*, com significado de fato ou feito, o que resultaria em feito um para o outro²¹.

Não é a toa que há filósofos que defendem que só se encontra a felicidade na relação com outra pessoa, sendo impossível alguém ser feliz sozinho. No entanto este desejo de se sentir unido a alguém desvincula-se da genitalidade ou da sexualidade, aproximando-se muito mais do afeto.

O afeto atua como um sustentáculo da liberdade e da dignidade humana. Não é possível pensar em liberdade se as pessoas não podem ser sujeitos da própria vida, destino e desejos. Verdadeira liberdade só existirá naquele ordenamento que não exclua formas diferentes de constituição de família, considerando o afeto como norteador e condutor da organização jurídica sobre a família.

Assim, a psicanálise, a sociologia e o próprio direito reconhecem no afeto o elemento qualificador das relações familiares. A nova e importante inovação é fazer do afeto a razão única da família²².

3.3: Previsão Constitucional do Princípio da Afetividade

Defende-se atualmente o princípio da afetividade, buscando-se assim retratar a natureza de norma, tendo um caráter normativo, e sendo extraída do próprio ordenamento jurídico.

É oportuno ressaltar mais uma vez a proposta de constitucionalização de todo o direito privado, significando que valores e princípios constitucionais irão ser refletidos em todos os institutos jurídicos. Isto ocorre de forma mais impactante no próprio Direito de Família, que deixa de lado o mito da codificação, das regras formais, do enclausuramento de

²¹ Paulo Luiz Netto Lôbo, A família enquanto estrutura de afeto. In: BASTOS, Eliene Ferreiras; DIAS, Maria Berenice. *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²² Ibid.

seus integrantes, passando a ser constantemente iluminado pela dignidade humana e por todos os outros princípios constitucionais.

A Constituição Federal em seus artigos 226 e 227 assimila o marco da família funcionalizada, priorizando a necessidade de realização da personalidade dos membros, subsistindo a afetividade como justificativa para a permanência da entidade familiar.

Desta forma a afetividade emerge como valor jurídico e também como princípio jurídico norteador do Direito de Família. Assume a afetividade verdadeiro papel de elemento constituinte da entidade familiar contemporânea²³.

Por trás do princípio da afetividade está justamente a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. A família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que serve de veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros.

Lembramos que também que são princípios constitucionais os princípios que derivam dos princípios constitucionais, ou seja, em outras palavras, existe uma principiologia implícita que é extraída a partir do texto constitucional expressamente previsto.

Embora a Constituição em nenhum momento faça referência expressa a um princípio da afetividade, este pode ser extraído da análise de diversos dispositivos constitucionais:

- O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição.
- O princípio da solidariedade, previsto no artigo 3º, I, da Constituição.
- O princípio da convivência familiar e comunitária, previsto no artigo 227 da Constituição.

²³ TUPINAMBÁ, Roberto. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; DE OLIVEIRA, Guilherme. *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- O princípio da igualdade entre cônjuges e entre filhos, previstos no artigos 226 e 227, §6, da Constituição.
- O instituto da adoção como escolha afetiva, sendo protegida constitucionalmente no artigo 227, §§5 e 6, da Constituição.

Além disso não há qualquer referência constitucional à eventual primazia da biologia sobre a socioafetividade, permitindo, a *contrario sensu*, haver uma previsão constitucional implícita da socioafetividade. Evoluiu o direito ao considerar a passagem do fato natural da consangüinidade para o fato cultural da afetividade.

3.4: Previsão infraconstitucional

A afetividade assumiu maior relevância dentro do Código Civil a partir da investigação de paternidade, afinal com os avanços da biomedicina, permitindo-se saber com significativo grau de certeza a verdade genética, ocorreu uma intensa corrida em busca da “verdade real”, passando por cima da “verdade jurídica”. Neste contexto o Judiciário foi chamado a se manifestar quanto a definição do vínculo que une pais e filhos, quando essa estrutura familiar não está fundada na consangüinidade.

Esta criança passa a ser disputada por duas pessoas, uma argumentando a uma verdade biológica e a outra uma realidade fundada na convivência. A jurisprudência, prestigiando o comando constitucional, passou a atentar ao melhor interesse do menor e assim a investigar quem a criança considera seu pai e quem a ama como seu filho. Este prestígio ao afeto fez surgir a filiação socioafetiva, se sobrepondo à realidade biológica.

O vínculo de parentesco não é mais definido pela doutrina em função da identidade genética. A interação do Direito com a Psicanálise, permitiu que a Justiça fosse muito mais atingida pela realidade psíquica do que pela verdade dita pela lei. Aliás não poderia ser outra a orientação, tendo em

vista a popularização dos diferentes métodos de reprodução assistida, possibilitando a todos a realização do sonho de ter filhos.

Por todas essas inúmeras possibilidades, o vínculo de filiação não deve ser buscado na verdade jurídica, na maior parte das vezes fundada em presunções, nem na realidade biológica. A paternidade deve estar condicionada a posse do estado de filho, reconhecida como a relação afetiva, íntima e duradoura, onde a criança é tratada como filho por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar²⁴. A paternidade não é um fato biológico, mas sim um fato da cultura, está antes no comprometimento e no serviço do que na procedência do sêmen²⁵.

Ciente desta nova orientação, o Código Civil no artigo 1.593 prevê expressamente a possibilidade de constituição do vínculo de parentesco sem ser pelo elemento da consangüinidade, abrindo a possibilidade de reconhecimento do afeto como elemento de constituição do vínculo familiar:

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

O mesmo pode-se dizer quando o Código trata da prova da posse do estado de filho no artigo 1.605:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

²⁴ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 85.

²⁵ FACHIN, LuizEdson. *Família hoje. A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

Por outro lado, a lei Maria da Penha em seu art. 5º, enterrou de vez o paradigma patriarcal e fundado no matrimônio, reconhecendo expressamente o afeto como qualificador das relações de família, possibilitando diferentes formas de constituição, independentemente da opção sexual das pessoas:

"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - omissis

*II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou **por** vontade expressa;*

*III - **em qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

*Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**"*

Capítulo 4: O Afeto como Qualificador das Relações Familiares

4.1: Introdução

No primeiro capítulo deste trabalho tratamos de explicar as mudanças sociológicas que ocorreram na estrutura da família ao longo do tempo, que resultaram em uma profunda alteração de seu paradigma.

Por sua vez no capítulo anterior, o objetivo foi demonstrar como o afeto passa a ser reconhecido juridicamente como um valor ou um princípio, sendo previsto implicitamente na Constituição Federal e expressamente no Código Civil.

Neste último capítulo o foco é abordar os efeitos jurídicos deste reconhecimento. Tentar demonstrar como o afeto se comporta como o elemento qualificador das relações familiares, e que conseqüências são geradas no momento de instituição da família, durante a relação familiar e até mesmo na sua extinção.

Apenas a título de ilustração, enquanto o princípio da boa-fé rege os negócios jurídicos na sua formação, execução e extinção, o princípio da afetividade exerce semelhante função nas relações familiares.

Por este motivo alguns temas específicos serão abordados a seguir, de modo a demonstrar a correta interpretação da norma através do norte do afeto. Evidentemente o objetivo não é exaurir toda a discussão e apresentar todos os argumentos possíveis, mas sim em revelar que a questão do afeto necessariamente deve ser abordada seja qual for o instituto do Direito de Família que se está discutindo.

Partimos do raciocínio que se nas questões práticas e específicas sempre se faz necessário abordar a correta relação com os princípios, assim, *a contrario sensu*, deve ser também importante que ao tratarmos de

questões mais abstratas, como o afeto nas relações familiares, faça-se referências também as aplicações nos casos concretos.

Foram escolhidos, por um critério de relevância e atualidade:

- As diferentes formas de constituição de família;
- A guarda compartilhada e a paternidade homoparental;
- A desnecessidade em discutir a culpa na dissolução do casamento.

4.2: As diferentes formas de constituição das famílias

Primeiro é preciso se perguntar se é possível falar em novas formas de família, se a família é um conceito estático que permanece o mesmo ao longo do tempo partindo de uma definição clássica, ou se a evolução dos tempos é que por sua vez determina as formas de famílias.

Já há algum tempo alguns autores falam em uma possível crise da família, mas efetivamente isto jamais ocorreu e nem a família deixou de existir. O que acontece é uma alteração na sua forma tradicional, buscando agora se adaptar as novas necessidades humanas, adequando-se a novos conceitos de vida impostos pela economia, pela política ou pela moral.

O conceito de famílias é cambiante, varia de acordo com cada época, com cada parâmetro econômico, político, moral e religioso, havendo sempre novas formas de relações familiares.

Apesar das alterações ocorridas no modelo tradicional da sociedade, isto não significou o fim dos vínculos familiares, que persistem como uma aspiração comum a todas as pessoas. Importante ter sempre em mente que a família é um fato social, que tem um passado, vive um presente e irá se transformar no futuro. Se uma estrutura em determinado período foi “suficiente”, no sentido de se mostrar adequada a princípios, costumes e valores da época, não necessariamente o mesmo tratamento deve ser oferecido agora.

Neste mundo globalizado, composto por uma sociedade cada vez mais tolerante e livre, como dito anteriormente, as pessoas passaram a se sentir a vontade para escolher novas formas de família que melhor as permita atingir a felicidade, não mais se sentindo presas a estruturas convencionais estabelecidas por uma sociedade conservadora.

A família desvincula-se do seu modelo originário, fundada no casamento, no sexo e na procriação. Com o movimento das mulheres, os métodos contraceptivos e as técnicas de inseminação, temos hoje o sexo sem o casamento, o sexo sem a procriação, e o casamento sem procriação.

Algumas das justificativas para essa transformação é o multiculturalismo e a globalização, na medida em que outros países, de acordo com a sua própria cultura ou religião, podem prever formas de constituição de família diferentes das nossas, porém ao entrarmos em contato automaticamente passamos a admitir ou considerar estas novas possibilidades.

Inclusive esta questão vem sendo bastante discutida do ponto de vista do Direito Internacional, de modo a proteger estas formas de família em qualquer país do mundo, evitando-se a violação de um princípio básico dos Direitos Humanos que é a não-discriminação. Não há também no Direito Internacional ou nos Direitos Humanos qualquer definição do conceito de família, não obstante sempre se fazer referências a mesma. Busca-se também orientá-la com princípios como a igualdade, a autonomia familiar e a não-discriminação.

Por outro lado, tradicionalmente sempre houve relações afetivas fora do casamento, que eram chamadas de relações de fato (quando na verdade são relações de afeto) pela jurisprudência. Esta denominação revela a intenção dos juízes em utilizar normas do direito das obrigações para tratar aquele assunto, abordando apenas o aspecto patrimonial. O objetivo não era a proteção da dignidade humana, mas sim evitar o enriquecimento ilícito.

A Constituição Federal ao estabelecer como princípio fundamental a dignidade humana mostrou-se sensível a nova realidade. A partir de então o Estado deve proteger a família, por ser esta a base da sociedade, não mais especificamente o casamento.

Diante também do movimento de valorização da pessoa humana, o ordenamento jurídico passa a se mostrar mais preocupado em garantir direitos existenciais do que restringir a liberdade à padrões pré-estabelecidos de comportamento.

A Constituição ao reconhecer não somente a família constituída pelo casamento, mas também a união estável e a família monoparental, acaba consagrando o conceito de entidade familiar. Embora não haja no texto constitucional qualquer definição expressa da família, preocupou-se o constituinte, acertadamente, em estabelecer aquilo em que ela se funda: a promoção da dignidade humana.

Considerando-se que não existe qualquer limitação constitucional nas formas, não se pode interpretar de modo restritivo a família. É evidente a intenção em estabelecer uma “cláusula geral de inclusão”²⁶, permitindo a consagração de realidades familiares, que irão somar às tradicionais.

O conceito de família precisou ser reinventado diante desta visão pluralista das relações interpessoais. Assim, mostrou-se necessário identificar um elemento que definisse a família, sendo o mesmo encontrado no afeto. O afeto enlaça sentimentos e compromete vidas, transformando um vínculo afetivo em uma entidade familiar²⁷.

A família rígida, fundada na autoridade e na forma de legislações anteriores, dá lugar a família moderna, valorizada em cada um dos seus integrantes, fundada no amor, no afeto e na democracia.

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 95.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Paternidade Homoparental*. Disponível em <WWW.mariaberenice.com.br>. Acesso em 22 de Agosto de 2008.

Esta nova visão dos vínculos familiares busca prestigiar muito mais o comprometimento entre as pessoas, do que à forma de constituição ou identidade sexual dos integrantes. Passando a priorizar o laço de afetividade, é o envolvimento emocional o parâmetro que irá subtrair um relacionamento do âmbito do Direito Obrigacional, cujo núcleo é a vontade, e inseri-lo no Direito de Família, cujo núcleo é o amor.

Não obstante significativos avanços, um tipo de família ainda hoje encontra resistência para seu reconhecimento, aquela composta por pares do mesmo sexo. Em uma sociedade que ainda mantém uma moral conservadora, este segmento de pessoas é condenado a invisibilidade, afinal o Executivo não promove políticas públicas, o Legislativo nega-se em aprovar leis e o Judiciário, amparado na omissão legal, tem medo de fazer justiça.

Ocorre que a ausência de lei não pode servir de justificativa para se negar direitos. A união homoafetiva, como o nome já indica, é uma relação de afeto com o objetivo de constituição de uma família, tal como ocorre na união estável²⁸. Por este motivo não se pode aplicar normas do direito obrigacional que tratam das sociedades de fato, sob pena de violação do princípio da dignidade humana. As relações homoafetivas devem ser interpretadas e reguladas dentro do Direito das Famílias, e isso importa por exemplo em reconhecer a competência das Varas de Famílias para

²⁸ EMENTA: UNIAO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO. MEACAO PARADIGMA. NAO SE PERMITE MAIS O FARISAISMO DE DESCONHECER A EXISTENCIA DE UNIOES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUCAO DE EFEITOS JURIDICOS DERIVADOS DESSAS RELACOES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS , SAO REALIDADES QUE O JUDICIARIO NAO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATARIA. NELAS REMANESCEM CONSEQUENCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELACOES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICACAO DA ANALOGIA E DOS PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMONIO HAVIDO NA CONSTANCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIAO ESTAVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUCA A MELHOR HERMENEUTICA. APELACAO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA, PARA ASSEGURAR A DIVISAO DO ACERVO ENTRE OS PARCEIROS. (Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001)

juízo destas questões²⁹, ou então garantir os direitos sucessórios ao companheiro.

É bem verdade que o Direito costuma seguir a orientação e os clamores da sociedade, regulando as novas situações jurídicas. Ocorre que se a própria sociedade busca relegar a união homoafetiva ao véu da invisibilidade sob falsos argumentos e distorcidos valores, o papel do Judiciário, buscando preservar a dignidade humana e o princípio da igualdade, deve ser o mesmo, ou seja, emprestar juridicidade às relações afetivas entre duas pessoas do mesmo sexo, sendo certo que como consequência a sociedade começará a respeitá-las.

Como muitíssimo bem resumiu a autora Maria Berenice Dias, “*uma sociedade que se quer justa, livre, solidária, fraterna e democrática não pode viver com cruéis discriminações, quando a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos excluídos. Para cumprir esse lema, é fundamental a atuação dos juízes, que necessitam tomar consciência de que o estado de direito não é um simples estado de legalidade, e a verdadeira justiça não é meramente formal*”³⁰.

O grande trunfo de utilizar o afeto como qualificador das relações familiares é que ele não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem limites. Corresponde à uma busca por felicidade e que apenas se realiza em uma outra pessoa. Este comprometimento mútuo é que leva ao surgimento de encargos e obrigações, de direitos e prerrogativas no Direito de Família.

A partir do momento em que bastar o afeto para se reconhecer o vínculo familiar, não haverá limite algum para o reconhecimento de

²⁹ EMENTA: RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAIS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *A discriminação sob a ótica do Direito*. Disponível em <WWW.mariaberenice.com.br>. Acesso em 06 de Setembro de 2008.

diversas formas que surgirão ao passar dos anos. Esta nova concepção levará a sociedade a conviver com os mais variados tipos de relacionamentos, tornando-a muito mais democrática.

4.3: As relações familiares interpretados pelo afeto

4.3.1: O instituto da guarda

Um tema bastante atual é a guarda compartilhada, mais ainda com a promulgação da Lei 11.698/08 que passou a regular a matéria.

Tradicionalmente a regra em nosso ordenamento era o instituto da guarda unilateral, ou seja, aquela atribuída somente a um dos genitores, cabendo ao outro apenas uma função de supervisão. Na hora de fazer a atribuição, buscava-se aquele genitor com as melhores condições de obter a guarda, restando ao outro um direito de visita com horas restritas.

Alguns dos argumentos que sustentavam a guarda unilateral posteriormente foram identificados como verdadeiras crenças, na medida que não possuíam qualquer fundamento fático, sociológico ou psíquico. Dizia-se que a guarda caberia a mãe por ser ela mais preocupada com os filhos, que a criança precisa para a sua formação de um comando único e que dividir a educação dos filhos entre os pais seria mais um motivo de desagregação da família.

O primeiro argumento de que a mulher seria mais capaz de cuidar dos filhos é fruto da retrógrada visão que aos homens cabe o trabalho, enquanto as mulheres cabe o cuidado da casa. Ora, há muito tempo que nossa sociedade não mais se divide desta forma, e inclusive há quem veja atualmente uma “inversão dos papéis”. Deixando de lado o preconceito, os pais também descobriram as delícias da paternidade³¹, havendo inclusive

³¹ DIAS, Maria Berenice. *Filho da mãe*. Disponível em <WWW.mariaberenice.com.br>. Acesso em 02 de Outubro de 2008.

movimentos de pais que buscam uma maior convivência com seus filhos³² ou que buscam participar do nascimento da criança³³.

Além disso não é verdade que a criança precisa de um comando único para o seu desenvolvimento, menos ainda quando isto pode significar um distanciamento na sua relação com um dos seus genitores. Se ao longo da união conjugal a dificuldade consiste em conciliar o vínculo conjugal respeitando as individualidades, após a separação a dificuldade passa a ser conciliar o vínculo parental respeitando as individualidades do pai e da mãe³⁴. O fato de pai e mãe eventualmente discordarem sobre algum tema do interesse da criança, não deve resultar em prejuízo para a mesma.

Mostrando mais uma vez como as discussões dos institutos de família eram equivocadamente fundamentadas, inclusive e normalmente se utilizando de uma lógica patrimonial, toda esta fundamentação da guarda unilateral nos remete a idéia da posse do filho, que tratado como mero objeto³⁵ ficaria sob a guarda de um dos genitores, que detêm o poder de permitir ou não a visita do outro (que por sua vez apenas cumpriria um papel de fiscalização como dito anteriormente).

Com as mudanças ocorridas em nossa sociedade contemporânea e o estabelecimento da igualdade entre homens e mulheres, estas não querem mais ser vistas apenas como cuidadoras de crianças, e aqueles não querem mais ser meros pagadores de alimentos com o direito de visitar o filho somente em horas e dias determinados. Busca-se agora garantir ao filho o direito ao duplo vínculo de filiação, apesar da inexistência de um casal, e não uma simples distribuição de tarefas.

A partir do momento que o poder familiar compete igualmente ao pai e a mãe, que se responsabilizam pelos filhos, não há mais necessidade em

³² Movimento “Pais por Justiça” e Associação “Pais para Sempre”.

³³ Movimento “Pai não é visita”.

³⁴ TORRACA DE BRITO, Leila Maria. Guarda Conjunta: Preconceitos e prática no consenso. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit.

dividi-los em categorias distintas de “guardiães” e “visitantes”. E ainda que se mantenha o termo “guarda” fez bem o legislador em estabelecer a guarda compartilhada como preferência, ou seja, ainda que não exista consenso entre os genitores. Se pararmos para pensar, o estranho não é a guarda compartilhada, mas sim um dos pais ter acesso ao filho de forma regulamentada por uma decisão judicial.

Na proposta da guarda conjunta, os pais irão dividir as responsabilidades sobre os filhos ao mesmo tempo, participando de todas as decisões importantes referentes a educação, religião, saúde, lazer e estudos. Permite-se ainda um estreito convívio com cada um dos pais, ao mesmo tempo em que não sobrecarrega um deles especificamente, ocorrendo verdadeira “democratização de sentimentos”³⁶.

Enquanto a família permanecia unida, a criança desfrutava de seus dois genitores, assim não há porque na separação ocorrer o desmembramento do seu convívio. Compartilhando a convivência, privilegia-se o vínculo afetivo entre os pais e os filhos.

A guarda compartilhada se apresenta como a melhor proposta para o exercício da paternidade e também para o pleno desenvolvimento da criança. Novamente nos utilizaremos dos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

*A dissolução dos vínculos afetivos não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da vida conjugal dos genitores não deve comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação acarreta nos filhos*³⁷.

Demonstra-se desta forma como o afeto qualifica a relação familiar durante a sua própria existência, promovendo o melhor interesse da criança, de ter ambos os pais participando ativamente do seu desenvolvimento, e

³⁶ ³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Guarda Compartilhada, uma novidade bem vinda!*. Disponível em <WWW.mariaberenice.com.br>. Acesso em 10 de Outubro de 2008.

³⁷ Ibid.

conseqüentemente a dignidade humana, da criança e dos pais que não perdem o convívio.

3.2.2: Paternidade Homoafetiva

Tradicionalmente as relações familiares são vistas a partir da heterossexualidade e por isto é enorme a rejeição à possibilidade de homossexuais habilitarem-se para a adoção ou de até mesmo de terem um filho.

Argumenta-se basicamente que neste tipo de ambiente familiar a criança não teria um desenvolvimento adequado, na medida em que não teria parâmetros de ambos os sexos para a formação da sua própria identidade sexual, além da possibilidade de vir a sofrer repúdios na escola ou outro ambiente que freqüente, causando assim problemas de inserção social.

Novamente todos estes argumentos não foram comprovados por quaisquer tipos de estudos e assim não se pode deixar prevalecer um mito de que a homossexualidade dos genitores irá gerar uma patologia nos filhos³⁸.

O que está por trás desta idéia, é uma equivocada imaginação do ambiente familiar composto por homossexuais como um local de promiscuidade. A insistência em não regular a adoção por homossexuais flagra, portanto, evidente preconceito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de adoção por uma só pessoa, não sendo necessário estar casado ou viver em união estável, e também não fazendo qualquer menção a sua opção sexual. Não obstante isto, a adoção conjunta por duas pessoas do mesmo sexo encontra-se freqüentemente embaraçada em nosso ordenamento.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Adoção homoafetiva*. Disponível em <WWW.mariaberenice.com.br>. Acesso em 21 de Setembro de 2008.

Esta posição é difícil de ser sustentada, afinal basta um dos companheiros se habilitar ao processo de adoção, sem fazer qualquer menção ao seu relacionamento com esta outra pessoa do mesmo sexo. Neste caso a lei ao invés de privilegiar aquela hipótese de maior formalismo, acaba incentivando esta prática simulada no caso dos homossexuais, afinal se assim não for feito, eles jamais conseguirão adotar. O problema fica ainda maior pois o principal afetado em todo este assunto é justamente o adotado, afinal em eventual fim do relacionamento, não terá nenhum dos direitos de família em relação àquele que formalmente não o adotou.

O reconhecimento de uma relação como família é um dos pontos que merece mais destaque, pois além de efeitos patrimoniais, interfere também na própria dignidade humana. Dizer que não se trata de uma relação familiar, significa negar direito ao nome, direito a alimentos, direito ao convívio, direito ao afeto, direitos sucessórios. O afeto do filho para com os pais em nada se diferencia pelo fato de eles serem do mesmo ou diverso sexo³⁹.

Esta postura de negar direitos buscando inibir comportamentos pode ser vista em situações pretéritas, e sempre surtindo um efeito contrário do pretendido. A norma que impossibilitava o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, os chamados filhos espúrios, buscava coibir o adultério masculino e ao mesmo tempo preservar o casamento. Na prática criou uma situação de irresponsabilidade para os homens, afinal poderiam ter quantos filhos quisessem e isto não lhes gerava nenhuma obrigação, e de total desamparo para o filho.

Aos poucos as relações homoafetivas estão obtendo aceitação social e assim não há outra alternativa a não ser o Direito reconhecer esta nova realidade social, na medida em que terá que proteger filhos que estarão

³⁹ Ibid.

vivendo nessa estrutura familiar. Fingir que não vê a nova realidade é negar direitos e atuar punitivamente⁴⁰.

Como a lei nega juridicidade as questões homoafetivas, não há qualquer dispositivo legal que autorize ou vede a adoção por casais homossexuais. Assim, pelo princípio da legalidade e do melhor interesse da criança, não há motivo legítimo que se retire da criança a possibilidade de viver em família.

Destaque-e o instituto da adoção como talvez aquele onde mais se verifica o valor do afeto, afinal por um ato de escolha e de amor do adotante, o adotado vê toda a sua expectativa de ter uma família ser atingida.

Ainda que a adoção ou a paternidade estivesse condicionada à opção sexual dos adotantes, teríamos uma clara violação do respeito à dignidade humana, pois feriria a igualdade estabelecendo um comportamento discriminatório. Enquanto isso milhares de crianças ficam na marginalidade, ou a espera de quem as adote.

Mais uma vez o critério deve ser a afetividade, elemento qualificador das relações familiares. Para se estabelecer o vínculo da paternidade basta determinar quem desfruta da condição de pai e quem o filho considera seu pai, sendo irrelevante qualquer questão biológica, presumida, legal ou genética. Não reconhecer a paternidade homoparental significa regredir um século e ressuscitar a perversa classificação de filho espúrio.

Verificado o relação de afeto entre pais e filhos, do mesmo sexo ou não, estamos diante de uma relação familiar que, necessariamente, sofrerá o influxo de todas as normas e princípios do Direito de Família, de modo que permita aquela estrutura buscar a felicidade de seus integrantes, promovendo a dignidade de cada um deles. Sendo o afeto o elemento identificador das entidades familiares, é este o sentimento que serve de

⁴⁰ Ibid.

parâmetro para a definição dos vínculos parentais⁴¹. Não havendo hierarquia entre as formas de família, não pode o intérprete diferenciá-las nas questões que envolvam a dignidade humana e a personalidade. Ser pai ou ser filho é uma destas hipóteses.

Felizmente esta nova postura já começa a despontar também na jurisprudência:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

4.4: Conseqüências na desconstituição do vínculo matrimonial

4.4.1: O sistema dual de dissolução do vínculo

Desde o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) nosso ordenamento jurídico adota a chamada dualidade de medidas dissolutórias do casamento: separação judicial (que substituiu o instituto do desquite) e o divórcio.

Apesar de algumas poucas diferenças que serão posteriormente abordadas, não há como negar que ambos os institutos prestam-se para uma mesma finalidade, pôr fim ao casamento. A maior diferença prática é que na separação, embora não se fale mais em deveres matrimoniais, o cônjuge não pode convolar novas núpcias, enquanto que no divórcio estas são permitidas.

⁴¹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *Anais do I Congresso de Direito de Família*, Belo Horizonte, 1988, p. 486.

Há autores que enxergam uma incongruência entre os próprios termos adotados pelo legislador, afinal a separação põe termo ao casamento, mas não o dissolveria⁴².

No entanto, apesar do ordenamento ter passado a admitir a dissolubilidade do casamento, o instituto do divórcio apresentava normas bastante restritivas, afinal só poderia ser requerido após prévia separação judicial por 5 anos, e só podendo ser concedido uma única vez.

Felizmente a Constituição Federal de 1988, buscando facilitar o divórcio, reduziu o prazo de conversão para 1 ano, criando também uma modalidade direta, submetida apenas ao prazo de 2 anos da separação de fato. Neste momento cria-se a primeira previsão de um requisito puramente objetivo para dissolução do vínculo conjugal, não sendo necessário discutir em nenhum momento a culpa ou as causas.

Ocorre que nem sempre foi assim, e apesar dos avanços ainda hoje há dispositivos infraconstitucionais que estabelecem o elemento da culpa nos institutos para dissolução do vínculo matrimonial.

3.4.2: O inútil resquício da culpa

Há muito tempo a discussão da culpa como elemento da dissolução do vínculo afetivo está presente em nosso ordenamento. Basicamente a culpa é entendida como a quebra intencional dos deveres conjugais, o que resultaria na perda de determinados direitos e a imposição de determinadas sanções.

O Código Civil de 1916 apesar de não prever a possibilidade de dissolução do casamento, permitia o desquite (o que hoje corresponderia a separação judicial) apenas nas graves hipóteses previstas na lei, tais como no caso de adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúrias graves,

⁴²DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil, pag. 65.

abandono do lar por mais de 2 anos contínuos, ou por mútuo consentimento após 2 anos de casados.

Firma-se neste momento a culpa como propulsora da dissolução da sociedade conjugal, como se fosse possível auferir quais comportamentos seriam atentatórios à estabilidade matrimonial. Aliás a culpa continua presente em alguns artigos do Código Civil de 2002, tais como os artigos 1.572, 1.573, 1.578 e 1.704.

Inicialmente sem entrar no mérito se a culpa deve ser utilizada para a dissolução do vínculo conjugal ou não, é preciso antes discutir se é possível se afirmar um culpado, um responsável pelo fim do afeto, considerando a natureza íntima, psíquica deste elemento. Não há necessariamente um único acontecimento como causa imediata da ruptura, até porque esta é resultado de um sucessão de fatos próprios do convívio.

Destaque-se também que a discussão da culpa é vista no sentido da causa da dissolução, quando na verdade trata-se da própria conseqüência. O fim do afeto é a única causa da extinção do casamento, eventual “culpa” necessariamente é conseqüência deste fato. Até porque há inúmeros casos onde um cônjuge, embora saiba do adultério cometido pelo outro, o perdoa e mantém a relação afetiva, acreditando na possibilidade de manutenção da vida em comum. Não é a violação do dever conjugal a causa da dissolução matrimonial, mas sim a falta de vontade de compartilhar o afeto.

Nitidamente a caracterização da culpa nos remete a responsabilidade civil, mais precisamente na ocorrência de um ato ilícito. Por este raciocínio chegaríamos ao absurdo de estabelecer padrões médios de fidelidade, de assistência, ou até mesmo de performance sexual, para aí sim caracterizar-se o ato ilícito⁴³.

3.4.3: A vontade como único requisito para a extinção do casamento

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, p. 379.

Ao longo desta monografia a todo momento nos referimos a família como um espaço, um instrumento para a realização pessoal, por ser este o único modo de privilegiar o princípio da dignidade humana, valorizando os seus aspectos espirituais e o desenvolvimento da personalidade, em contraste a feição patrimonial até então dominante.

A família passa a ser vista como um meio para se atingir a felicidade e não como um fim em si, afinal as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, porém nascem buscando a felicidade e sua realização pessoal. Daí que se fala na funcionalização da família, a busca pela felicidade.

Neste sentido é que deve ser interpretado o sistema dual de dissolução do casamento, composto pela separação e pelo divórcio, afinal ambos os institutos prestam-se ao mesmo fim: encerrar aqueles casamentos em que o afeto deixou de ser o pilar de sustentação. A partir do momento que o legislador admite o divórcio submetido a um único requisito objetivo, não há como justificar a manutenção de normas próprias para separação judicial, onde irá se discutir a culpa e as causas para o fim do casamento. Este posicionamento revela-se contraditório, afinal se consegue mais facilmente a dissolução do vínculo do que o simples término dos deveres conjugais.

O próprio suporte fático para este sistema dual não existe mais. A dissolução da sociedade sem a quebra do vínculo familiar poderia até fazer algum sentido na época em que o casamento assumia uma feição patrimonialista, porém, com a Constituição de 1988 e a elevação do princípio da dignidade humana ao topo do ordenamento jurídico, o direito de família passa a estar fundamentado principalmente na afetividade. Desta forma não há como sustentar a manutenção de uma providência judicial que mantenha vinculados os cônjuges, quando já está ausente a base afetiva que sustentava a relação.

Diante da proteção constitucional à dignidade humana, fundada nos princípios da liberdade e da igualdade, é insustentável que a dissolução do casamento pode ser obstada por argumentos “jurídicos”, impedindo aquele que não mais tem afeto de viver livremente.

“Estando a sociedade vivendo um novo momento histórico, tão bem apreendido pela Constituição Federal, que trouxe um sem número de garantias ao cidadão e assegurou-lhe a liberdade e o respeito à dignidade, é de se questionar se o Estado dispõe de legitimidade para impor aos cônjuges restrições à sua vontade de romper o casamento”⁴⁴.

De acordo com o movimento de releitura do direito civil à luz da constituição e a conseqüente elevação da dignidade humana à princípio fundamental, o elemento da culpa para a dissolução do vínculo conjugal deve ser interpretado de outra forma pelos juristas.

O chamado “direito de ser feliz”, se fundamenta nesta nova concepção de família, informada principalmente pelos laços de afeto, de carinho e de amor. *A contrario sensu* é preciso considerar o chamado “desamor”, na medida em que ninguém deve ser obrigado a viver com quem não esteja feliz.

Assim, novamente se justifica a valorização do afeto nas relações familiares, que deve nortear todos os institutos do Direito de Família, seja no momento de formação da entidade familiar, seja durante a própria relação familiar, e também na dissolução do vínculo conjugal. Cessado o afeto, a base de sustentação da família inexistente, logo a dissolução do vínculo é o modo de garantir a dignidade da pessoa.

Seguindo toda esta explanação, defende-se inclusive um chamado “direito de não permanecer casado”, afinal se o ordenamento assegura a liberdade para se casar, deve também garantir a liberdade de não permanecer casado. Cessada a afetividade, ou com outras palavras os

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil, pag. 66-76.

projetos e anseios comuns, a dissolução do casamento deve ser vista de forma natural, como um direito a ser exercitado pela simples manifestação de vontade do cônjuge.

A partir do momento que o direito de constituir família é derivado do princípio da dignidade humana, também deve ser um direito do cônjuge não manter a entidade formada. Defender posição contrária acabaria por comprometer a própria existência digna.

Desta forma haveria um direito potestativo extintivo de qualquer um dos cônjuges que, mediante sua vontade, pode modificar a situação jurídica familiar, tendo em vista o fracasso da vida em comum. Inclusive o próprio cônjuge que eventualmente foi o responsável por esta ruptura tem o direito de dissolver o matrimônio, afinal não há que se fazer qualquer pesquisa a respeito da culpa.

Aliás esta orientação já vem sendo adotada em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica abaixo:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO SOBRE A CULPA. INEXISTÊNCIA. Hodiernamente não há falar em perquirição de culpa se demonstrado que o afeto, elã da vida matrimonial, está ausente da relação. Assim, resta configurado que ambos os cônjuges são os responsáveis pela falência do casamento e, ante a insuportabilidade da vida em comum, descabida a pretendida imputação de culpa exclusiva a qualquer um deles. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70006981104, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 09/09/2003)

SEPARAÇÃO JUDICIAL. ROMPIMENTO DO VÍNCULO CONJUGAL LOGO APÓS A CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO. DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE, EMBORA ADMITIDO PELO SISTEMA JURÍDICO. É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal. A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo porque difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto. A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se

abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional. Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando não há prova do contexto fático delineado na inicial tido como caracterizador do abalo moral suportado. Não há dor, aflição ou angústia para indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70010457786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 29/06/2005)

Deste modo, e principalmente neste momento, não deveria o judiciário debater esta questão que é impossível, até porque gera animosidade entre aqueles que um dia compartilharam o amor. Segundo a autora Maria Antonieta Pisano, o papel do juiz é justamente conciliar estas duas pessoas:

“dar razão a este ou àquele, uma vez que a razão está em todos os lugares e ao mesmo tempo não se encontra em lugar algum. Cabe-nos, sim, ajudá-los a abrir clareiras, ao invés das trincheiras, a buscar tréguas, ao invés de incentivar batalhas ou guerrilhas, para que auxiliemos a serem capazes de cooperar individualmente para a realização do todo”⁴⁵.

Por todos estes motivos argumenta-se que após a Constituição de 1988, a discussão da culpa para fins de dissolução do casamento é descabida, afinal feriria garantias constitucionais da pessoa humana. Esta inconstitucionalidade é fundamentada principalmente na violação do princípio da privacidade (artigo 226, §7) e do princípio da dignidade humana.

Do ponto de vista prático, a maioria dos efeitos decorrentes da separação independem da declaração de culpa, como por exemplo na guarda do filho ou na partilha de bens. Em relação aos demais efeitos que mantêm este elemento subjetivo, como por exemplo o direito a alimentos e

⁴⁵ PISANO, Maria Antonieta. *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro do Direito de Família.

a eventual perda do nome de casado, sua aplicabilidade não é imediata e os mesmos vêm sendo limitados ou amenizados pela lei e pela jurisprudência. Por mais este motivo a discussão da culpa está esvaziada, não havendo interesse jurídico em afirmá-la justamente pela falta de utilidade.

Infelizmente o modelo atualmente previsto em nosso Código Civil, admitindo a separação judicial fundada na culpa, acaba por apresentar semelhanças com uma ação de descumprimento de obrigações pactuadas em negócios jurídicos. Por esta via, o afeto seria equiparado a um dever obrigacional. Isto é totalmente contrário à tendência das relações familiares e da própria proposta civil-constitucional na medida em que patromonializa relações afetivas e coisifica a pessoa humana.

Apesar de não haver previsão legal, deve o ordenamento jurídico, *de lege ferenda*, apoiado pela melhor doutrina e jurisprudência, retirar das normas de dissolução do casamento o elemento da culpa, preservando a própria dignidade humana, submetendo a extinção a um único requisito: a vontade do cônjuge.

Capítulo 5: Conclusão

Não é mais possível falar em Direito de Família e não abordar a questão do afeto. Presente em nosso ordenamento como um princípio constitucional implícito, a sua observância implica necessariamente no respeito à dignidade humana.

Esta nova perspectiva das relações familiares é fruto do movimento de constitucionalização de todo o direito civil, dando maior relevância jurídica aos direitos existenciais, do que aos direitos meramente patrimoniais.

Conforme visto ao longo deste trabalho, a família é um organismo social mutante, pois muda de forma conforme o período e a sociedade em que vivemos. Anteriormente assumiu uma feição patriarcal, fundada na autoridade do homem e no sacrifício de seus integrantes. Buscava-se muito mais a proteção da instituição do que a felicidade de seus membros.

Atualmente as pessoas inspiradas pela liberdade e pela democracia enxergam na família a possibilidade de se encontrar a felicidade. Não mais vista como uma instituição, a família apenas se legitima na exata medida em que se volta para a realização pessoal de cada um dos seus integrantes.

Por este motivo devemos abandonar do direito de família aqueles posicionamentos que impliquem toda uma lógica do direito obrigacional. Até porque, segundo Ingo Sarlet⁴⁶, qualquer tratamento que vise diminuir a condição de pessoa à condição de coisa, importa automaticamente em um tratamento indigno.

Por outro lado, a dignidade humana deve ser observada a partir dos seus quatro princípios informadores: liberdade, igualdade, solidariedade e integridade⁴⁷. A partir desta construção não se pode também agir de forma

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 6ª ed.. Livraria do Advogado, 2008.

⁴⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

preconceituosa ou discriminatória em relação a outros tipos de entidades familiares, diferentes daquelas que julgamos “tradicionais”.

Deste modo o afeto deve ser visto como um elemento universal para a constituição e interpretação de qualquer entidade familiar, por carregar consigo a necessidade de respeitar a dignidade humana. A partir do momento em que esta orientação for seguida, estaremos caminhando para uma sociedade mais justa, livre e solidária.

Bibliografia

BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, vol. 65, p. 21-32.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos tribunais*, vol. 779, p. 47-78.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil*.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*, 10ª ed.. Petrópolis: Vozes, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 4ªed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*, 2ª ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Família hoje. A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. V. 16ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 585p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva; DE OLIVEIRA, Guilherme. *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 583p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito de Família*, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, vol. IV, 4ª ed.. São Paulo: Atlas, 2004.

WWW.mariaberenice.com.br

<http://www.tj.rs.gov.br/>