

DIREITO E ENSINO:
DO AFETO NAS RELAÇÕES
JURÍDICAS FAMILIARES –
análise técnica dos institutos envolvidos

JOAQUIM TOLEDO LORENTZ*



RESUMO: O Direito de Família tem a Doutrina como uma de suas principais fontes, sendo a lição dos *doutos* até mesmo responsável por grandes avanços legislativos. Nos últimos anos, porém, uma enxurrada de textos jurídicos tem sido publicada, sendo que a boa técnica tem sido às vezes mitigada em detrimento de assuntos com grande apelo emocional. A título de exemplo, tomamos para estudo a consideração do afeto para fins de criação de vínculos jurídicos, nos termos propostos por parte dos estudiosos do Direito de Família. Uma das vertentes desta proposta, defende que seria atualmente viável o pleito de alimentos entre um enteado e um padrasto, em decorrência de entre eles existir um vínculo de afinidade e de afetividade. Procuraremos demonstrar que a afetividade não é o marco ou fundamento ideal para considerar o problema posto, e que, em nome da defesa da própria instituição familiar é necessária uma análise criteriosa dos conceitos e regras pertinentes ao assunto, evitando-se assim conclusões precipitadas.

PALAVRAS-CHAVE: família; parentesco; afinidade; afetividade


1 INTRODUÇÃO

A Doutrina de Direito de Família sempre foi uma das principais fontes impulsionadoras deste ramo, sendo responsável por grandes avanços na proteção jurídica dos institutos objeto de seu estudo.

Práticas socialmente consagradas são analisadas e, por vezes, recepcionadas pela doutrina, sendo que os estudiosos da matéria acabaram sendo responsáveis por avanços legislativos largamente elogiados.

Na seara do Direito de Família, talvez mais que em outros ramos, percebemos que a legislação vem apenas pormenorizar o que a prática já solidificou, ao menos na grande maioria das vezes. Citamos como exemplos o caso dos alimentos gravídicos e da guarda compartilhada, que tratam de direitos pertinentes a situações regulamentadas em legislações relativamente recentes que, na verdade, já vinham sendo objeto de análise pelos estudiosos há bastante tempo, inclusive, com considerável aplicação destas ideias no âmbito judicial.

Fato é que, mesmo em um sistema de Direi-



to que tem a lei como uma fonte preponderante, não se pode desprezar o papel da doutrina como elemento motor da Ciência Jurídica. Doutrinar, em definição livre, corresponde a ensinar, instruir. É a chamada *lição dos doutos*. Considerando que o próprio Direito é alimentado por tais lições, sobressai a necessidade de se conscientizar sobre a importância do estudo e da transmissão do saber.

Verifica-se que nem sempre os agentes do ensino tem tido a devida cautela ao transmitir novas ideias, repassando teorias inovadoras como se situações postas fossem, quando, em alguns casos, sequer foram desenvolvidas com a observância de um maior rigor científico.

No caso do Direito de Família isto tem acontecido com mais frequência, talvez por ser este permeado por uma subjetividade que não se encontra presente nos demais ramos jurídicos, o que o torna peculiar, exatamente por não ser possível analisar as relações jurídicas sem considerar o sentimento das pessoas. Entretanto, esta particularidade não pode levar os juristas a deixar de lado a técnica, desconsiderando premissas científicas há muito consolidadas, tudo para se alcançar um fim “socialmente relevante”.

A título de exemplo, podemos mencionar a grande discussão a respeito da necessidade de reconhecimento jurídico de novas configurações familiares, para fins de atribuição de direitos e deveres aos membros destas “novas” famílias. Tal discussão surgiu quando alguns autores passaram a defender a aplicação de direitos e deveres de filhos para os enteados/enteadas, quando conviverem por tempo razoável com o padrasto/madrasta e exista entre eles a afetividade. Dentre estes direitos, fala-se em pagamento de pensão alimentícia aos afins, quando este direito é atualmente consagrado aos parentes.

Para justificar o pagamento, afirma-se que estaríamos diante da constatação da chamada “família reconstituída” ou “família recomposta”, que é fruto da união de duas pessoas divorciadas com filhos, convivendo num novo modelo familiar em-

basado na relação afetiva das partes. O afeto existente entre eles, aliado à relação de afinidade, justificaria a necessidade do pagamento de alimentos.

Entendemos que este debate, assim como alguns outros que têm figurado na pauta de autores mais modernos, tem sido travado sem que se atente à boa técnica jurídica, já que parte-se da conclusão, para se buscar uma fundamentação que lhe dê substância.


Considerando que o Direito de Família tem consagrado cada vez mais o princípio da pluralidade das entidades familiares sem qualquer restrição, talvez tenhamos até mesmo que rediscutir institutos consagrados, para proteção maior dos membros que a compõem. Entretanto, necessária cautela com a análise, evitando-se argumentos um tanto precipitados.

A questão é realmente interessante e merece análise detalhada, já que cada vez mais percebemos a presença desta modalidade de família na sociedade.

Por outro lado, é necessário que aqueles que trabalham com o ensino jurídico atentem que o Direito de Família é uma ciência séria e que qualquer conclusão a respeito do tema deve partir de uma análise e aplicação criteriosa dos conceitos envolvidos, já que é pelo estudo das relações familiares que se trará aos envolvidos a segurança e certeza almejada nos enlances criados entre seus membros.

Quando se analisa se um enteado pode pleitear pensão alimentícia ao padrasto, deve-se, primeiro atentar aos conceitos de família, de parentesco e também de afinidade enquanto vínculo jurídico, para depois se chegar a qualquer tipo de conclusão. Assim se faz uma análise técnica. Verificamos que os defensores da tese, utilizam como argumento basilar a existência de uma relação de afetividade entre as partes, que deveria levar à responsabilização. Ainda mais delicado quando se confunde os termos “afetividade” e “afinidade”. Não nos parece este o melhor caminho.

Entendemos que ao deixar de lado institu-



tos históricos do Direito de Família, corre-se um grande risco de se fazer uma análise precipitada a respeito das novas realidades apresentadas no meio social. Nesse contexto, o raciocínio crítico aparece também como peça fundamental para o estudioso e para o operador do Direito, para que se consiga *afastar o joio do trigo*, trabalhando o que é efetivamente relevante, em busca de uma coerência no estudo desta Ciência que, em que pese Humana, não prescinde de um estudo sistemático, metódico, categorizado.

Deixamos claro que não pretendemos aqui trazer nenhuma conclusão definitiva sobre o tema, mas apenas auxiliar no estudo da matéria e atentar para a necessidade de utilização da técnica jurídica, enquadrando argumentos normalmente desenvolvidos numa ótica que, pensamos, seja mais adequada. Entendemos que a análise das mudanças dentro do ambiente familiar deve passar pelo crivo científico, sendo que alguns avanços nos costumes, para que alcancem a proteção jurídica, devem ser precedidos de procedimentos legislativos e/ou judiciais.

Procuraremos demonstrar que é perfeitamente viável a defesa da tese, sem que se prenda a argumentos relativos à aspectos sentimentais, que, como se sabe, não são de fácil (ou possível) mensuração.

A interpretação livre ou desprovida de método, e, pior, a aplicação das ideias decorrentes deste tipo de interpretação, pode vir a ser responsável por grandes prejuízos daquilo que se pretende proteger: a família e seus membros.

2 BREVE HISTÓRICO DA COMPOSIÇÃO FAMILIAR


O ponto de partida de nosso estudo não pode deixar de ser a própria família, seu conceito, sua origem, suas fontes. É a partir da identificação criteriosa do que se entende por família, que poderemos separá-la de outros conceitos próxi-

mos estudados neste ramo jurídico, chegando a conclusões precisas sobre a principal questão aqui posta: pode o afeto criar vínculos jurídicos de família?

Alguns estudiosos afirmam que o surgimento do vínculo familiar se identifica com o próprio surgimento da consciência social no ser humano. A noção de convivência é instintiva, o que torna atraente a idéia de que a família surge pela necessidade de defesa e sobrevivência, reunindo-se as espécies em grupos no alvorecer da humanidade, sendo que estes grupos no início apresentam-se com pouca estruturação. Para os defensores deste posicionamento, no início da civilização, a família teria surgido estruturada na figura da mãe com seu filho, já que a noção de monogamia ou maior vinculação de um macho a uma fêmea só mais tarde iria surgir. Quando este vínculo começa a se delinear, automaticamente a família assume a estrutura patriarcal, diante da preponderância física do homem sobre a mulher. Caio Mário da Silva Pereira¹ prefere alinhar seu raciocínio a uma origem da família já na forma patriarcal, dado o grande número de registros neste sentido, citando-se como exemplo a própria Bíblia.

De qualquer forma, considerando a civilização já estruturada, notamos que a forma patriarcal de estrutura familiar realmente é a primeira a ser reconhecida no plano jurídico, como se observa da família romana, sociedade de onde nosso sistema teve sua principal raiz. Ali, o grupo familiar aparece numeroso e hierarquizado, com o *pater familias* no topo da estrutura, seguido dos demais membros, nem sempre ligados por vínculos de sangue. De fato, a família se dividia quanto às fontes de ligação, separando parentes *cognatos*, ligados por meio da consanguinidade, dos *agnatos*, que tinham como fonte de ligação a religiosidade, o culto aos mesmos deuses. Sangue e religião (principalmente) são, portanto, os elos considerados entre os membros daquele grupo, sem que se tenha o afeto como fator determinante.

Segundo Fustel de Coulanges, o afeto não se



apresenta como princípio da família, não sendo levado em consideração pelo Direito romano ou grego. Afirma o Autor que “*podia este realmente existir no âmago dos corações, porém para o direito nada representava.*” Em sua análise, a primeira ligação familiar reconhecida pela sociedade e pelo Estado, teve como base a religiosidade².

Com o tempo, a religiosidade doméstica (culto aos antepassados) foi sendo substituída, em especial pela concepção cristã de família, formalmente adotada pelo imperador Constantino (sec. IV, d. C.).

Com a Igreja Católica já estabelecida e organizada, o vínculo consanguíneo atinge seu ápice, considerando que toda união entre duas pessoas só poderia se dar por meio do casamento, sacramento consistente no reconhecimento de uma união selada pela presença da divindade. Por causa da presença do fator religioso, o vínculo de sangue se estabelece, na medida em que se consagra o costume de apenas existir relação sexual após a consumação do casamento. Portanto, toda a família reconhecida pelo Estado estava ligada, necessariamente, por meio do fator biológico.

A doutrina destaca que a família colonial brasileira tem estrutura similar à própria família romana, na medida em que se apresenta patriarcal, hierarquizada e numerosa. De fato, é o marido (pai) quem exerce o papel de autoridade principal, e, que o número de filhos é determinado pelo fator de produção existente antes da Revolução Industrial. Visualiza-se, inclusive, que o Estado não interfere diretamente neste ambiente, considerando-se o vínculo familiar como privado, além de sagrado. Tais características se verificam na própria regulamentação da família no Código Civil de 1916.

A passagem do modelo agrário para o industrial promove profunda mudança no ambiente familiar. Segundo Sílvio de Salvo Venosa³, a industrialização restringiu o número de nascimentos, na medida em que a família deixou de ser uma unidade de produção onde todos os


membros trabalhavam sob a autoridade de um chefe (marido), para promover a saída não só do homem para as fábricas, mas também da mulher para o mercado de trabalho, visando auxiliar o marido na obtenção de subsistência. Consequência natural disto é a diminuição do número de componentes da família e início do reconhecimento dos direitos da mulher, que passa a ser cada vez mais importante para manutenção de seu lar. Surgiu aí a chamada família nuclear, centrada na figura do pai, mãe e filhos, normalmente em número de um a três.

Este tem sido o modelo principal de família encontrado em nossa sociedade, ao menos até o início dos anos 90, quando novos parâmetros parecem se delinear, o que já ficara evidenciado no próprio texto Constitucional de 1988. Atente-se que, ainda neste período, temos o vínculo de sangue como preponderante como fator de ligação dos membros da família, o que se reconhece através da legislação vigente, e, da prática existente em nossos Tribunais.

Recentemente, contudo, percebemos que a histórica proteção à ligação determinada pelo fator consanguíneo, vem cedendo espaço para outras formas de enlace, inclusive, sendo propagada a valorização do sentimento nas relações familiares, chegando-se ao ponto de alguns autores legarem ao afeto o *status* de verdadeira fonte de liames jurídicos. Será que isto ocorre realmente? O sentimento tem este poder?

Extremamente festejados têm sido os textos e decisões consagrando a chamada paternidade sócioafetiva, ou seja, aquela surgida não em decorrência da relação consanguínea, mas do tratamento voluntário e verdadeiro de uma pessoa a outra como filho. Altera-se a máxima popular segundo a qual *pai é quem registra para pai é quem cria*.

Aliás, apropriado o termo paternidade sócioafetiva, na medida em que, para que esta exista, o tratamento afetivo na qualidade de pai/filho deve ser convincente a ponto de levar toda a sociedade que convive com as partes envolvidas



a crer na sua existência, independentemente do reconhecimento registral.

Pouco a pouco surgiram decisões em nossos Tribunais, reconhecendo o peso do afeto para fins de constatação desta forma de parentesco/paternidade, ainda e, principalmente, quando em conflito com o vínculo biológico, historicamente reconhecido.

A paternidade e a maternidade passam a ser vistos pelo Direito não só como uma ligação genética que devem gerar direitos e deveres em virtude da ação daqueles que por ela optaram, consciente ou inconscientemente, mas também como uma opção voluntária de conduta. Cremos que a vontade, e não unicamente o afeto, é que surge aqui como outro fator preponderante para determinação da paternidade, que é ambiente de responsabilidade, não apenas de tratamento social.

A forma de agir é que deve ser determinante para se identificar o liame de ligação entre as pessoas. Daí, temos que a opção do Direito por valorizar a responsabilidade daquele que deseja assumi-la é, antes de tudo, lógica.

A consagração pelo Direito do vínculo genético decorre, como já dito, da necessidade de responsabilização daqueles que foram os responsáveis pelo nascimento. Já o reconhecimento da ação volitiva, embasada no afeto, deve ser reconhecida pelo comprometimento dos envolvidos, em prol do bem destes.

Realmente não faz sentido apenas manter reconhecido como pai alguém que nunca quis ou desejou a criança, levando-o a assumir suas obrigações como verdadeiro fardo, quando se pode reconhecer como pai alguém que espontaneamente sabe e assume suas responsabilidades com o menor.

É natural considerar a família como um *locus* onde o afeto é desejado, reconhecido e, por que não, também estudado. A atenção a este sentimento surgiu principalmente após a Constituição Brasileira consagrar a dignidade da pessoa humana como valor essencial, como um dos

fundamentos da sociedade que procuramos criar.

Realmente, foi a Constituição Federal que trouxe uma considerável mudança de paradigmas no Direito e na própria sociedade brasileira, já que esta norma foi considerada não só inovadora, mas polêmica, especialmente quando consagrou a pluralidade familiar em seu texto, o que levou alguns a afirmar que a família brasileira estava em crise. Em análise desta afirmação, brilhante lição de Rosana Fachin⁴, quando busca as raízes etimológicas da palavra (chinês clássico), para rechaçar a conotação pejorativa existente, aproximando-a do conceito de evolução, de mudança. A família está e estará sempre em crise, assim considerada como evolução.

O Direito brasileiro, após a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa sociedade, começou a visualizar que o ser humano tem por marco existencial a busca pela felicidade, sendo que todas as suas ações, na verdade, tem este objetivo principal. Por isso se trabalha, se investe, se contrata, se desgasta etc.

No âmbito familiar, a dignidade passa a refletir a busca por um núcleo de realização sentimental ainda maior, trazendo o afeto de sua posição lateralizada para alçá-lo a objetivo preponderante. De fato, quem não deseja que sua família seja o refúgio último das agruras do dia? Quem não pretende chegar em casa e se ver num ambiente de harmonia, de solidariedade, de satisfação, de afeto?

Não há, portanto, como deixar de reconhecer o mérito do posicionamento que consagra o valor jurídico do afeto. Entretanto, partir única e exclusivamente da alegação de vínculo afetivo para a criação de vínculo jurídico é, no mínimo, precipitar a conclusão.

A consideração da existência da relação afetiva é necessária num ambiente que é claramente marcado pela subjetividade, mas, depositar nesta suposta relação a carga determinante para concessão de direitos é raciocinar temerariamente, na medida em que o afeto não é mensurável ou,

no mínimo, de difícil verificação.

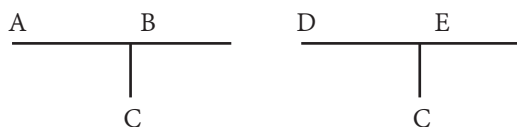
Vale lembrar que não é nenhuma novidade para o Direito a valorização do sentimento. No Direito Penal é de curial saber a classificação da circunstância do crime cometido sob violenta emoção como causa de diminuição/atenuação da pena. Leonardo Marcondes Machado⁵ afirma que tendo em conta a influência exercida pela emoção e pela paixão sobre a vontade criminosa do agente, é óbvio que essa matéria deve ser objeto de estudo da ciência penal.

A valorização do afeto nos mostra um novo panorama no estudo da família, já que as relações onde este se mostra aparente podem vir a ter um tratamento diferenciado pelo Direito, entretanto, sem que se perca a segurança jurídica necessária para a análise dos casos concretos.

3 DO AFETO COMO FATOR DE IMPOSIÇÃO DE DIREITOS AOS MEMBROS DA FAMÍLIA RECONSTITUÍDA

Alguns estudiosos, em especial após o advento da Emenda Constitucional nº 09/77, que trouxe a possibilidade da dissolução do casamento por meio do divórcio, passaram a divulgar uma alteração considerável nas ligações familiares, fazendo surgir uma nova forma de família denominada “família reconstituída”.

Trata-se da seguinte situação: um homem A é casado com uma mulher B, com quem tem o filho C. Noutro lado, temos outra família semelhante, formada por D, E e F.



Ambos os casais se divorciam, sendo que, da dissolução destes núcleos familiares, temos o

surgimento de outros, também protegido constitucionalmente⁶, denominado pela doutrina de famílias monoparentais, formado pela mulher B que ficou com a guarda de seu filho C, e, do homem D, que ficou com a guarda de seu filho F.




Agora, B e D constituem um novo ambiente familiar após se casarem, quando passam a morar todos juntos, inclusive, gerando um novo filho G.



Como se percebe, B, D, C, G e F, agora formam uma nova família, onde se verificam diferentes fontes de ligações, daí porque adotadas também as nomenclaturas “família mosaico”, “pluriparental” e outras similares para este tipo de configuração.

De fato, B é pai de C e de G (vínculo de paternidade), sendo apenas padrasto de F (vínculo de afinidade). Da mesma forma D é mãe de G e F (vínculo de maternidade), mas apenas madrasta de C (vínculo de afinidade). Entre C e G, temos como tronco de ligação apenas o pai (vínculo de parentesco - colateral), e, entre G e F, apenas a mãe (vínculo de parentesco - colateral). Já entre C e F, não há qualquer ligação. Todos juntos, formam de fato uma nova família, principalmente se considerarmos este novo ambiente como harmônico e estruturado com base na solidariedade entre seus membros.

Até aí, nenhum estranhamento de nossa parte. O problema surge, quando se pretende suplantar a técnica jurídica, dando tratamento igualitário, isonômico a todos os membros desta família, tendo por base a alegação da existência de afeto entre eles, sem que se distinga qual a fon-



te de ligação entre cada um. E é exatamente isto que acontece com alguns autores, quando defendem o pleito de pensão alimentícia do enteado contra seu padrasto!

A resposta à questão “cabe pensão alimentícia ao enteado?” não passa, a nosso ver, pela constatação de uma relação afetiva entre as partes. Necessário muito mais que isto! Necessário analisar se o Direito acoberta, ou, no mínimo, deveria acobertar tal hipótese (alimentos entre afins).

Se por um lado o afeto deve ser ponderado e ter considerado seu valor jurídico, não se pode credenciá-lo como fonte de ligação jurídica, especialmente considerando que quando há o embate por direitos, normalmente este sentimento não mais se verifica!

A pensão alimentícia é um direito consagrado em nosso ordenamento jurídico, com previsão no art. 1.694, do atual Código Civil, onde se previu que podem **os parentes, os cônjuges ou os companheiros** pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para sobrevivência.

É de se ver que o Direito de Família, como ciência que é, categorizou os diferentes tipos de relações jurídicas dentro do ambiente familiar, para que pudesse credenciar cada uma delas com direitos distintos. Assim, **não** cabem aos parentes, por exemplo, direitos relativos aos regimes de bens, consagrados apenas aos cônjuges e companheiros.

No caso dos alimentos, como visto, foram credenciados como sujeitos apenas os parentes, os cônjuges e os companheiros. Assim, não importa, ao menos a princípio, a verificação da relação de afeto entre qualquer destes familiares, para fins de atribuição da obrigação alimentar. Importa a verificação do enquadramento na categoria jurídica adequada!

A presença cada vez mais frequente da família reconstituída na sociedade brasileira não é motivo suficiente para que se estenda aos membros desta família, de forma indistinta, direitos como o de pensão alimentícia. Em nada contribui também

ter existido entre eles uma relação afetiva.


O pedido de alimentos deverá ser fruto de um ato volitivo ou, passar pela análise do Poder Judiciário para fins de verificação de adequação do pleito ao sistema jurídico atual, para só então falar-se em sua concessão. Bastasse a constatação da relação afetiva para tanto, estaríamos trazendo aos institutos jurídicos envolvidos um alargamento conceitual perigoso, com consequências inimagináveis.

Ora, no exemplo acima, considerando o ente B como parâmetro, temos que são ligados a ele pelo vínculo de filiação (parentesco) tanto C, quanto G, o que não ocorre com relação a F, cujo vínculo é de afinidade. Não é possível considerar os diferentes institutos do Direito de Família, mais precisamente o parentesco e a afinidade como iguais, tudo em nome de uma suposta valorização do afeto. Repetimos que, quando se debate a aplicação de direitos, temos como palco o Poder Judiciário, sendo que, na oportunidade, certamente este afeto não se verificará, pois, caso contrário, ali não estariam as partes!

Os defensores da tese que pretende pagamento de pensão aos enteados, utilizam-se de uma idéia socialmente aceita (família criada pelo afeto) para desconsiderar por completo toda a estrutura científica acima apontada, concluindo pela imposição de obrigações não contempladas, ao menos a princípio, no ordenamento jurídico.

De início a ideia é atraente, ainda mais na família reconstituída, pois, considerando que a família deve ter o afeto como sua marca, parece certo tratar todos os filhos daquela família como iguais, mesmo que não haja ligação de um deles com um dos pais.

Contudo, a ideia esbarra, numa primeira análise, na simples falta da ligação jurídica adequada entre B e F, já que este último é apenas seu enteado (afim), não lhe conferindo a lei o direito a alimentos. A simples consideração de que a relação afetiva possa ser o motivo que deve suplantear a ausência de regulamentação, causa arrepio



diante dos inúmeros problemas que poderão surgir num processo judicial desta natureza. Num exemplo extremado, mas pertinente, dois grandes amigos de infância, com convivência extremamente próxima, poderão, com base na relação afetiva existente, pleitear o mesmo direito! Portanto, não é o afeto, mas a vontade ou o Direito que irão impor a obrigação de pensionamento.

Estas considerações afastam por completo a possibilidade do pleito alimentício entre o enteado e seu padrasto? A resposta a esta questão foge à análise deste artigo, cabendo-nos aqui apenas alertar que tal pleito deve ser desenvolvido numa linha técnica de raciocínio, onde a relação afetiva não parece ser a base mais sólida! O que afirmamos, é que não é a relação afetiva que terá o condão de desnaturalizar a relação jurídica existente entre as partes, ou mesmo possibilitar a atribuição de direitos onde o ordenamento não os confere!

No caso da família reconstituída, ao defender a possibilidade de pedido de pensão alimentícia do enteado ao padrasto (vínculo de afinidade) caso haja o rompimento da família reconstituída, desconsidera-se por completo que este último normalmente não pretendeu ter o filho de sua esposa como filho, por mais que lhe dispensasse afeto ou conferisse tratamento igualitário aos meio-irmãos daquele. Este tipo de tratamento é natural, sendo óbvio que alguém que se relaciona com outra pessoa com filhos, caso não dê àquelas carinho e atenção, certamente não terá futuro nesta relação.

A nosso ver, quando se pensa em cobrar pensão do padrasto, subverte-se a ideia inicial de valorização do afeto, já que no caso, aquele que trata com carinho sem ser de fato o pai, pode acabar sendo “punido” com uma obrigação jurídica de prestação alimentícia não desejada ou esperada.

Assim, com respeito às opiniões divergentes, entendemos que a valorização do afeto, ao menos na forma em que vem sendo tratada por muitos autores, deve ser vista com reservas, diante das

inovações surgidas também no seio familiar.


A consideração do afeto como potencial criador de liame jurídico não pode ser afastada, mas, dentro dos contornos trazidos pela legislação. Se, numa família reconstituída, acontecer de um padrasto e enteado terem um relacionamento tão íntimo e tão duradouro, no qual as partes passem a se ver como pai e filho, o que deve ocorrer é a conversão do vínculo de afinidade no de paternidade. Entretanto, esta constatação deve ser feita por meio de uma ação de adoção, ou, noutra ótica, que vise a declaração de paternidade sócio-afetiva, quando então se poderá falar em exigir direitos decorrentes da filiação (parentesco).

Repita-se que o problema não se limita a meras divergências quanto à terminologia. É preciso considerar que a ciência do Direito identificou e estruturou as diferentes formas de ligações de um grupo de pessoas (família), com objetivos claros, e não por mero apego a conceitos.

Toda ciência divide seu objeto de estudo em partes menores, identificando os institutos semelhantes para que tenham tratamento isonômico, ou, noutra seara, para fins de estruturação clara do tratamento a ser dado. No caso do Direito de Família, especificamente, este tipo de tratamento ou estruturação é que nos permite dizer com alguma segurança que tal relação jurídica terá esta ou aquela consequência.

Ao estudar a família, o Direito catalogou as diferentes fontes e ligação entre os membros, separando parentesco, afinidade e conjugalidade (união estável). Agora pergunta-se: todas as pessoas deste grupo, por serem de uma mesma família, são titulares dos mesmos direitos e deveres? Por óbvio, a resposta é negativa. Existem pessoas com maior ou menor ligação, considerando o grau de proximidade entre elas, ainda que se tenha em conta o afeto como parâmetro.

O Direito de Família atribui o maior número de direitos, obrigações e responsabilidades entre duas pessoas, quando da existência de paternidade/maternidade do que, por exemplo,



quando são apenas primos. E por quê? Considera-se em primeiro lugar a necessidade de responsabilização daqueles que tiveram a iniciativa de trazer ao mundo um novo ser, mas, também, tem-se em mente que é entre os genitores e seu filho que existe o maior grau de intimidade, que merece, por isso, especial proteção.

Portanto, de um conceito mais amplo (família), chegou-se a outros, correspondentes às fontes de ligação entre os membros: parentesco (descendentes, ascendentes e colaterais), afinidade (relação com os parentes do cônjuge/companheiro) e conjugalidade e união estável. Cada uma destas fontes é responsável pela criação de determinados direitos ou deveres, não se admitindo tratamento igualitário entre tais fontes, simplesmente diante da presença de relação afetiva, dada a subjetividade que impediria uma normatização coerente.

Assim sendo, sem perder de vista o questionamento a respeito da viabilidade de pedido de pensão alimentícia entre enteado e padrasto, estudaremos as fontes das relações familiares, para que possamos analisar a questão com maior possibilidade de acerto.

4 DAS FONTES DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE FAMÍLIA

César Fiúza⁷ leciona que a ideia de família é um tanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço, sendo que cada povo tem sua noção de família, dependendo do momento histórico vivenciado. O Autor lembra que nossos antepassados culturais (gregos e romanos) consideravam como família o pai (*pater*), a mãe (esposa), os filhos, as filhas solteiras, as noras, os netos e demais descendentes, os escravos e os clientes (homens livres que se submetiam ao poder de um senhor oferecendo-lhes seus préstimos).

O historiador Fustel de Coulanges⁸ afirmava que a origem (fonte) da família antiga não es-


tava na *geração* (consanguinidade) apenas, sendo exemplos disto o fato de a irmã não igualar a seu irmão; do filho emancipado e da filha casada não mais fazerem parte da família etc. Afirma, ainda, que o princípio de família também não era encontrado no afeto natural, sentimento desconsiderado pelo romano para fins de estabelecimento de direitos, já que, por exemplo, o pai, mesmo amando muito sua filha, não lhe podia legar bens. Como já dito, o renomado historiador deixa claro seu posicionamento que a fonte da família era a religião. Eram parentes aqueles que professassem o culto aos mesmos antepassados.

Já o Código Civil de 1916 estabelecia em seu art. 229, que era o casamento quem criava a família legítima, legitimando, também, os filhos havidos desta união. Segundo este raciocínio, também não era o afeto que criava os laços jurídicos de família, mas a existência de casamento como fonte geradora. Por este diploma legal eram fontes de relação familiar o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção, conforme histórica definição de Orlando Gomes⁹ para o Direito de Família: “o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção.”.

A família mudou, assim também a consideração das fontes de ligação entre seus membros. Hoje, para alguns, temos o afeto como fonte de relação familiar. Ora, a fonte primária da família juridicamente considerada é a própria lei, sendo ela a responsável por delimitar quais os tipos de relacionamentos serão agraciados por direitos e deveres.

Atualmente, entendemos que uma relação de afeto, depois de ser considerada judicialmente, poderá levar à formação de paternidade ou de maternidade, uma das espécies de parentesco. Poderá, ainda, servir de apoio para verificação da existência do *animus familiae* e quando da análise de alegação de união estável. Quaisquer outras considerações a partir daí são temerárias, dada a subjetividade do tema.

Na verdade, as possibilidades do afeto ser-



vir de base para formação de uma família são muito mais restritas do que o que atualmente se propaga. Dizer que o afeto é a base da família é navegar pela utopia, já que, como se sabe, em boa parte das famílias este fator sequer existe.

Afirmar que família é local de afeto é vender a imagem do ideal de família que em boa parte das vezes sequer verificamos na realidade. Família é lugar de SENTIMENTOS, dentre eles afeto. É lugar de ciúmes, de rancor, de brigas e também de afeto.

Repetimos: o afeto tem valor jurídico. Poderá, eventualmente, servir de base para estabelecimento de paternidade, maternidade e de união estável, e, via de consequência criação do laço de parentesco e de família.

Não se trata de nenhuma amarra a legalismo ou positivismo, mas, o que se promove aqui nada mais é que raciocínio científico!

Entendemos que a maior falha dos estudos que apontam a viabilidade da pretensão de alimentos entre enteado e padrasto é a conclusão precipitada de que entre as partes existe **parentesco**, e, ainda mais perigoso, que por causa da relação afetiva eventualmente existente, de plano devem ser atribuídos todos os direitos consagrados pelo ramo de Família (alimentos, herança etc).

“Família” e “parentesco” são conceitos distintos! Na verdade, parentesco, afinidade e conjugalidade são diferentes vínculos de ligação, aos quais cabem direitos e deveres também diversos. Pontes de Miranda¹⁰ já demonstrava a importância de diferenciar os conceitos, em que pese ele mesmo tenha acabado por trazer misturados os de parentesco e afinidade.

Mesmo na origem de nosso Direito não se desconsiderou que família é um conjunto maior de pessoas, em que cada um ocupa um *locus* diferenciado, ao qual cabem também diferentes direitos e deveres definidos segundo normas próprias de cada época. Estas normas estabelecem quais os tipos de direito cabem aos parentes, aos cônjuges, aos companheiros e aos afins, não se misturando as diferentes ligações.

Só saberemos que direito uma pessoa tem dentro do ambiente familiar se soubermos a que categoria ela pertence, qual a origem de sua ligação, qual a fonte de seu direito. Quando se fala em fonte, busca-se uma metáfora para compreender o início, o item gerador, a gênese de determinado instituto.

Entendemos que atualmente podem ser consideradas como fontes de família: o parentesco, a afinidade e a conjugalidade (*latu sensu*).

No tocante à conjugalidade, adotamos o sentido *latu* do termo, no sentido de considerar as pessoas ligadas através do casamento formalmente estabelecido e também à ligação estabelecida pela união estável. De fato, considerando o verbo “conjugiar”, é possível pensar os cônjuges e companheiros como presos ao mesmo objetivo, o chamado *intuitufamiliae*, devendo ser tratados como iguais. A utilização do termo nesta acepção se justifica especialmente diante do tratamento isonômico constitucionalmente dado às duas formas de união que, conforme interpretação já conferida pelo Supremo Tribunal Federal, não se diferenciam no plano de estabelecimento de direitos e deveres.

A conjugalidade é uma importante fonte de família, especialmente considerando que dela, em geral, decorrem as demais. De fato, é de uma união de duas pessoas que surgirá, certamente, o parentesco, entendido como sendo “*o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum*”¹¹.

Vale observar que nesta ideia tradicionalmente adotada, não se contempla a noção de vínculo sócioafetivo ou o de adoção. Isto ocorre por ter ela (idéia tradicional) origem no Direito Canônico, que sempre privilegiou a relação consanguínea. De fato, como esta doutrina apenas considera como família aquela que provenha do casamento e, como só admite a relação sexual após o casamento, certamente a descendência legitimamente considerada seria proveniente de



um vínculo de sangue.

Por outro lado, o parentesco, segundo o Código Civil atual (art. 1.593), será natural ou civil, conforme a ligação decorra da consanguinidade ou outra origem. Em ambos os casos, para que se tenha qualquer tipo de efeito jurídico, necessário o reconhecimento por parte do Estado do *status familia* e via registro ou ação própria.

O art. 332 do Código de 1916 tinha previsão semelhante, estabelecendo que o parentesco era legítimo ou ilegítimo, caso procedesse ou não do casamento; e natural ou civil, conforme decorresse da consanguinidade ou da adoção. A distinção de filiação legítima ou ilegítima, e daquela surgida pela adoção fazia sentido, considerando que esta lei trazia tratamento diferenciado entre elas. Como se sabe, desde a Constituição Federal de 1988, isto não faz mais sentido, considerando que o art. 227 firma a igualdade plena dos filhos, inclusive os adotivos.

Assim, temos que o art. 1.593 do Código atual modificou o tratamento dado à matéria, adotando o contorno constitucional e, trazendo a possibilidade do reconhecimento de outras formas de parentesco, ao afirmar que o parentesco civil será decorrente de “outra origem”, em substituição apenas à adoção, como anteriormente previsto.

Portanto, no conceito de parentesco civil temos inseridos hoje a relação de adoção e a de paternidade sócioafetiva juridicamente reconhecida, que, nada mais são do que formas de filiação. A descendência aí, se estabelece por ficção jurídica, equiparando-se os filhos adotivos e sócioafetivos aos filhos ditos “naturais”, em todos os direitos e deveres.

Ainda analisando a definição de parentesco acima explicitada, vemos que se dividirá na relação de ascendência e descendência, o que chamamos de linha reta; e, na relação onde os parentes não descendem uns dos outros, mas estão vinculados a um mesmo tronco, o que chamamos de linha colateral.

Importante perceber que é comum algu-

mas pessoas se dizerem parentes umas das outras numa ligação que, na verdade, não tem nenhum amparo jurídico. Afirma-se, por exemplo, que “*sou primo de 2º grau*”. O que acontece é que o legislador precisou delimitar a abrangência das relações para fins de estabelecimento de direitos.

Assim, firmou-se em lei que na linha reta não existe limitação de graus para fins de visualização do parentesco. Ou seja, não importa quantas gerações distanciem duas pessoas, se elas tiverem uma relação de ascendência e descendência serão consideradas parentes.

O art. 1.594 prescreve a contagem de graus na linha reta ao estabelecer que a cada geração conta-se um grau. Já na linha colateral, as gerações serão contadas partindo de um parente até o ascendente comum e voltando àquele que se busca verificar.


Portanto, a ligação de 1º grau apenas se estabelecerá entre pais e filhos. O chamado “*primo de 2º grau*”, tecnicamente nem é parente, o que não impede de ser considerado familiar. Realmente, considerando que o “*primo de 1º grau*” será, na verdade, parente colateral de 4º grau, portanto, o último vínculo considerado nesta linha.

A previsão está de acordo com nosso momento histórico, já que o diploma anterior protegia ligações colaterais até o 6º grau, tendo existido o reconhecimento de parentesco até o 10º grau¹².

Portanto, os arts. 1.591 a 1.594 delimitam exatamente quais são as pessoas que, para fins de reconhecimento jurídico, são reconhecidas como parentes, encontrando-se prevista na lei o conceito e a limitação deste parentesco.

Já no art. 1.595 temos a previsão clara da existência de outro tipo de vínculo, denominado afinidade. Este vínculo é aquele estabelecido entre uma pessoa e os parentes de seu cônjuge ou companheiro. São, portanto, conceitos distintos o parentesco e a afinidade, sendo que, se iguais fossem, o conceito dado à afinidade pela lei seria, no mínimo, obscuro.

No caso da ligação por afinidade a lei pres-



creve que ela não se limita nem se extingue na linha reta com o fim do casamento ou da união estável, mas, que na linha colateral se limitará apenas aos irmãos dos cônjuges.

Como se vê, é clara a diferenciação dada pela lei ao vínculo de afinidade, ao vínculo do parentesco¹³ e à conjugalidade, sendo estas diferentes fontes de relação de família, às quais se prevêem direitos e deveres diferenciados. O reconhecimento desta realidade é necessário em nome da boa técnica, para que se possa analisar novos postulados e se pensar, até mesmo, a necessidade de atualização dos direitos postos.

5 DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE PARENTESCO E AFINIDADE

Com as *vênias* necessárias, não há como se entender que parentesco e afinidade sejam sinônimos ou, até mesmo, que parentesco seja gênero e afinidade espécie, como pretendem alguns autores atualmente¹⁴.

Os defensores desta tese têm três argumentos principais: o art. 1.595, que regulamenta a afinidade encontra-se localizado no Subtítulo II, denominado “Das Relações de Parentesco”; no §1º, do mesmo artigo, está firmada a expressão “parentesco por afinidade”; e, que a família sofreu profundas transformações, sendo que hoje pode ocorrer uma ligação íntima entre pessoas ligadas pela afinidade.

Quanto ao primeiro argumento, que diz respeito à localização escolhida pelo legislador para alocar a regulamentação da afinidade, necessário lembrar as inúmeras críticas sofridas por nosso Código quando de sua promulgação. Sabemos que esta lei não é um primor de organização e correção, existindo uma infinidade de equívocos, causados por motivos diversos, dentre eles o enorme tempo de tramitação do projeto de lei que o deu origem (mais de 26 anos), o grande número de emendas ao projeto (mais de 1.000 na

Câmara dos Deputados e mais de 400 no Senado), as revisões apressadas para fins de apresentação do projeto de lei final etc.


Como exemplo de alocação equivocada, citamos a previsão dos direitos sucessórios dos companheiros, que estão “organizados” no Capítulo I (das Disposições Gerais) do Título I (da Sucessão em Geral), quando deveriam estar no Capítulo I (da Ordem de Vocação Hereditária) do Título II (da Sucessão Legítima).

Ainda que não se entenda ter existido uma falha de organização, mas que a alocação decorreu de um objetivo deliberado do legislador, argumentaríamos que a menção à afinidade nesta parte do Código foi feita exatamente para afastar um instituto do outro, evitando a confusão entre os mesmos. Representa, portanto, verdadeiro alerta do legislador aos juristas, na intenção de evitar equívocos.

Fosse a intenção do legislador igualar a situação do parentesco à da afinidade, ou mesmo tratar esta última como uma espécie da primeira, certamente teria procedido de forma diferente, já que, nos arts. 1.591 e 1.592 firma os tipos de ligação de parentesco (linha reta e colateral), especificando no 1.593 a origem desta ligação (consanguínea ou outra origem), para somente após, no art. 1.595, mencionar a afinidade, frisando ainda tratar-se de um vínculo diferenciado.

O segundo argumento se agarra à expressão “parentesco por afinidade” constante no §1º do art. 1.595. Entendemos que a base não é nada sólida, pois, como dito, o Código tem uma infinidade de erros, que devem ser depurados pelo doutrinador e pelo operador do Direito. Trata-se de mero equívoco de revisão, erro técnico como tantos outros constantes no Código.

Na mesma linha, como exemplo de erro grosseiro, veja-se, ainda na parte relativa ao Direito Sucessório, quando o art. 1.829 faz remissão ao art. 1.640, parágrafo único, onde estaria previsto o regime bens da separação obrigatória, quando, na verdade, o dispositivo correto é o art. 1.641.



Reconhecemos que a utilização da expressão de forma equivocada não é nova, sendo verificada até mesmo nas lições de Pontes de Miranda¹⁵.

Por outro lado e com todas as *vênias* que merece a memória do ilustre jurista, da legislação vigente à época de seus estudos não é possível extrair embasamento para utilização da expressão “parentesco por afinidade”. Veja-se que o Código Civil de 1916 não cometia a mesma impropriedade cometida pela legislação atual, mantendo bem separadas as definições de parentesco e de afinidade:

Art. 334. Cada conjugue é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

Art. 335. A afinidade, na linha reta, não se extingue com a dissolução do casamento, que a originou.

Art. 336. A adoção estabelece parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado (art. 375)

Ora, quando o Direito separa os institutos em diferentes categorias, certamente o faz diante das características e efeitos diversos por eles gerados. Gustavo Tepedino¹⁶ afirma taxativamente:

Sabe-se que parentesco é o vínculo jurídico estabelecido pela consangüinidade ou pela adoção, daí decorrendo o parentesco consangüíneo e o parentesco civil. Há parentesco consangüíneo quando duas ou mais pessoas se originam de um ancestral comum; há parentesco civil quando o vínculo é estabelecido não já por laços de sangue mas por ato jurídico voluntário, denominado adoção.

Do parentesco se diferencia a afinidade, vínculo jurídico formado entre um cônjuge e os parentes do outro, sem que tal liame se estabeleça entre os afins de um cônjuge com os afins de outro.


Ao definir parentesco, identificou-se um

conjunto de pessoas dentro da família que mereciam ser agraciadas com um grande número de direitos, substanciais, visando a proteção destes membros mais próximos do grupo familiar. Como exemplos, a possibilidade de reivindicar heranças, pleitear alimentos etc. Por outro lado, quando o legislador trouxe a previsão do vínculo de afinidade, o fez para fins de estabelecimento de restrições de direitos, como ocorre no caso dos impedimentos para o casamento.

Realmente, mesmo na atualidade percebemos que os afins recebem direitos apenas excepcionalmente, e, ainda assim, de menor envergadura do que aqueles concedidos aos parentes. Veja-se o art. 97, da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, onde se prevê a possibilidade do servidor se ausentar do serviço pelo prazo de oito dias, em caso de falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob sua guarda ou tutela e irmãos. Nestas hipóteses, atente-se que o legislador faz constar expressamente o tipo de relação de afinidade agraciada, o que, mais uma vez, explicita a necessidade do tratamento diferenciado.

Importante frisar que não vemos nenhum equívoco em considerar as pessoas ligadas pelo vínculo de AFINIDADE como FAMÍLIA, já que, certamente possuem uma ligação relativamente próxima que permite tal tratamento. Atente-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, prevê em seu art. 25, §1º, que a relação de afinidade faz parte do conceito da chamada família extensa ou ampliada. Contudo, o conceito de FAMÍLIA é bem mais extenso que o de PARENTESCO, sendo falsa a afirmação de que a AFINIDADE é uma espécie de PARENTESCO.

Não tem cabimento mesmo o argumento de que a família evoluiu, e com ela deve evoluir o conceito de parentesco, para que passa a abranger o conceito de afinidade. De fato, a família estará sempre em evolução, entretanto, para que se pen-



se em extensão conceitual, cremos que a sociedade deve ter consagrado a mudança de paradigma. Entendemos que isto ainda não aconteceu no que diz respeito ao vínculo de afinidade. Basta imaginar a possibilidade de um genro ou de um cunhado pedir pensão alimentícia que perceberemos que realmente os institutos não evoluíram ao ponto que alguns autores têm propagando, sendo fontes de ligação completamente diferentes, exista ou não entre elas uma relação de afetividade. Os defensores desta tese pensam que:

O entendimento a ser defendido é de que deve ser feita uma análise apurada da vida em família, para só então decidir se o pai ou filho afim terá algum direito previsto no ordenamento jurídico, tal como corre nas famílias ditas primitivas.³⁸

Dessa forma, ao se deparar com um pedido formulado pelo filho ou pai afim, pedido esse não limitado pelo parentesco por afinidade, não pode o Poder Judiciário negar de plano o pedido inicial, sob o simples fundamento de que entre eles não há nenhum vínculo oficial.

Divergimos até mesmo das expressões utilizadas na citação acima, quiçá das conclusões a que chega a Autora. A expressão “pai afim” ou “filho afim” são divergentes, contraditórias e excludentes. Ou a pessoa é pai e, portanto, ligado ao filho pelo parentesco diante do estabelecimento da filiação; ou a pessoa é afim, ligado única e exclusivamente pela relação de sua mãe com o próprio cônjuge, o que afasta a cogitação da filiação, enquadrando a relação como afinidade.

Agora, caso ocorra situação onde, após análise apurada da vida em família, se verifique a existência de tratamento DE filho, entre alguém que seja ligado pelo vínculo de afinidade, poderá ocorrer um pedido de alteração do tipo de vínculo, ou seja, do reconhecimento de uma paternidade sócioafetiva, quando, por meio do estabelecimento judicial da relação de filiação,

chegaremos às consequências jurídicas almejadas para o parentesco.

As únicas possibilidades de estabelecimento ou reconhecimento de família por meio do afeto atualmente verificadas dizem respeito exatamente a já falada paternidade/maternidade sócioafetiva e à união estável. Ainda assim, para que se tenha consequências jurídicas, necessário o prévio reconhecimento judicial destas formas de ligação, para, depois de reconhecidas, falar-se em direitos e deveres.


No caso da paternidade sócioafetiva, não basta um tratamento COMO o de um filho para surgimento de paternidade, mas é necessário o tratamento DE filho, e, em nome da boa técnica, submetido ao crivo estatal por meio do reconhecimento voluntário ou judicial. Só com a aquisição da paternidade é que se pode falar em direitos e deveres, não havendo como se “saltar” diretamente de uma situação para outra.

Veja-se que nem mesmo o vínculo biológico, historicamente consagrado, permite tal manobra. Não é da simples existência de um vínculo genético que surge a paternidade com os direitos e deveres daí decorrentes. Ainda que o suposto filho seja idêntico ao suposto pai, ainda que haja um exame de DNA reconhecendo o liame genético, somente se poderá falar em direito e dever após o reconhecimento formal da paternidade.

A existência de um relacionamento afetivo não pode ser, portanto, a base para o pedido de alimentos por parte daquele ligado pelo vínculo de afetividade. Até porque, quando de tal pedido já não existirá a relação alegada. Ora, pedidos de pensão ou brigas pela herança só surgem quando não mais existente o afeto!

Nossa preocupação é relevante, pois temos percebido que mesmo a legislação tem confundido conceitos técnicos e leigos, como se vê no ECA em diversas passagens, a exemplo do próprio art. 25.

Por fim, caso se verifique uma evolução no plano social tal que permita-se concluir que na



maioria dos casos existentes haverá uma ligação íntima e de afeto entre uma pessoa e seus afins, ainda assim não vemos a necessidade de atualização de conceito. O que deverá ocorrer é a atualização da legislação, inserindo-se a afinidade de forma expressa nos dispositivos que tratam dos direitos dos membros familiares, como, por exemplo, alocando-se os afins no rol dos escolhidos para figurar na ordem de vocação hereditária.

6 CONCLUSÃO

A família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado (art. 226, CF/88). A previsão da Constituição Federal, além de inteligente é extremamente atual. A técnica do legislador constituinte para fins de proteção jurídica e criação da sociedade que almejamos foi muito bem pensada e numa alegoria simples, pode ser equiparada a uma pedra que cai num lago, fazendo surgir um ponto de impacto, seguido de ondas cada vez maiores.

Assim foi pensada nossa Constituição. Num primeiro momento traz extenso rol de direitos conferidos ao cidadão, o que lhe legou, inclusive, até mesmo o apelido de Constituição Cidadã. Na alegoria acima, o cidadão corresponde ao ponto de impacto inicial, sendo que, ao protegê-lo com critério, a Lei procura formá-lo em toda sua plenitude.

O segundo foco de proteção é a própria família, correspondente à primeira onda formada pela queda da pedra. No ambiente familiar é que o cidadão irá ter suas primeiras relações sociais e jurídicas. Portanto, como o cidadão teve uma formação adequada, a tendência é que as primeiras ondas criadas pela pedra sejam também bem formadas, ou seja, que os primeiros laços e relacionamentos criados pelo cidadão sejam bem estruturados.

Estando o cidadão bem formado, e, sendo criado numa família bem estruturada, as próximas ondas que se propagarão no lago terão as mesmas características, ou seja, entende-se que as demais relações criadas por ele terão o mesmo

destino, repercutindo numa sociedade consciente, protegida, democrática e igualitária.


A família evoluiu e o legislador não lhe impôs amarras, sendo que a Constituição Federal é o parâmetro para viabilizar uma proteção irrestrita, em nome da própria dignidade da pessoa humana. Recentemente foi bastante noticiado nos jornais os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸, onde se firmou entendimento que o art. 226, da Constituição Federal deve ser interpretado como um dispositivo que contém as bases das relações familiares, contudo, sem que seja interpretado restritivamente. Entendeu-se que as formas de família ali apresentadas correspondem a exemplos, não constituindo um rol taxativo.

Hoje, considera-se que a dignidade humana deve ser o foco do Direito. O ser humano, ainda que livre, não tendo uma vida digna, não encontrará realização. Deseja-se no plano familiar relações embasadas no afeto, no carinho, para que se tenha um núcleo sólido de amparo às pessoas.

Contudo, a realidade mostra que nem sempre o afeto é a marca da família. Muito ao contrário, várias famílias não têm este sentimento como seu norte, sendo que outros, como rancor, ciúmes e até mesmo o ódio é que imperam.

Interessante observação do prof. Marco Túlio de Carvalho Rocha¹⁹ quando critica a chamada “teoria do afeto”, construída sob o conceito psicanalítico de família, afirmando que os defensores da ideia, em momento algum se preocupam em definir a palavra “afeto”, base de todo seu raciocínio jurídico. Ele, por sua vez, busca o conceito nos ensinamentos de Freud, “pai da psicanálise”, destacando que para aquele não existe qualquer distinção entre as palavras afeto, sentimento ou emoção. Por afeto, portanto, entender-se-ia todos os sentimentos humanos, positivos ou negativos, do mais agradável ao mais insuportável.

Ora, onde existe o afeto (amor), certamente se afasta a necessidade da própria regulamentação incisiva do Direito, já que as pessoas abrem mão de tudo em nome do benefício umas das outras.



É onde não existe o afeto que o Direito mostra sua verdadeira utilidade! É nesse âmbito que surgem as disputas judiciais, onde as pessoas já não se mostram abertas ao diálogo, ao bom senso.

Portanto, vemos o Direito de Família muito mais preso ao princípio da solidariedade familiar, com obrigações que responsabilizem e amparem aqueles que consciente ou inconscientemente provocaram o surgimento de uma família biológica (que deverá ser reconhecida pelo Estado), ou, que voluntariamente se obriguem a tanto.

O próprio reconhecimento judicial da família sócioafetiva não decorreu exatamente do afeto, mas de situações onde, de certa forma, tal sentimento foi negado. De fato, foi nas ações negatórias de paternidade que se verificaram as primeiras decisões, sendo que, nestes processos, uma pessoa que havia reconhecido um filho como seu, posteriormente suspeita da conduta de sua parceira, vindo a descobrir a inexistência de liame genético. Contudo, ao pleitear a exclusão da paternidade, o judiciário lhe nega o pedido, sob o fundamento de estabelecimento da paternidade sócioafetiva, em nome do melhor interesse do menor, talvez um dos maiores princípios constitucionalmente estabelecidos. Entendeu-se que a criança foi tratada voluntariamente pelo autor como filho, e, após isto, mudar esta situação lhe seria extremamente prejudicial, principalmente considerando a ausência de conhecimento de vínculo com outra pessoa (pai) que lhe conferiria proteção²⁰.

Exatamente por causa disto que visualizamos a necessidade de se ter extremo critério, quando da verificação ou ponderação de uma relação afetiva como embasamento para busca de direitos, assim como dever criteriosa a análise técnica dos institutos basilares do Direito de Família.

O Direito de Família já há muito tempo traz a prescrição das fontes de ligação familiar, graduadas de acordo com a intimidade de cada ligação e a necessidade de responsabilização. Numa família, as pessoas são ligadas pelo parentesco (inclusive filiação), pela afinidade e pela conju-

galidade. Estabelecidas estas formas de ligação, existindo ou não afeto entre os membros, existirão direitos e deveres!


Pensar o afeto como fonte de ligação familiar, portanto, nos parece precário, senão vago. Por outro lado, não é possível deixar de ver que a ligação afetiva tem valor jurídico, não podendo ser desconsiderada em muitas situações. A atual configuração legislativa permite a ponderação do afeto em muitos aspectos: para fins de estabelecimento de guarda, firmada em nome do melhor interesse do menor; para apontamento de provável existência de *intuito família* quando da verificação da existência de relação de união estável; e, finalmente, nos contornos atuais, para fins de estabelecimento de paternidade sócioafetiva. Contudo, pensar o afeto como fonte de família não nos parece correto.

A cautela no tratamento do tema é imprescindível! O afeto é fator verificável em processos judiciais, ainda que não mensurável, dada sua subjetividade. Foge, portanto, a possibilidade de sua regulamentação.

Ainda que não corresponda ao raciocínio de muitos autores renomados na atualidade, infelizmente, pensar o afeto como fonte de família é raciocinar sob a utopia. As mazelas de um processo judicial desta natureza certamente demonstram nossa afirmação.

Quando se cogita da responsabilização de alguém como pai, apesar de ser padrasto, entendemos ocorrer defeito grave não só de técnica jurídica, como de estratégia. Pensar em responsabilizar com obrigações jurídicas quem algum dia tratou o enteado com afeto é agir contra o próprio objetivo do raciocínio inicial (valorização do sentimento). Não visualizamos nenhum proveito numa responsabilização desta natureza. Ao contrário, pensamos que as conseqüências da consolidação deste tipo de raciocínio são, no mínimo, prejudiciais à família.

Utilizamos o exemplo da família recons-



tituída para demonstrar nosso raciocínio. Caso alguém que tenha acabado de sair de um processo de divórcio procure outra relação, certamente agirá de forma preconceituosa contra provável parceiro ou parceira que tenha filhos, principalmente se o término da última relação foi tumultuada. Certamente terá resistência na relação com os filhos do novo pretendente, já que plenamente consciente de que existe a possibilidade da nova relação também não terminar de forma pacífica, quando se verá envolvido num grande número de obrigações não desejadas como, por exemplo, nova necessidade de prestar alimentos.

Lado outro, louvável a ponderação do sentimento para fins de reconhecimento de uma paternidade praticada e desejada, mesmo contra uma biológica e juridicamente reconhecida. No conflito entre uma paternidade biológica e uma sócioafetiva, não temos dúvida de que esta última deve prevalecer, principalmente, porque desejada, espontânea. Mas, imputar paternidade sócioafetiva a quem não deseja e nunca se dispôs a isto é delicado, devendo ocorrer apenas em última hipótese, quando assim determinar o melhor interesse do menor.

Devemos estudar criteriosamente as novas relações surgidas no seio da sociedade e, de fato, conferir-lhes proteção, sempre que enquadradas nos ideais de família que nosso Estado pretende proteger.

Em que pese divergências de entendimento, a família é, como dito, a base da sociedade. Da lição de Giselda Hironaka²¹:

...de resto importa constatar, desde logo, e tudo indica, que há uma imortalização na idéia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família, este lócus que se renova sempre como

ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social.

E é exatamente para proteger a sociedade e a família que queremos, que o ensino jurídico e o aplicador do Direito não podem deixar de lado a melhor técnica na análise das novas situações que lhes são postas. Este raciocínio responsável e científico, é certamente o que garantirá a solidez de todo o sistema jurídico desta ciência que é o Direito.

REFERÊNCIAS

- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: M. Fortes, 1981.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família no Novo Milênio: Uma Reflexão Crítica Sobre as Origens Históricas e as Perspectiva do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FIÚZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 15 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil – Estudos*, 2000, p. 18-19 apud FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família no Novo Milênio: Uma Reflexão Crítica Sobre as Origens Históricas e as Perspectiva do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- LEITE, Eduardo Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. v. 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.
- PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 5, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O Conceito de Família e suas Implicações Jurídicas: Teoria Sóciojurídica do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2009
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 1, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VALADARES, Maria Goreth Macedo. As Famílias Reconstituídas. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 11 ed., São Paulo: Atlas, 2011

NOTAS

* Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Fundação Mineira de Educação e Cultura - FCH/FUMEC (1999). Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG (2003). Advogado. Professor de Direito Civil do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em Belo Horizonte (desde 2002).

1 *In Instituições de Direito Civil*. v. 5, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

2 “O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: na religião do fogo sagrado e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um único corpo nessa vida e na do além. A família antiga é, desta forma, mais uma associação religiosa do que uma associação natural.” (*In A Cidade Antiga*. São Paulo: M. Fortes, 1981).

3 *In Direito Civil*. 11 ed., São Paulo: Atlas, 2011.

4 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família no Novo Milênio: Uma Reflexão Crítica Sobre as Origens Históricas e as Perspectiva do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

5 *In O crime e os Estados da Alma*. <http://jus.com.br/revista/texto/9312/o-crime-e-os-estados-da-alma>, consulta em 19/03/13, às 17:05 min..

6 Art. 226, §4º.

7 *In Direito Civil: Curso Completo*. 15 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 1027.

8 *In A Cidade Antiga*. São Paulo: M. Fortes, 1981.

9 LEITE, Eduardo Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. v. 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.

10 “...Por onde se vê que família e parentesco são categoriais distintas. O cônjuge pertence à família, e não é parente do outro cônjuge, posto que seja parente afim dos parentes consanguíneos do outro cônjuge.” (*In Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 4)

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 11 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 215.

12 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 11 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 219.

13 **Art. 1.595.** Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

14 Por todos: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 8 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

15 *In Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 3.

16 *In Temas de Direito Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 392.

17 VALADARES, Maria Goreth Macedo. *As Famílias Reconstituídas*. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 160.

18 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132.

19 ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O Conceito De Família E Suas*

Implicações Jurídicas: Teoria Sóciojurídica Do Direito De Família Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2009, p. 96..

20 AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - PATERNIDADE AFETIVA - RELEVÂNCIA. Tratando-se o reconhecimento voluntário da paternidade de um ato de assunção de responsabilidades, só é anulável mediante prova de algum dos vícios que contaminam o ato jurídico, como o erro ou coação, que devem ser comprovados. A assunção espontânea da paternidade envolve não só sentimentos, gerando a denominada paternidade afetiva, mas também direitos e obrigações, até de cunho patrimoniais, de forma que o simples ajuizamento de ação negatória de paternidade, sem a prova do erro alegado, o contrário ressaltando dos autos, não tem o condão de afastar a paternidade assumida. (TJMG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 1.0079.05.226422-7/001, Rel. Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 19/05/2009, p. 03/07/2009)

21 *In Direito Civil – Estudos*, 2000, p. 18-19 *apud* FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família no Novo Milênio: Uma Reflexão Crítica Sobre as Origens Históricas e as Perspectiva do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.