

**O AFETO COMO PRINCIPAL VÍNCULO
FAMILIAR E A SUA ABORDAGEM NO
DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

*THE AFFECTION AS HOME AND YOUR FAMILY
RELATIONSHIP APPROACH IN BRAZILIAN
FAMILY LAW*

José Paulo Gutierrez

Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Mato Grosso do Sul – UFMS
Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF
E-mail: josepaulo_gutierrez@yahoo.com.br

Andréa Souza Ferrão

Mestranda em Estudos Fronteiriços pela Universidade Federal de Mato
Grosso do Sul - UFMS
E-mail: andrea_ferrao@hotmail.com

Tais de Cássia Peçanha Rocha

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul -
UFMS
E-mail: tais_r1@hotmail.com

Data de Recebimento: 30/04/2011 Data de Aceite: 28/08/2011

RESUMO: O presente artigo aborda a significativa transformação que a família brasileira alcançou com a desbiologização de seus vínculos e o nascimento do afeto como a principal base formadora da família moderna. Analisa-se também os efeitos que a constitucionalização do direito de família trouxe para essa entidade e sua consequente democratização. Cuida-se da abordagem da família desde sua origem patriarcal até os dias atuais quando surge uma família multifacetada ensejando significativas mudanças em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Afeto; Família; Constitucionalização; Democratização.

ABSTRACT: This article aims to present the relevant transformation for the Brazilian family is going through with the removal of their bonds of the biological concept and the approximation of the affective concept. It also examines the effects that the constitutionalization of family brought for this entity and its consequent democratization. The article deals the patriarchal family from its origins to the present day where a family comes multifaceted occasioning significant changes in our legal system.

Key words: Affect; Family; Constitutionalisation; Democratization.

INTRODUÇÃO

A família como célula base da sociedade brasileira sofreu com os séculos grandes evoluções em sua estrutura e função. Mudanças estas que foram ensejadas pelas transformações das características sociais e econômicas da sociedade brasileira.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 16) diz que “O modelo familiar brasileiro sofreu influências das famílias romana, canônica e germânica”, e com isso formou-se um novo conceito para a família moderna, em que surge a ideia eudemonista, que se resume em uma formação familiar por laços de afetividade.

A família romana era basicamente patriarcalista, em que o *pater familias* possuía o direito de dispor dos bens familiares como lhe aprouvesse e não apenas este acumulava funções jurisdicionais, políticas e religiosas dentro de sua célula. A mulher era totalmente subordinada ao esposo, possuindo deveres para com ele e para com o lar e poderia ser repudiada caso descumprisse algum de seus deveres (SANTOS NETO, 1994, p. 20).

Com o passar do tempo, houve uma atenuação desse modelo, surgindo o modelo familiar Canônico que regeu as relações familiares em toda a Idade Média, ainda que o pátrio poder estivesse forte como no Direito Romano, quanto ao casamento surge uma preocupação maior com a sua manutenção preferindo falar-se em impedimentos a mencionar-se nulidades. As Ordenações Filipinas trouxeram grande influência do Direito Canônico ao Brasil devido à colonização Portuguesa.

Nesse sentido, convém ressaltar também que o antigo direito de família luso-brasileiro manteve muitas características do direito romano. Podemos mencionar dentre elas, duas características marcantes,

quais sejam, o pátrio poder era tido como prerrogativa exclusiva do varão e este era perpétuo e vitalício na pessoa do pai. Salientamos ainda que o pátrio poder vitalício vigorava no Brasil em pleno século XIX, cujo ordenamento jurídico era ainda puramente positivista, de forma que era aplicado em toda sua força, gerando inclusive discussões das mais esdrúxulas como o exemplo dado em obra do ilustríssimo doutrinador José Antonio de Paula Santos Neto sobre o Visconde de Cairu que indagava se um português filho de família, vindo ao Brasil para ganhar a vida, permaneceria ainda sob o poder paterno, vivo o pai em Portugal. Dessa forma, com a Resolução de 31 de outubro de 1831, combinada com a lei de 22 de setembro de 1928, a maioria foi fixada em 21 anos, com a consequente emancipação do filho para todos os efeitos (SANTOS NETO, 1994, p. 42-43).

Assim, com a chegada do Código Civil de 1916, o pátrio poder sofre uma atenuação aplicada a um modelo de família patriarcal mais brando que o romano, traduzido pelas ilustres palavras de Clóvis Beviláqua, “O pátrio poder, não é um poder discricionário, a que se não oponham os imperativos da moral, as exigências da vida social orientada pelos ideais da civilização, e os conselhos da higiene, que a sociedade erige em normas obrigatórias de proceder”. “O pátrio poder há de exercer-se dentro das normas éticas e no interesse moral do filho” (SANTOS NETO, 1994, p. 44).

Recentemente podemos dizer que o modelo brasileiro possui feições próprias embora o modelo germânico tenha regido mais algumas mudanças em nosso ordenamento. Enquanto o Código Civil de 1916 regulava uma família constituída unicamente pelo casamento, não reconhecendo qualquer entidade que fosse constituída fora desse, pregando ainda um modelo patriarcal, o Código Civil de 2002 absorveu algumas normas constitucionais. Moldando-se à evolução da sociedade brasileira, regulou temas como a União Estável, Família Monoparental e reconheceu o vínculo familiar existente pelo afeto mútuo entre os seus membros (DIAS, 2010, p. 30).

Notadamente os artigos 226 e 227 da Constituição Federal (CF) promoveram essa grande mudança. Enquanto o artigo 227, § 6º proibia a distinção de qualquer natureza entre os filhos havidos ou não no casamento, o artigo 226 promoveu uma nova conceitualização de Família, reconhecendo a União Estável em seu parágrafo 3º e a família constituída por qualquer dos pais e seus filhos em seu parágrafo 4º:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Podemos, dessa forma, visualizar a propositura de novos modelos de entidades familiares pela Constituição, alterando assim o velho conceito de família constituída apenas através do matrimônio que nos oferecia o modelo canônico. A partir deste dispositivo, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Assim, com a constitucionalização do direito de família e sua consequente democratização, a jurisprudência vem pouco a pouco reconhecendo direitos a outras entidades familiares surgidas do vínculo afetivo ao exemplo da homoafetiva entre outras. Alguns princípios constitucionais regentes da família moderna brasileira são de real importância para a formação dessa nova visão jurídica da família. Presumimos que estes princípios sejam as bases da família eudemocrática cuja afeição é principal vínculo.

Como exemplo, podemos citar o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana que decorre do art. 1º, III, CF. Tal princípio proporciona uma visão mais adequada sobre as relações entre os membros familiares. Dele se depreende outros princípios como o da igualdade ou o da solidariedade, que são, juntamente com outros princípios, a base para o reconhecimento da existência dessas novas entidades familiares.

Analisar os ensejos desse deslocamento de importância entre os vínculos familiares e proporcionar uma visão sobre os seus efeitos no âmbito jurídico é o objetivo deste trabalho, cujo tema tem se projetado em todas as relações familiares desde as conjugais até as de filiação, que recebem diretamente os efeitos da desbiologização desses vínculos familiares.

Desta forma, temos por supedâneo todas as mudanças trazidas ao nosso ordenamento jurídico pelas transformações sofridas pela

sociedade brasileira em decorrência das muitas influências que o modelo familiar sofreu com o passar dos tempos, além das muitas entidades familiares surgidas de um vínculo que vai além dos laços sanguíneos: o vínculo afetivo.

1 FORMAÇÃO PATRIARCAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Tratando-se do direito de família, do ramo mais social da ciência do Direito, não poderíamos deixar de iniciar nosso trabalho com uma análise própria das ciências sociais, no que diz respeito à moral e à ética. Moral, do latim *mos, moris* significa costume ou procedimento habitual. Podemos assim definir como o conjunto de normas sociais construídas num determinado tempo e num determinado lugar, seguidas com lealdade por aquele quem as aceitou. Já ética, do grego *ethos*, significa costume, conduta. Podemos defini-la como a ciência da moral; é uma análise crítica das condutas morais impostas pela sociedade ao indivíduo, é, ao contrário da moral, uma ciência intertemporal, já que em toda sociedade haverá sempre uma crítica às regras sociais de seu tempo (DIAS, 2010, p. 73).

O direito de família em muito se apoia nessas regras. O legislador em princípio firmou suas bases na moral e na ética de uma sociedade católica, na qual as regras cristãs eram mais presentes do que o próprio direito. As normatizações jurídicas da família estavam eivadas de preceitos religiosos, ainda que laico fosse o Estado. Exemplo este do substrato efetivo que a moral e a ética oferecem à ciência do Direito, conferindo conteúdo de validade à legislação.

Ao dispor sobre a família, o legislador sempre procurou estar em conformidade com a moral e a ética. Assim, a família do Código Civil de 1916 era idealizada nos moldes do catolicismo, ideia pela qual só era reconhecida a família proveniente do casamento heterossexual, atendendo dessa forma à moral daquela época. Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2010, p. 74), ressalta:

Historicamente a família sempre esteve ligada à idéia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonialista e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo.

O Código Civil de 1916 descreve uma família formada a partir do casamento válido, o qual, cheio de formalidades, é derivado do direito romano e canônico. Não se pode falar em família patriarcal sem que seja feita uma ligação direta com a ideia de matrimônio, que obrigava os nubentes a um preceito de fidelidade e respeito aos dogmas católicos.

Podemos afirmar que a família patriarcal era a face do que a igreja católica considerava moral e correto. Basicamente, o conceito de família se resumia num conjunto de pessoas, originário do casamento heterossexual, que possuíam entre si laços sanguíneos. Também se pode dizer que o pátrio poder, exercido de pleno direito pelo *pater familias*, existia para a proteção do patrimônio familiar e dos filhos havidos no matrimônio.

José Antonio de Paula Santos Neto (1994) elucida os vários aspectos patrimoniais que eram tutelados pelo antigo Código Civil, dentre eles a administração da fazenda do filho, o usufruto desses bens e dos bens estranhos ao pátrio poder. Segundo o mesmo autor, o poder de administração dos bens dos filhos era encargo tão somente do pai, passando a mulher a possuir a titularidade concorrente com o advento do estatuto da criança e do adolescente que “equiparou, para todos os fins, pai e mãe no tocante ao exercício da autoridade paternal” (SANTOS NETO, 1994, p.150).

Assim, ficam-nos evidentes as características extremamente canônicas da família patriarcal, seu vínculo, formado através do casamento que possuía caráter perpétuo. Pouco se argumentava em favor à igualdade entre seus membros, aceitando, a sociedade, facilmente as distinções entre famílias legítimas e não legítimas.

A prole, ainda que natural, se obtida fora do leito matrimonial, era discriminada e condenada à sarjeta jurídica, tendo seus direitos cerceados pela prática ilegal de seus genitores.

Percebemos que o Legislador muito fez pela moral da época, ao mesmo tempo em que pouco fez para garantir a dignidade humana e a igualdade da qual hoje, graças a uma evolução dos Direitos Humanos, usufruem aqueles que fazem parte dessa célula tão essencial e tão básica da sociedade que é a família.

Com a evolução moral da sociedade, o Legislador pouco a pouco foi forçado a constituir leis que alcançassem tais mudanças. Um exemplo é o do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) que, em

palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias (2010, p. 30), “devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados que asseguravam a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho”.

Também a redemocratização da política brasileira em 1979 e o movimento em favor das eleições diretas em 1984 fizeram com que o legislador se deparasse com um clamor político-social por um novo ordenamento mais democrático e humanitário. É nesse contexto que em 1988 nasce a atual Constituição Federal brasileira.

Em relação ao Direito de Família afirma-nos Zeno Veloso (2005) que “a Constituição de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito”. Com ela vieram as mudanças mais significativas na história do Direito de família, substituiu-se a família-instituição pela família-instrumento em que se prioriza o pleno desenvolvimento de aspectos existenciais dos indivíduos que a compõem em detrimento das relações de ordem econômica (VELOSO, 2005, p. 3).

A Constituição trata abertamente sobre temas como o dever de assistência mútua entre pais e filhos e, finalmente, reconhece os direitos dos filhos espúrios em seu artigo 226, § 6º. Constitucionalização do direito de família é, portanto, o deslocamento do eixo central das relações familiares do Código Civil para a Lei Maior. Esse deslocamento se deu através dos princípios constitucionais que tão bem se amoldaram ao direito de família.

Em nosso entendimento, o rol de princípios que Dias (2010) aponta em seu Manual de Direito das Famílias é suficiente e atende aos enunciados e propostos pela Constituição. Podemos então mencionar os Princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e respeito à diferença, da liberdade, da solidariedade familiar, da pluralidade das entidades familiares, da proteção integral da criança, do adolescente e do idoso, da proibição do retrocesso social e da afetividade (DIAS, 2010, p. 61).

Assim cabe-nos reconhecer que deslocando, o Legislador, o eixo central das relações familiares do código civil para a Constituição Federal, constituiu-se uma valoração maior no que diz respeito a essa entidade sem dúvidas esperada pela sociedade e pelo judiciário. Quando se trata de um campo social e afetivo, como as relações familiares não podemos pensar apenas nos seus aspectos patrimoniais, mas principalmente em seus aspectos subjetivos, para não corrermos

o risco de excluir e deixar à margem qualquer parcela da sociedade a qual nos propomos ordenar.

2 O SURGIMENTO DO AFETO COMO PRINCIPAL VÍNCULO FAMILIAR

Tendo o direito de família transferido o seu núcleo para a Constituição brasileira, notamos uma série de transformações em seu seio. A democracia, aclamada na esfera política, se insurge também no meio da família e, assim, podemos observar o surgimento da Família-Instrumento que é aquela que proporciona aos seus membros o desenvolvimento igualitário e justo, dando a eles liberdade para se movimentar em todos os âmbitos, igualdade entre homem e mulher e ainda entre todos os filhos. Essa nova disposição da família coloca ao alcance de todos os seus membros a vida digna e a segurança jurídica de alcançar os seus direitos.

A democratização da família ocorre num período de modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988, os princípios já mencionados da Dignidade da Pessoa Humana, Liberdade e Igualdade, são os grandes artífices dessa mudança em muito benéfica para o setor familiar. O Estado Democrático de Direito, construído sobre tais princípios, proporciona uma nova visão de cidadania e participação do Direito nas esferas sociais. Foram eliminadas discriminações inerentes ao modelo patriarcalista de família, tão inadequadas ao novo ordenamento jurídico trazido pela Constituição de 1988.

Assim corolário se faz uma nova conceitualização de família, conceito tal que demonstre sua face moderna e abrangente. Há que se ter em consideração todos os aspectos desta célula, desde os biológicos até os afetivos. Tal tentativa atrai vários doutrinadores que cuidam de conceituar este instituto da melhor maneira possível.

Para Caio Mário Pereira (2007), é fundamental destacar a diversificação ao conceituar família. Em sentido genérico e biológico, salienta o jurista, família é considerada o “[...] conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Acrescentando-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge e os cônjuges dos filhos e os cônjuges dos irmãos e os irmãos dos cônjuges (cunhados)” (PEREIRA, 2007, p. 19).

Parece-nos mais adequado o conceito apresentado por Murilo Sechieri Costa Neves que atribui à família um conceito amplo e um conceito estrito sendo o primeiro:

Família é o grupo formado pelas pessoas que descendem de um tronco ancestral comum e também por aquelas que são ligadas a esses descendentes pelo vínculo do casamento e da afinidade. Em outras palavras, família é, nesse sentido, o grupo de pessoas ligadas pelo parentesco, seja este consanguíneo, civil ou decorrente da afinidade. (NEVES, 2007, p. 1).

Também cabe mencionar o conceito de família em sentido estrito, do mesmo doutrinador: “Fala-se em família núcleo, ou nuclear para se referir à comunidade formada pelos cônjuges, companheiros e os filhos do casal, se houver, e também à comunidade formada por um dos pais e seus filhos” (NEVES, 2007, p. 3).

Veja que o autor escolhe adequadamente as palavras para que não se exclua nenhum tipo, dos diversos, de família. Há neste conceito a preocupação em albergar a pluralidade existente na família moderna, pluralidade esta que torna impossível estabelecer um padrão de formatação familiar.

Nesse sentido, não há mais que se falar em um único modelo familiar gerindo um único conceito. Passa agora a família a ser reconhecida em todas as suas formas, segundo o melhor entendimento, ressaltando-se que o direito deve servir àquele a quem tutela, moldando-se à realidade social e não se fechando a uma tendência moralista ou religiosa.

Não se apoia aqui a desvirtuação do caráter familiar, mas sim um aprimoramento dos meios jurídicos para o melhor alcance do cidadão, para que este possa usufruir de uma dignidade de vida, possuindo liberdade para formar sua família de acordo com os laços afetivos que o impelem. A família sempre possuirá uma característica sacra para aquele que a integra, pois dessa formação familiar ser-lhe-á proporcionadas as bases para os seus primeiros passos em sociedade.

Devemos sim acreditar nas virtudes que cada família proporciona para os seus membros, os valores maiores que cada cidadão deve possuir, tais como o respeito mútuo, o amor e a felicidade, pois, mais que valores, esses são os objetivos a serem alcançados através da família e só o próprio indivíduo pode decidir em qual estrutura familiar ele poderá alcançá-los. Assim, ocorre a transformação e evolução da entidade una que era a família patriarcal para uma entidade plúrima repleta de diferentes faces.

A nossa atual Constituição Federal reconhece expressamente duas dessas entidades, a saber, aquela formada por um dos pais e seus descendentes e aquela formada a partir da união entre um casal sem o matrimônio, respectivamente a família monoparental e a União Estável.

A jurisprudência também tem exercido o seu papel de inovadora da ordem jurídica ao reconhecer direitos àqueles membros de famílias homoafetivas entre outras espécies a serem abordadas neste trabalho. Não obstante o silêncio da Constituição Federal e do Código Civil, muitos doutrinadores vêm enumerando essas famílias de fato e abordando suas características.

Em recente decisão de nosso Colendo Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que:

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE

DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) 'QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS' (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em

conseqüência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade,

que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 477554, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 16/08/2011).

Silvio de Salvo Venosa (2009) menciona em sua obra algumas peculiaridades da família moderna. Segundo ele, “a nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais” (VENOSA, 2009, p. 6). Assim, a família não teria mais como baluarte exclusivo o casamento.

A família passa a ser necessariamente uma instituição plural que abriga diversos modelos. Não há mais um vínculo palpável e negociável unindo a família, mas um vínculo afetivo cujo núcleo é a vontade dos membros daquela entidade. Esse ânimo definitivo formador e denominador da família é que traz à tona os diversos ramos familiares existentes nesse novo ordenamento.

Ao conceituar a família, a ilustre jurista Maria Berenice Dias nos conta que

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares de repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. (DIAS, 2010, p. 42).

Assim, para melhor entendimento dessas muitas faces familiares, passaremos a uma breve análise sobre as suas características abordando por primeiro as constitucionais e passando às não constitucionais relacionadas: informal, homoafetiva, pluriparental, paralela, parental ou anaparental e eudemonista.

Família Matrimonial - O mais velho dos modelos de família é aquele advindo do casamento. Nesse modelo, os cônjuges, necessariamente heterossexuais, se unem perante a lei em matrimônio. Suas bases em nada diferem da família patriarcal, porém em muito evoluiu, podendo hoje ser dissolvida plenamente através do divórcio e tendo regime de bens facultado aos nubentes.

Frisemos que o Vínculo afetivo é hoje muito mais caracterizador de vínculo familiar que o próprio casamento em si, que passa a ser mero oficializador das relações pessoais entre o casal. Garante-se o reconhecimento de direitos e de deveres mútuos entre os membros daquela família, permitindo-se ao Estado o cumprimento do seu dever de tutela.

Família Informal ou União Estável - A União estável, antes conhecida como concubinato puro, se diverge do conceito de concubinato,

pois nela se encontra sempre a *affectio maritalis*, ou seja, a vontade de constituir família, da qual a relação concubinária é desprovida (GONÇALVES, 2007, p. 135). Os conviventes, na união estável, possuem interesse em construir uma vida em comum, com ou sem filhos. O interesse vai além dos interesses puramente sexuais do concubinato impuro.

A distinção entre esses dois institutos, união estável e concubinato, é de suma importância no direito, pois ainda não se acha na legislação a proteção à concubina ou às chamadas uniões livres, sob pena de constituir a bigamia. “No direito brasileiro, a relação monogâmica ainda é essencial à configuração do vínculo de conjugalidade, ninguém pode manter simultaneamente dois casamentos, um casamento e uma união estável ou duas uniões estáveis. Esta é a Lei” (COELHO, 2006, p.139).

Até a jurisprudência faz notória esta distinção na hora de aplicar o direito, vejamos o julgado abaixo:

RE 590779 / ES - ESPÍRITO SANTO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 10/02/2009

Órgão Julgador:

Primeira Turma

EMENTA

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

Podemos dizer que o maior culpado pela existência dessas entidades paralelas foi o desquite, meio pelo qual se separava o casal unido

pelo matrimônio, mas que não quebrava o vínculo do casamento, que permanecia e impedia a contração de novas núpcias. Desse modo, o cônjuge desquitado, impedido de novamente se casar, construiu uma família paralela, cujos direitos eram negados pelo legislador.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 539) conceitua a união estável como “a união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento”. Tal União por muito tempo fora chamada de concubinato. Referido doutrinador menciona também, em mesma obra, que o concubinato sofreu restrições pelo Código Civil de 1916, tais como a proibição de doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, com o fim de repudiar tais formações familiares.

Atualmente, o Código Civil tutela a união estável, conceituando-a em seu artigo 1.723, *in verbis*: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Notamos que tal artigo não somente conceitua a união estável, como impõe algumas condições para a sua configuração, a saber, a publicidade, a convivência contínua e o animus de estabelecer família. Essas três condições são essenciais na jurisprudência para o reconhecimento do vínculo familiar e consequentes direitos e deveres entre os conviventes. Vejamos o julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70031329154

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS

Relator(a): Jorge Luís Dall’Agnol
Publicação: Diário da Justiça do dia 18/06/2010
Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO UNIÃO ESTÁVEL. Presentes os elementos caracterizadores previstos no art. 1.723 do Código Civil, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura da autora com o réu, com assistência mútua e com objetivo de constituir família, é de ser reconhecida a união estável. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR PÚBLICO QUE ATUOU COMO CURADOR ESPECIAL. Descabimento. Apelação da Sucessão parcialmente provida e do INSS desprovida. (SEGredo DE JUSTIÇA).

Os direitos e deveres garantidos aos conviventes são em regra equiparados aos do casamento. Com isto, resta indiscutível a equivalência das duas entidades familiares, levando-nos a crer que entre essas formações familiares não existe hierarquia jurídica, ainda que claro seja o incentivo do legislador ao casamento.

Família Monoparental - A Constituição Federal, ao elencar as entidades familiares outrora não reconhecidas pela lei, reconheceu a família monoparental em seu artigo 226, parágrafo 4º, sendo esta a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O ascendente, mãe ou pai, será o titular dessa entidade, tendo o dever de guarda, sustento e educação dos filhos.

A Família monoparental foi associada ao divórcio, à quebra de um vínculo matrimonial, sofrendo com isso discriminação e uma série de restrições. Em sua maioria, essas famílias eram constituídas por mães solteiras ou mulheres divorciadas que sofriam o estigma da vergonha. Hoje, no entanto, esse modelo familiar mostra-se mais como uma opção, do que uma imposição. Para Gonçalves, “o fenômeno da monoparentalidade cada vez mais se mostra como decisão de um dos membros da família, quer na ruptura da vida matrimonial, quer na opção por uma forma de união livre, quer na decisão de ter um filho sozinho” (GONÇALVES, 2007, p. 539).

Família Homoafetiva - Não obstante a Constituição não inclua em seu artigo 226 a família homoafetiva, nada veta em seu respeito. Não podemos negar a existência dessas famílias, assim como não poderíamos excluir o fato de que o vínculo afetivo que as une é o mesmo vínculo que mantém a união estável e até mesmo a família matrimonial.

Os princípios constitucionais que hoje norteiam as relações familiares são os principais álibis daqueles que buscam o reconhecimento de sua relação familiar homoafetiva. O direito à dignidade, à liberdade ou à igualdade, são preceitos que inauguram no ordenamento jurídico, algumas entidades familiares esquecidas pela legislação.

Ainda assim, pouco a pouco, o reconhecimento dos direitos do homossexual, vem sendo albergado na jurisprudência, mostrando que, apesar de uma resistência, não há como negar direitos a quem faz jus à sua aplicação. O tribunal gaúcho, em 1999, definiu a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, representando com isso o primeiro grande marco no reconhecimento dessas uniões como entidades familiares:

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)

Também no Rio Grande do Sul, em 2001, pela primeira vez, foi proferida decisão que reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tendo sido deferido direito de herança ao parceiro, tendo o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) manifestado-se no mesmo sentido em julgamento inédito. Não para por aí a evolução jurisprudencial do tema aqui abordado. Com tais decisões proferidas, outros tribunais encorajaram-se, proferindo vez ou outra decisão reconhecendo efeitos jurídicos às uniões homoafetivas.

Família Pluriparental - São as entidades familiares formadas a partir de um casal egresso de casamentos anteriores que possuem filhos comuns e do cônjuge anterior. Essas famílias são reconhecidas como verdadeiros mosaicos, daí serem conhecidas também por esse nome.

Essas famílias são fomentadas pelo divórcio e o recasamento, e resultam numa multiplicidade de vínculos afetivos. No entanto, segundo Maria Berenice Dias (2010, p. 51), nestas novas famílias, “a tendência é considerar, ainda, como monoparental o vínculo do genitor com o seu filho, até porque o novo casamento dos pais não importa em restrições aos direitos e deveres com relação aos filhos”.

Família Paralela - A família Paralela é aquela existente concomitantemente a uma família matrimonializada ou uma união estável, cujo homem ou a mulher mantém relação concubinária impura com o companheiro. Nessas relações incidem somente as chamadas normas negativas, ou seja, aquelas que negam direitos ou excluem características.

Família Parental ou Anaparental - Cabe nesse conceito familiar aquela família composta por parentes ou ainda pessoas que mesmo não sendo parentes buscam uma comunhão de vida e uma junção de

esforços para montar um patrimônio comum. Não há aqui qualquer conotação sexual, buscando a formação de um casal ou a criação de prole, mas não se pode afastar o vínculo afetivo que une tal entidade familiar.

Família Eudemonista - O termo Eudemonista é uma expressão trabalhada por Aurélio Buarque de Holanda *apud* Maria Berenice Dias (2010, p. 55) que, na sua origem grega, se liga ao adjetivo feliz e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade.

Ao falarmos de família eudemonista, não estamos tratando de uma entidade apenas, mas de sua coletividade. Estamos falando da característica que marca a evolução apresentada pela família moderna, desde o patriarcalismo, que marcou a família como uma instituição sacralizada, proveniente estritamente do laço matrimonial e sanguíneo, em que a proteção ao patrimônio era priorizada em detrimento do indivíduo, até a família-instrumento, responsável pela promoção do bem-estar mútuo:

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. (DIAS, 2010, p. 55).

É essa evolução que nos permite elencar tantos tipos de entidades familiares, e tantas espécies de modelos de família, que permite a diversificação do direito das famílias e a conseqüente garantia da dignidade da pessoa humana. Cabe ao legislador, tão-somente, reconhecer a existência de tal vínculo afetivo, para que não condene a manifestação da felicidade de alguém à invisibilidade jurídica.

3 AS TRANSFORMAÇÕES DAS RELAÇÕES JURÍDICO-FAMILIARES MEDIANTE A DESBIOLOGIZAÇÃO DOS VÍNCULOS FAMILIARES

Para Maria Berenice Dias (2010), a família é a primeira célula identificadora da sociedade. É por meio dela que o indivíduo se torna consciente da sociedade que o cerca. E como tal, mereceu um ramo do direito que se dedicasse a organizar as suas relações. Para a ilustre jurista Maria Berenice Dias (2010, p. 29), “a família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social”.

A sociedade evolui e transforma-se o tempo todo, e o espelho dessa mudança é a família que surge cada vez mais inovada e integrada à realidade social, não por outra situação o legislador se vê constantemente desatualizado e injusto mediante o direito de família. Cabe, portanto, ao mesmo verificar constantemente se a sua interferência no meio familiar não está sendo incongruente com a realidade social.

Ao mesmo tempo em que a família, como célula base da sociedade, modifica a realidade social, ela molda o indivíduo e o prepara para atuar no meio dessa comunidade de indivíduos todos diferentes entre si. Mesmo a menor das entidades familiares é formadora de indivíduos capazes de interferir na esfera social do país, daí a importância dessa entidade para o direito.

Quanto à função social da família, não é outro o conceito senão aquele referente à garantia de desenvolvimento pessoal e social de seus membros através do respeito mútuo, da solidariedade, do afeto, do amor, da liberdade, da igualdade e de tantos outros princípios enumerados ou não pela constituição para a democratização e conseqüente aprimoramento das relações familiares. Essa é a chamada família-instrumento, tão importante na formação individual do ser humano.

Assim, é mediante essa função social da família que as transformações mais significativas vêm ocorrendo de pouco a pouco no nosso meio. Passamos agora a uma análise de algumas dessas transformações dentro do ordenamento familiar.

Segundo Paulo Lôbo (2003), com o surgimento cada vez maior de entidades familiares cujos vínculos vão além do sanguíneo ou de

parentesco, forçoso se faz o reconhecimento da desbiologização dos vínculos familiares. Surge uma gama de relações que ultrapassam a consanguinidade e uma dessas relações é a filiação afetiva ou o estado de filiação. “O estado de filiação decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade” (LÔBO, 2003, p. 153). Esse vínculo contrapõe-se ao da filiação biológica, cuja veracidade é comprovável com certeza por meio de exames laboratoriais (LÔBO, 2003).

A partir do momento em que se reconhece a filiação afetiva, mister se faz que nas ações envolvendo o vínculo de filiação seja comprovado mais que a inexistência de vínculo biológico, deve-se comprovar também a inexistência do vínculo de filiação afetiva. Por força dessa disposição de filiação afetiva, hoje reconhece-se, além da filiação biológica, a filiação sócio-afetiva, assistida, homoparental e pluriparental, as quais passaremos a analisar.

Filiação Sócio-Afetiva – Na visão de Maria Berenice Dias (2010, p. 367), a “filiação sócio-afetiva é aquela que resulta da posse do estado de filho e constitui modalidade de parentesco civil de ‘outra origem’, isto é, de origem afetiva (CC 1.593)”. Tal filiação resulta de um vínculo afetivo que permite sobrepor a realidade passando-se a ideia de que uma falsa relação de filiação é verdadeira através do elo entre pai e filho que dividem uma convivência afetiva.

Portanto, a filiação Sócio-afetiva passa a produzir efeitos não podendo gerar uma dada irresponsabilidade sobre aquele que o aceitou; cabe dentro desse tema a chamada “adoção à brasileira” que nada mais é que a substituição da verdade biológica por uma verdade afetiva. Não se pode negar relevância a esta condição de filho, já que ainda que se desfça o laço entre os pais não se pode apagar o laço entre pais e filhos.

Reprodução Assistida – A expressão “reprodução assistida” é assim formulada pelo seu caráter tecnológico, que permite a interferência em um processo natural por um método artificial, científico ou técnico, formando uma nova vida. Pode ser homóloga ou heteróloga a depender se os gametas utilizados são do próprio casal ou não.

Na fecundação homóloga, a manipulação dos gametas masculinos e femininos é do próprio casal. A fecundação *in vitro* é realizada e implantado o embrião na própria mulher. Tal fecundação pode ser levada a termo após a morte do esposo, desde que expressamente

autorizada por este, observado o prazo limite de 300 dias da morte do marido.

Para efeitos de sucessão, Dias (2010, p. 362-363) assevera que:

É mister atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (CC 1.784 e 1.787). A capacidade para suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. O filho concebido tem direito à sucessão (CC 1.798), não podendo afastar-se tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial.

Assim não se pode afastar a responsabilidade dos pais ainda que este filho tenha sido proveniente de reprodução assistida, pois muito maior do que a fecundação natural, esta modalidade representa a vontade dos pais de constituir prole, e sobre tal vontade reside o vínculo de parentalidade ainda que o gameta utilizado não seja próprio do pai ou da mãe. Desta forma, também é inafastável o vínculo de filiação daquele embrião fecundado *post mortem* porque para tanto necessário se fez o expresse consentimento do *de cuius*, gerando assim o vínculo pessoal com o filho gerado após sua morte.

Por Fecundação heteróloga, têm-se aquela modalidade de fecundação artificial cujos gametas utilizados são de um doador fértil, ou seja, o uso do sêmen de um homem que não seja o marido contanto que este expressamente concorde. É também obrigatório o sigilo a respeito da identidade do doador do material genético e daqueles que o recebeu.

Nesta modalidade de fecundação, é impossível a impugnação da paternidade, que se constitui desde a gestação. Trata-se de presunção absoluta de paternidade sócio-afetiva. Para Maria Berenice Dias (2010, p. 380), se fosse assim admitida a impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen.

Segundo mesma doutrinadora, de um lado existe uma verdade biológica que se pode apurar por meio de exame permitindo-se afirmar com certeza a existência de uma relação biológica entre duas pessoas. De outro lado, há uma verdade que não se pode mais ser desprezada, a relação de estado de filiação que decorre dos laços afetivos existentes entre pais e filhos. Para Dias (2010, p. 358),

[...] essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de conhecer a origem genética é

um preceito fundamental. Seu exercício não significa inserção em relação de família. Uma coisa é reivindicar a origem genética, outra é investigar a paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica.

João Baptista Villela (1979) diz que há ainda outra modalidade de fecundação assistida que decorre da gestação por substituição. Nesta, a maternidade é sub-rogada a outra mulher que gerará o embrião formado pelo gameta dos pais. É vedada constitucionalmente a alienação de qualquer órgão, tecido ou substância, sendo, por conseguinte, vedado o pagamento pela chamada “barriga de aluguel”. “A gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a ‘mãe de aluguel’ obrigações de fazer e não fazer culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho” (VILLELA, 1979, p. 14).

Assim podemos dizer que nestes três casos de reprodução assistida (homóloga, heteróloga e gestação por substituição), criam-se vínculos complexos de parentalidade e filiação, os quais são de suma importância para o Direito de Família, já que esta evolução representa não só um marco tecnológico, mas muito mais um marco para aqueles pais que desejaram possuir filhos e constituir prole, como é o caso de casais homossexuais ou ainda daquela mãe que tem a intenção de ter um filho com a pessoa amada ainda que esta esteja afastada do convívio terreno (DIAS, 2010, p. 364).

Filiação Homoparental – Tal como o reconhecimento de que o vínculo afetivo entre duas pessoas do mesmo sexo é capaz de constituir família, necessário é que seja reconhecido o vínculo afetivo que une pais e filhos dentro de tais uniões. Frequentes são os casos em que, separado o casal, o cônjuge que detém a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação sexual e constituindo esta relação com outra pessoa, esta passará a ser membro dessa família. Logo forma-se um laço afetivo entre os filhos daquele com este.

Essa relação de filiação pode surgir também da reprodução assistida, em que, no caso dos gays, se usaria o gameta de um dos pais para fecundar uma mulher ou, no caso das lésbicas, se usaria o óvulo de uma das mães e através da fertilização *in vitro* seria implantado no útero da outra que viria a dar à luz à criança. Tal técnica é muito usada hoje em dia por aqueles casais homossexuais que desejam possuir filhos. Através dessa tecnologia se possibilita a esses casais se reproduzir, possuindo

filhos biológicos, os quais possuiriam uma relação puramente de afeto com um dos pais e uma relação sanguínea com o outro.

Nestes casos, segundo Dias (2010, p. 369):

Reconhecida a existência de filiação afetiva do filho concebido por inseminação artificial, por desejo de ambos os parceiros, no caso de separação, indispensável admitir o direito de visitas do genitor que não consta no registro de nascimento, mas com relação ao qual desfruta o filho da posse de estado.

Veja que necessário se faz que o filho tenha posse do estado de filho, demonstrando-se assim que o vínculo afetivo existente entre pai e filho é o que impera nessa relação de filiação. Não basta hoje que o vínculo biológico exista, pois casos há em que o pátrio poder é desconstituído para melhor interesse do menor. Assim sendo, para que se considere de fato filho, há que se desfrutar do vínculo afetivo que os une gerando o estado de filho.

Também há situações em que o casal homossexual decide adotar uma criança, casos que vêm ganhando cada vez mais notoriedade no judiciário. Conforme Dias (2010, p. 369),

[...] diante da maior visibilidade e melhor aceitação dos vínculos familiares formados por pessoas do mesmo sexo, vem a justiça habilitando o casal para a adoção, bem como a deferir a adoção o companheiro do genitor homossexual.

Nesses casos, não se prioriza a opção sexual dos adotantes, mas deve-se levar em consideração o melhor interesse do adotado e se os futuros pais poderão garantir o desenvolvimento social e pessoal daquele menor. Deve-se levar em consideração a capacidade do casal de alcançar aqueles objetivos a que se propõe a família.

Família Pluriparental – Tal vínculo parental ainda é pouco visado pela justiça brasileira, porém não se pode alijar da ideia de filiação sócio-afetiva aqueles casos em que tendo o cônjuge separado-se e contraindo, o cônjuge detentor da guarda dos filhos, novo matrimônio, a relação que se estabelece entre o novo cônjuge e os filhos daquele é merecedora de tutela, configurado o estado de filho, ainda que não se afaste o vínculo com o genitor.

Maria Berenice Dias (2010, p. 370) assegura que, “para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar o estabelecimento

do vínculo de filiação com mais de duas pessoas”. Portanto, estabelecida seria a filiação pluriparental se, por exemplo, o filho “de criação” manter relação de filiação com seus pais “adotivos” e os seus pais biológicos que porventura vieram a conhecer. Não se poderia afastar o dever de ambos os pais para com este filho, já que em um caso o vínculo é afetivo e em outro é biológico.

Também a hipótese de reconhecimento do vínculo de filiação entre o companheiro do pai ou da mãe, pode ensejar a averbação do nome do padrasto ao registro do enteado configurando assim uma espécie de oficialização do vínculo com o “novo pai”. Frise-se que em todas essas relações deve estar presente a posse de estado do filho, pois sem essa não há que se falar em pluriparentalidade, uma vez que pai e filho não gozam de uma reciprocidade afetiva que enseja o sentimento de parentalidade e a sobreposição de uma realidade onde não há relação de filiação.

Ademais das transformações em sede de filiação, pudemos notar também que na dissolução do vínculo conjugal se fez algumas necessárias mudanças conforme a substituição daquele modelo rígido de família que era a patriarcal para essa nova face plural da família, também se fez necessário voltar a atenção para a alienação parental, pois da dissolução do casamento surge uma série de consequências jurídicas que, muitas vezes, são associadas por aquele cônjuge “abandonado” com uma possibilidade de vingança. Em casos, os próprios filhos do casal são usados no empreendimento de uma verdadeira cruzada entre marido e mulher.

No meio dessa guerra entre marido e mulher estão os filhos, que ficam divididos entre seus pais muitas vezes não acolhendo lados. É dentro desse processo que surge a síndrome da alienação parental, que é nada mais que uma “lavagem cerebral” feita pelo detentor da guarda dos filhos em detrimento do ex-parceiro (DIAS, 2010, p. 455). Apesar de o judiciário ter eliminado a culpa no processo de divórcio⁴, alguns casais ainda insistem em apontar um culpado para o desenlace do vínculo matrimonial cuidando de maquiagem a realidade na mente do filho implantando falsas verdades para desestimular o afeto deste por aquele cônjuge alienado.

Tendo sido descoberta a ação alienante do genitor em relação ao companheiro, necessário se faz o restabelecimento do convívio do filho com o outro genitor, imediatamente, nesse sentido jurisprudência abaixo do Tribunal do Rio Grande do Sul:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA DE MENOR. DECISÃO QUE RESTABELECEU AS VISITAS PATERNAS COM BASE EM LAUDO PSICOLÓGICO FAVORÁVEL AO PAI. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. Ação de alteração de guarda de menor em que as visitas restaram restabelecidas, considerando os termos do laudo psicológico, por perita nomeada pelo Juízo, que realizou estudo nas partes envolvidas. Diagnóstico psicológico constatando indícios de alienação parental no menor, em face da conduta materna. Contatos paterno filiais que devem ser estimulados no intuito de preservar a higidez física e mental da criança. Princípio da prevalência do melhor interesse do menor, que deve sobrepujar o dos pais. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70028169118, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 11/03/2009)

Não necessariamente a alienação parental deve ser dirigida a um dos pais, essa alienação pode vir também do genitor para os avós, tios ou padrinhos, levando o infante a repudiar qualquer deles e sua proteção que porventura possa vir a ser necessária. Com o atual nível de ocorrência desse fenômeno negativo, a doutrina passou a atentar para os seus possíveis efeitos, levando o legislativo a abordar o tema em lei específica (Lei de alienação parental n. 12.318/2010, influenciar negativamente filhos contra genitor). Vale apostar que a realidade de muitas famílias possa ser modificada e melhorada, permitindo a livre manifestação do afeto entre pais e filhos mesmo que aqueles estejam divorciados e tenham seguido caminhos diferentes.

CONCLUSÃO

Concluimos, portanto, que na tentativa de se proporcionar os avanços necessários ao reconhecimento das várias entidades familiares existentes na sociedade moderna, o legislador constitucionalizou o Direito de Família e cobriu-o de uma série de prerrogativas e princípios que têm por escopo garantir uma democratização dos vínculos familiares.

Não se pode mais falar em família patriarcal cuja origem se encontra apenas no casamento válido e cujos laços são biológicos. A família se pluralizou e tornou-se multifacetada com o passar dos séculos. O que antes era ignorado e condenado à invisibilidade pelo legislador, hoje passou a ser amparado por princípios como a dignidade da pessoa humana, que concede ao homem o direito de buscar a sua felicidade ou ainda o princípio da liberdade que permite o uso do meio que melhor lhe aprouver para alcançar esta mesma felicidade e mais ainda o princípio da igualdade que permite a todos alcançar esta felicidade.

São essas mudanças sociais de modelos familiares surgidos na própria sociedade que o legislador vê-se obrigado a deslocar o eixo patrimonial do direito de família para o subjetivo, construindo normas de cunho subjetivo em detrimento do econômico. Nessa constante evolução sócio-jurídica, temas como a filiação, a adoção e o próprio rompimento das relações familiares ganham peso e atenção.

A desbiologização dos vínculos familiares é uma evolução que pouco a pouco ganha espaço no judiciário. É dessa transformação social que a necessidade de inovar o Direito surge, permitindo que cada vez mais grupos, antes excluídos, sejam integrados à sociedade pelo Direito. O papel do legislador e do aplicador do direito nesse contexto é sopesar tais transformações sociais agindo com ética, moral e, acima de tudo, com justiça no cumprimento de sua função para não correr o risco de marginalizar qualquer minoria.

Deve o Direito de família propor-se a garantir direitos a todos os cidadãos que possuem em si o ânimo de formar família, tenha ela a estrutura que tiver, ainda que devam ser preservados valores como o respeito mútuo, a lealdade, e o afeto entre seus membros para que não deixe a família de ser uma entidade moral, mas que seja reconhecida nela uma entidade multifacetada que possui um único objetivo, fazer feliz aqueles que a compõem. Não se apoia a desvirtuação ou o caráter sacro que a família deve ter em sua face social, mas sim a erradicação de injustiças jurídicas que um único modelo jurídico-familiar pode proporcionar.

REFERÊNCIAS

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156, ago./set. 2003.
- NEVES, Murilo Sechieri Costa. *Direito Civil 5: Direito de Família*. São Paulo: RT, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.
- SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do Pátrio Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução do Código Civil – Arts. 1º ao 6º*. Belém: UNAMA, 2005.
- VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 6.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Separata, Belo Horizonte, n. 21, maio 1979.