

# O marco da Constituição Federal de 1988 no reconhecimento das novas formações familiares: a afetividade como princípio jurídico do direito das famílias

*Carlos José Cordeiro*

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (mestrado e especialização) em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Membro do Instituto de Direito Privado (IDP); Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

## **1 Introdução**

Objetiva o presente estudo discorrer a respeito das transformações sofridas pela instituição familiar no Brasil, representadas, notadamente, pelo reconhecimento da pluralidade familiar e pela adoção do valor da afetividade como seu princípio fundante.

Para tanto, será apresentado, primeiramente, o cenário familiar anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, momento em que a família se resumia à entidade matrimonial, traduzindo-se em um modelo hierarquizado, patriarcal e preocupado com a preservação do patrimônio familiar em detrimento dos aspectos existenciais.

Em seguida, dar-se-á enfoque ao atual cenário familiar, normativamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988, em que

a família é identificada como a base da sociedade, constituída não apenas por vínculos sanguíneos/genéticos, mas, igualmente, por vínculos afetivos, e, por isso, detém o papel de promover o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros.

## **2 Transformações sofridas pela entidade familiar antes da Constituição Federal de 1988**

No Brasil, desde a instituição da República até antes do advento da Constituição Federal de 1988, a formação familiar reconhecida pelo Estado era, apenas, aquela constituída por meio do matrimônio. Tal disciplinamento legal se deu em razão da necessidade de preservar a harmonia da sociedade, fundada no aspecto patrimonial, ou seja, a família era vista como uma unidade de produção, a qual deveria permanecer unida, sob a regência do patriarca, de modo a possibilitar o acúmulo de riqueza, requisito essencial para a ascensão social.

Em vista disso, o Código Civil de 1916 consagrou a identificação da família unicamente ao instituto do casamento e, por consequência, trouxe vedação expressa quanto ao reconhecimento de qualquer direito às relações que se distanciassem da união conjugal, as quais eram identificadas, por esse diploma legal, como espúrias, adulterinas ou concubinárias. Além disso, possuía por fundamento a necessidade de preservação da família — notadamente devido ao caráter patrimonial atribuído às uniões conjugais —, razão pela qual o Código Civil de 1916 elencava direitos e deveres de observância obrigatória pelos cônjuges, bem como, em sua redação original, determinava a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Todavia, sendo a família um fenômeno cuja formação se dá de modo espontâneo no meio social, o que se verificou, na realidade prática, foi a não sustentabilidade do vínculo matrimonial indissolúvel. De fato, independentemente da previsão do Código Civil de 1916, as

pessoas casadas rompiam as suas relações conjugais e formavam outras, tudo no plano fático, o qual, assim, não mais restava traduzido no plano jurídico. Diante disso, em 1977, com o advento da Lei nº 6.515 (Lei do Divórcio), instituiu-se a dissolubilidade do vínculo matrimonial, prevendo as figuras da separação judicial e do divórcio.

Dessa forma, constata-se que, no período anterior ao advento da ordem constitucional vigente, a legislação pátria tinha por foco, apenas, a proteção do vínculo conjugal, não reconhecendo, como entidade familiar, qualquer outro relacionamento afetivo instituído pelas pessoas no meio social.

Havia, assim, visão formal e transpessoal da família, na medida em que o casamento era tido como um bem em si mesmo, cuja essencialidade se tornara inquestionável, sobrepondo-se, inclusive, à consideração do afeto como elemento imprescindível para a instituição de comunhão de vidas entre o casal — o que, aliás, nem era cogitado pela legislação até então vigente.

Com efeito, com a Lei do Divórcio, tem-se o início da transição da concepção de família como espaço de poder orientado para a preservação da harmonia social e, por consequência, instituição estritamente limitada e disciplinada pelo Estado, para a sua concepção como instrumento a serviço do bem-estar dos seus membros, construída por relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Há, em decorrência, o aumento da complexidade das relações familiares, por assumirem perfil multifacetário, devido ao aparecimento de novas formações, como as famílias monoparentais, as uniões estáveis, as uniões afetivas entre pessoas de mesmo sexo e a filiação socioafetiva, que exigem, pois, uma nova visão da família pela ciência jurídica.

Nesse sentido, o Direito de Família se torna, na verdade, Direito das Famílias, em face das intensas transformações a que é submetido, as quais se baseiam, notadamente, na mudança de paradigma a fundamentar a formação e manutenção das entidades familiares, exte-

riorizado no valor da afetividade. Com efeito, o afeto constitui, na atualidade, o alicerce e a mola propulsora das diversas modalidades de formações familiares, pois abrange toda a gama de sentimentos inerentes às relações interpessoais — amor, paixão, amizade, simpatia, perdão, solidariedade, transigência, etc. — que sejam capazes de aproximar as pessoas em prol do alcance da felicidade individual e comum. Assim, o reconhecimento do caráter multifacetário da família é responsável por atribuir juridicidade ao afeto, pois este representa o fundamento de existência das relações familiares, cuja presença é imprescindível para a manutenção e preservação do vínculo familiar.

Portanto, deve-se entender por família a reunião de pessoas ligadas por vínculos afetivos — podendo ou não estar presente a consanguinidade —, cujo objetivo primordial seja possibilitar o integral desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, em busca da realização de suas aspirações à felicidade, bem como à construção de suas potencialidades em prol da convivência em sociedade. Logo, a família representa a unidade primária de associação dos indivíduos e, portanto, a unidade fundamental da sociedade, responsável por veicular afeto e solidariedade entre os seres sociais.

### **3 Formações familiares após o advento da Constituição Federal de 1988: a afetividade como princípio jurídico do direito das famílias**

Tendo em vista as concretas mudanças nas relações familiares, a Constituição Federal de 1988 é responsável por promover, normativamente, profundas alterações no conceito de entidade familiar. De fato, ao preceituar, como princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a Carta Maior impede a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, razão pela qual há o deslocamento da tutela constitucional pura e sim-

plesmente do casamento para abarcar todas as relações familiares que dele se diferem ou distanciam, desde que fundadas na afetividade.

Outrossim, a milenar proteção da família como instituição, ou seja, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, é ampliada para possibilitar a tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, possibilitando-lhes a efetiva busca pela felicidade, atribuindo à família, portanto, verdadeiro perfil eudemonista.

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988, ao adotar o princípio do pluralismo das entidades familiares, reconhece, ao lado da família conjugal, a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º), o que não impede a configuração de outras modalidades no seio social. Ademais, dispõe sobre a plena igualdade entre homem e mulher no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º), além de garantir iguais direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, por adoção ou decorrentes da socioafetividade, proibidas quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º).

Dessa forma, a Carta Magna de 1988 é responsável por consagrar importante transformação no conceito de família, a qual deixa de ser um organismo preordenado a fins externos, para se tornar núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que a constituem.

De fato, não cabe ao Estado-legislador criar o fenômeno familiar, mas apenas tutelar as famílias que se formam naturalmente, orientadas e estruturadas pelo afeto, de modo a proteger a dignidade de seus membros. Portanto, a família representa o ambiente em que cada pessoa busca a sua própria realização, por meio do relacionamento com outras pessoas, não se restringindo apenas ao casamento, estrutura familiar instituída pelo Estado.

O alargamento conceitual de família é responsável por permitir, em regra,<sup>1</sup> o reconhecimento como entidade familiar de toda e qual-

---

<sup>1</sup> Apesar da maior abrangência do conceito de entidade familiar, por meio do reconhecimento do afeto como elemento base de qualquer família, verifica-se a existência de exceções, sendo o seu

quer relação pontificada pelo afeto, independentemente da existência de sua previsão em texto legal — o que, inclusive, impõe a atribuição de tratamento isonômico a todas as relações familiares pelo Direito Civil, notadamente do Direito das Famílias, não podendo, pois, serem relegadas a apenas receberem reflexos do Direito das Obrigações.

Logo, ao lado do casamento, da união estável e da família monoparental — espécies que encontram expresso assento constitucional —, também são reconhecidas como família, dentre outras relações existentes no meio social: a união homoafetiva<sup>2</sup> — união afetiva

---

principal exemplo a proibição do incesto, que consiste em lei moral orientadora do Direito das Famílias. Nesse sentido, cumpre destacar o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental. Dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido. Em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação. Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada. Recurso provido. - Tem-se o conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés de tutela. Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança, advinda de relacionamento ‘aparentemente’ incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. Inteligência dos art. 5º da LICC; 3º e 4º, *caput*, do ECA; e 226, *caput*, e 227, *caput*, da CF”. (Apelação cível 1.0056.06.132269-1/001, Rel. Des. Nepomuceno Silva, 5ª Câmara Cível, j. em 6/12/2007, p. em 9/1/2008).

<sup>2</sup> Com relação às uniões homoafetivas, o Supremo Tribunal Federal, em 5/5/2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial (Resp) 1183378, em 25/10/2011, proveu recurso de duas mulheres que pleiteavam a habilitação ao casamento civil.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em 14/5/2013, Resolução nº 175, que determina aos Cartórios de todo o país que celebrem casamento homoafetivo ou convertam a união estável homoafetiva em casamento civil. A proposta partiu do então presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, e foi aprovada por maioria de votos dos conselheiros. Referida Resolução restou redigida nos seguintes termos: “Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no art. 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”.

Ainda acerca das uniões homoafetivas, cumpre ressaltar a existência do Projeto de Lei nº 5.120/13, que pretende alterar os art. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 do Código Civil, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Dentre as alterações, destacam-se as relativas aos dispositivos que caracterizam o casamento e a união estável, quais sejam: “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que duas pessoas

entre pessoas do mesmo sexo; a família anaparental<sup>3</sup> – convivência duradoura e contínua entre pessoas que possuam ou não vínculo de parentesco; a família pluriparental<sup>4</sup> (ou mosaico) – união entre pes-

---

de sexos diferentes ou do mesmo sexo manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”; e “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Ressalte-se que referido Projeto de Lei foi arquivado em 31/1/2015, com posterior desarquivamento em 6/2/2015, estando, até a presente data, com a tramitação paralisada. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>>. Acesso em: 19 jan. 2019).

<sup>3</sup> Reconhecendo, de forma indireta, a existência de entidade familiar entre irmãos solteiros que viviam juntos, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Execução. Embargos de terceiro. Lei 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido” (REsp 159.851/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. em 19/3/1998, DJ de 22/6/1998, p. 100). No mesmo sentido, também já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Civil e processual civil. Apelação. Embargos do devedor. Imóvel. Devedores solteiros. Bem de família. Impenhorabilidade. Possibilidade. Inteligência da Lei 8.009/90. - O conceito de família compreende, segundo a Lei 8.009/90, o agregado familiar. O art. 1º, *caput*, da Lei 8.009/90, alude a ‘entidade familiar’, a qual é definida, no art. 226, § 4º, da CF/88 como ‘a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’. Além desta hipótese, se compreenderá, no conceito do dispositivo, irmãos que vivem juntos. No caso dos autos, a impenhorabilidade do imóvel abrange também a pessoa solteira que, interpretando teleologicamente a letra da lei, é de igual forma considerada como entidade familiar” (Apelação Cível 1.0702.05.204204-2/001, Rel.ª Des.ª Márcia de Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, DJ de 20/7/2006, DP 10/8/2006).

<sup>4</sup> Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual foi reconhecido o direito do enteado à inclusão como dependente previdenciário do seu padrasto, *in verbis*: “Apelação. Direito previdenciário. Menor guarda. Possibilidade de inclusão como dependente previdenciário. Inteligência do art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90. - Caso concreto em que o marido da mãe tem a guarda do menor e pleiteia sua inclusão como dependente para fins previdenciários e de assistência à saúde. Está claramente comprovado, nos autos, que o autor é guardião do menor e que este depende economicamente do demandante, razão pela qual tenho que deve ser mantido como dependente previdenciário e para fins de assistência à saúde. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, é claro, em seu art. 33, § 3º, ao dispor que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários. O art. 5º, inc. V, da Lei complementar Estadual nº 12.134/04, possibilita a inclusão como dependente no IPE-saúde do enteado, caso dos autos. Custas. O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, por ser autarquia estadual, é isento do pagamento de metade das custas processuais, conforme o art. 11 da Lei 8.121/85. Apelo provido em parte” (Apelação Cível nº 70029781598, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, DJ de 26/8/2009, DP 2/10/2009). Outrossim, ainda quanto à família pluriparental, é importante destacar a possibilidade de alteração do nome do enteado em seu assento de nascimento, com a inclusão do nome familiar do padrasto ou madrasta – conforme previsto no art. 57, § 8º, da Lei nº 6.015/73 (introduzido pela Lei nº 11.924/09) – exigindo-se, para tanto, apenas a expressa concordância do padrasto/madrasta e a ausência de prejuízo dos apelidos de família.

soas egressas de outras famílias desfeitas, sendo compostas por filhos unilaterais e comuns; e a família paralela<sup>5</sup> — concomitância de duas entidades familiares, em que um dos membros de cada união é uma única pessoa.

O reconhecimento dessas diversas espécies de famílias é um

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Direito das famílias. União estável contemporânea a casamento. União dúplice. Possibilidade de reconhecimento face às peculiaridades do caso. Recurso parcialmente provido. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva — pública, contínua e duradoura — um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina — palavra preconceituosa — mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro” (Apelação Cível 1.0017.05.016882-6/003, Rel.ª Des.ª Maria Elza, 5ª Câmara Cível, j. em 20/11/2008, p. em 10/12/2008). Outrossim, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “Embargos infringentes. União estável. Relações simultâneas. - De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em (*sic*) sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família, não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o de *cujus* tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como coexistentes duas entidades familiares simultâneas. Desacolheram os embargos, por maioria” (Embargos Infringentes nº 70013876867, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, 4º Grupo Cível, *DJ* de 10/3/2006, DP 12/4/2006). No mesmo sentido: “Apelação cível. Ações declaratórias conexas relativas a uniões estáveis simultâneas. Companheiro falecido. Evidenciado, a partir do conjunto probatório, que ambas as autoras mantiveram união estável com o de *cujus*, inclusive com prole e com todos os contornos que lhe são peculiares: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, a procedência das duas demandas mostra-se inafastável, impondo-se, pois, reconhecer a existência de relações paralelas caracterizando ambas união estável, como definido em lei. Negaram provimento a todos os recursos” (TJRS. Apelação Cível nº 70024427676, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, 8ª Câmara Cível, *DJ* de 16/10/2008, DP 23/10/2008).

processo lento, gradual e constante, na medida em que somente se torna possível pelo acompanhamento do desenvolvimento cultural e intelectual da sociedade. Contudo, já é inquestionável, na sociedade brasileira, a noção de ser a entidade familiar encarada como verdadeira comunidade de afeto e de cooperação, desvinculando-se da exigência de um desenho legal imposto pelo Estado.

Em vista disso, destaca-se, inclusive, o desenvolvimento da teoria do poliamorismo, a qual defende a possibilidade de se admitir uniões afetivas simultâneas e paralelas<sup>6</sup> — ultrapassando a visão restritiva da monogamia —, com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade e na igualdade, objetivando tornar efetiva a função social das entidades familiares.

De igual forma, verifica-se que a afetividade, como elemento de essência das relações interpessoais na família, também proporciona o reconhecimento da chamada parentalidade socioafetiva.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *in verbis*: “União estáveis. Concomitância. Civil. Ações de Reconhecimento de uniões estáveis *post mortem*. Reconhecimento judicial de duas uniões estáveis havidas no mesmo período. Possibilidade. Excepcionalidade. Recursos desprovidos. 1 - Os elementos caracterizadores da união estável não devem ser tomados de forma rígida, porque as relações sociais e pessoais são altamente dinâmicas no tempo. 2 - Regra geral, não se admite o reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes, sendo a segunda relação, constituída à margem da primeira, tida como concubinato ou, nas palavras de alguns doutrinadores, ‘união estável adúlterina’, rechaçada pelo ordenamento jurídico. Todavia, as nuances e peculiaridades de cada caso concreto devem ser analisadas para uma melhor adequação das normas jurídicas regentes da matéria, tendo sempre como objetivo precípuo a realização da justiça e a proteção da entidade familiar - desiderato último do Direito de Família. 3 - Comprovado ter o *de cuius* mantido duas famílias, apresentando as respectivas companheiras como suas esposas, tendo com ambas filhos e patrimônio constituído, tudo a indicar a intenção de constituição de família, sem que uma soubesse da outra, impõe-se, excepcionalmente, o reconhecimento de ambos os relacionamentos como uniões estáveis, a fim de se preservar os direitos delas advindos. 4 - Apelações desprovidas” (Apelação Cível nº 2006.03.1.000183-9, Rel. Des. Nívio Geraldo Gonçalves, 1ª Turma Cível, DJ de 27/2/2008, m.v.).

<sup>7</sup> O reconhecimento da parentalidade socioafetiva é plenamente aceito pelos Tribunais pátrios. A título exemplificativo, tem-se a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Recurso especial. Ação negatória de paternidade c/c retificação de registro civil. Existência de vínculo socioafetivo nutrido durante aproximadamente vinte e dois anos de convivência que culminou com o reconhecimento jurídico da paternidade. Verdade biológica que se mostrou desinfluyente para o reconhecimento da paternidade aliada ao estabelecimento de vínculo afetivo. Pretensão de anulação do registro sob o argumento de vício de consentimento. Impossibilitada-

De fato, o reconhecimento do afeto como elemento atributivo do estado de filiação é abarcado pela Constituição Federal de 1988, pois, conforme já dito, consagra a igualdade substancial entre os filhos, vedando qualquer tratamento discriminatório (art. 227, § 6º), bem como assegura a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*). Outrossim, a Carta Magna, ao facultar ao casal o exercício livre do planejamento familiar, dispõe que este deve observar o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º), o que significa que ser pai/mãe não se resume apenas à concepção biológica da criança, mas sim constitui o efetivo exercício da função paterna/materna, de modo a contribuir para o completo desenvolvimento das potencialidades pessoais daquele tido como filho.

Por sua vez, o atual Código Civil reconhece a possibilidade de parentesco socioafetivo, ao dispor, em seu art. 1.593, que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou

---

de. Erro substancial afastado pelas instâncias ordinárias. Perfilhação. Irrevogabilidade. Recurso especial a que se nega provimento. I - O Tribunal de origem, ao contrário do que sustenta o ora recorrente, não conferiu à hipótese dos autos o tratamento atinente à adoção à moda brasileira, pois em momento algum adotou a premissa de que o recorrente, ao proceder ao reconhecimento jurídico da paternidade, tinha conhecimento da inexistência de vínculo biológico; II - O ora recorrente, a despeito de assentar que tinha dúvidas quanto à paternidade que lhe fora imputada, ao argumento de que tivera tão somente uma relação íntima com a genitora de recorrido e que esta, à época, convivia com outro homem, portou-se como se pai da criança fosse, estabelecendo com ela vínculo de afetividade, e, após aproximadamente vinte e dois anos, tempo suficiente para perscrutar a verdade biológica, reconheceu juridicamente a paternidade daquela; III - A alegada dúvida sobre a verdade biológica, ainda que não absolutamente dissipada, mostrou-se irrelevante, desinfluyente para que o ora recorrente, incentivado, segundo relata, pela própria família, procedesse ao reconhecimento do recorrido como sendo seu filho, oportunidade, repisa-se, em que o vínculo afetivo há muito encontrava-se estabelecido; IV - A tese encampada pelo ora recorrente no sentido de que somente procedeu ao registro por incorrer em erro substancial, este proveniente da pressão psicológica exercida pela genitora, bem como do fato de que a idade do recorrido corresponderia, retroativamente, à data em que teve o único relacionamento íntimo com aquela, diante do contexto fático constante dos autos, imutável na presente via, não comporta guarida; V - Admitir, no caso dos autos, a prevalência do vínculo biológico sobre o afetivo, quando aquele afigurou-se desinfluyente para o reconhecimento voluntário da paternidade, seria, por via transversa, permitir a revogação, ao alvedrio do pai-registral, do estado de filiação, o que contraria, inequivocamente, a determinação legal constante do art. 1.610, Código Civil; VI - Recurso Especial a que se nega provimento” (REsp 1078285/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. em 13/10/2009, *DJe* de 18/8/2010).

“outra origem”.<sup>8</sup> Além disso, em seu art. 1.596, consagra o princípio da igualdade material dos filhos, ao dispor que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Dessarte, a filiação socioafetiva não encontra seu fundamento no nascimento (fato biológico) ou em presunções legais (fato jurídico), mas sim na posse de estado de filho. Dessa forma, a caracterização de pai/mãe só pode ser reconhecida, efetivamente, àquele que desempenha o papel de protetor, de educador, de companheiro do filho; ou seja, não é o vínculo biológico ou a presunção legal que tornam alguém pai ou mãe, mas sim a assunção de tal papel por quem assim pretenda ser reconhecido.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Nesse sentido são os enunciados 103 e 256, aprovados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: “103 - Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”; “256 - Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

<sup>9</sup> Em 14 de novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, que “Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro ‘A’ e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”, sendo que, em seu texto, restou consignado, expressamente, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como verdadeiro vínculo fático e jurídico de filiação e que, portanto, independe da via judicial para que haja a sua averbação junto ao registro civil de nascimento. Nesse sentido, destaca-se o disposto no art. 10, *in verbis*: “Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. § 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação. § 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil. § 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes. § 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido”.

E, considerando o afeto como elemento essencial para a definição da perfilhação, cumpre destacar mais uma consequência da afetividade, qual seja a configuração do abandono afetivo.<sup>10</sup>

Deveras, o afeto, que reflete o fundamento da interação entre as pessoas, impõe aos pais um plexo de deveres jurídicos, que se substanciam nas noções de convívio, cuidado, criação e educação dos filhos, questões estas que envolvem, por consequência, a necessária e efetiva atribuição de atenção, bem como o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da prole. Dessa forma, a atribuição da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial ao genitor que, culposamente, frustra verdadeiros deveres jurídicos existentes perante seus filhos, tem por objetivo reprimir tais condutas do meio social — reafirmando a importância do papel paterno/materno para o desenvolvimento da pessoa — e, principalmente, visa tutelar os direitos da personalidade — e, portanto, direitos fundamentais — dos filhos.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> A possibilidade de o filho pleitear indenização por dano extrapatrimonial decorrente de abandono afetivo pelos pais restou reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. - 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia — de cuidado — importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes — por demandarem revolvimento de matéria fática — não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido” (REsp 1159242/SP, Rel.<sup>a</sup> Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 24/4/2012, *DJe* de 10/5/2012).

<sup>11</sup> Nesse sentido, destaca-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Civil direito de família. Responsabilidade civil subjetiva. Genitor. Ato ilícito. Dever jurídico inexistente. Abandono afetivo. Indenização por danos morais. - 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que

Do mesmo modo, o abandono afetivo também se configura na hipótese em que os filhos maiores deixam de prestar a devida assistência e atenção aos seus genitores já idosos, conduta esta que, além de consistir em verdadeira atuação moralmente condenável, representa grave ofensa a dever jurídico, qual seja o da solidariedade familiar. Aliás, ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 229, prevê que incumbe aos filhos o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Assim, deve ser reconhecida a conduta ilícita praticada pelos filhos que, literalmente, abandonam seus pais, atribuindo-lhes, pois, a responsabilidade civil por dano extrapatrimonial, na medida em que a omissão daqueles impede que estes possam usufruir, ao final de suas vidas, de uma existência digna.<sup>12</sup>

#### 4 Considerações finais

Diante do acima exposto, é possível concluir que, na sociedade atual, a determinação de uma relação como família não se vincula à sua

---

examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, § 3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioria, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido” (STJ. REsp 1579021/RS, Rel.ª Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 19/10/2017, DJe de 29/11/2017).

<sup>12</sup> Quanto à responsabilidade civil por dano extrapatrimonial em caso de abandono afetivo dos filhos em relação aos pais idosos, destaca-se a existência do Projeto de Lei nº 4.294/08, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, o qual propõe a alteração do Código Civil e do Estatuto do Idoso para estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Ressalta-se que, em 13/4/2011, foi aprovado, por unanimidade, parecer favorável a referido Projeto de Lei pela Comissão de Seguridade Social e Família. Em 25/6/2015, foi suspensa a discussão junto à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, estando, desde a referida data, paralisada a sua tramitação (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 19 jan. 2019).

conformação a um modelo legal ou mesmo doutrinário, mas sim apenas à presença do seu caráter eudemonista, ou seja, à sua orientação no sentido de permitir aos seus membros a busca pela felicidade individual, por meio da realização pessoal. Com efeito, por mais complexas que sejam as formações familiares, é perfeitamente compreensível e exigível a atribuição de tutela e proteção pelo Estado a essas relações, com a finalidade de se permitir a comunhão plena de vida e interesses entre seus membros.

Portanto, a afetividade, como elemento basilar da formação e estruturação familiar, merece receber o reconhecimento de seu valor jurídico — verdadeiro princípio jurídico aplicado no âmbito do Direito das Famílias —, de modo a propiciar o entendimento de que, numa relação de mútuo afeto, não é possível identificar a família como núcleo patrimonial e reprodutivo, mas sim deve ser compreendida sob o viés socioafetivo, por ser o afeto matriz de várias e novas representações sociais, responsável por permitir aos seus membros o alcance da felicidade da vida em comum.

## Referências

DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e a cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 301-308.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Desafios e perspectivas do Direito de Família no Brasil contemporâneo. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo*

*Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli.* São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 423-443.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias.* 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito.* São Paulo: Malheiros, 1995.

LIRA, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 25-46.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e a cidadania: o novo CCB e a vacatio legis.* Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 89-107.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: FAMÍLIA e sucessões: relações de parentesco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 385-392. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV).

MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no Direito brasileiro atual: direito pós-moderno?. In: FAMÍLIA e sucessões: relações de parentesco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 333-360. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV).

PERLINGERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-69.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 71-86.

VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, p. 400-418, maio 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: *FAMÍLIA e sucessões: relações de parentesco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 413-454. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV).