

AFETIVIDADE E FAMÍLIA: Uma análise diante da legislação brasileira

Claiton Alves Francisco

Graduando em Direito – 5º Ano – FITL/AEMS.

Caroline Leite de Camargo

Mestre em Direito, Professora na FITL/AEMS.

RESUMO

Diante da grande transformação que as famílias vêm sofrendo constantemente, a presente pesquisa tem por escopo mostrar que dentre as várias formas de modelos de família que se encontram atualmente, há um elemento fundamental para a definição de família tanto em questão social como no ordenamento jurídico, principalmente este último, porquanto uma vez provado tal elemento há o reconhecimento de família. Portanto, assim está resguardado no Direito de Família, esse elemento que se faz importante como fator de reconhecimento familiar que é a afetividade, reconhecida no ordenamento jurídico com o termo socioafetividade, tido como liame das relações de parentesco. Uma vez que a Constituição Federal de 1988 exalta a família como base na sociedade e lhe compete a função da busca e o exercício da afetividade dentro do seio familiar, pois é tido como requisito que une os membros do núcleo familiar, resultando no reconhecimento da entidade familiar perante a sociedade e o Estado, de modo em que esta característica será transformada em prova, implicando em direitos e deveres inerentes ao Direito de Família, já que o elemento socioafetividade independe da formação familiar de seus laços biológicos, bastando provar a presença da afetividade.

PALAVRAS- CHAVE: Família; Afetividade; Direito; Filiação.

INTRODUÇÃO

A afetividade é o frágil laço que une uma família, o qual faz gerar entre eles respeito e afeição, trabalhando o indivíduo dentro do seio familiar, de modo que cada membro tenha o seu lugar e exerça determinada função dentro do núcleo familiar. A socioafetividade é reconhecida hodiernamente como elemento fundamental para a caracterização de família, pois esta deixou de ser apenas por vínculo econômico, religioso, moral e dentre outros, para dar espaço a uma família voltada para a realização dos desejos comuns de seus membros, ou seja, a família existe hoje para buscar a felicidade comum de seus membros, através da solidariedade e cooperação mútua.

1 SOCIOAFETIVIDADE

Evidente a forte importância da afetividade no núcleo familiar, como de fato foi atestado que o afeto ficou mais explícito na família contemporânea, pois outrora, quando a família tinha o intuito apenas da procriação, onde a mulher e os filhos não

tinham direito a voz, a afetividade, ou seja, o carinho e o amor eram postos de lado, tendo o ente familiar apenas à preocupação com fatores econômicos, religiosos e sociais de modo a importar-se apenas em manter as aparências diante da sociedade.

No grande pensamento de Lisboa (2012, p. 211), “Paulo Lôbo afirma que a relação de afeto se constrói na convivência entre pais e seus filhos, biológicos ou não, dando-se maior ênfase à filiação socioafetiva”.

O afeto se faz necessário em toda a família, pois é este o principal elemento que a mantém unida, buscando o bem comum de todos os membros, assim, como a função a ser desempenhada por cada um, fazendo com que todos sejam inseridos de forma ativa no núcleo familiar visando criar laços de parentesco, independentemente de a relação familiar ser de origem biológica ou não biológica, desta forma, a socioafetividade é irrelevante quanto a sua origem, provando sua superioridade quanto aos laços sanguíneos e quanto à formação familiar.

Esclarece o doutrinador Lisboa (2012, p. 211), “Jorge Fujita diz que a filiação socioafetiva é aquela decorrente da relação entre um ou ambos os pais e o filho, sem que exista vínculo de sangue entre eles”.

Nos termos de socioafetividade elucida Lôbo:

O termo socioafetividade conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há fato social e de outro lado o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congrega o fato social (*socio*) e a incidência do princípio normativo (*afetividade*). (LÔBO, 2011, p. 29).

Com a adoção do termo socioafetividade no mundo jurídico e sua aplicação dentro do contexto de direito de família, pois é possível entrelaçar o fator social com o fator normativo, resultando assim, em princípio jurídico imposto à família, o qual deve diuturnamente buscar e fortalecer o afeto dentro de seus lares, para servir as partes do meio familiar, estreitando os laços de afinidade, respeito, e ajuda recíproca, ocasionando o fenômeno socioafetividade, observado dentro da área do direito para determinar as relações de parentesco.

2 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Sobre a luz do doutrinador Lisboa (2012), a filiação socioafetiva independe da relação genética, de maneira que a relação de parentesco se forma pelo afeto e não apenas pelo vínculo de sangue. De forma que toda a pessoa que oferece a criança carinho, afeto, amor, alimento, educação, formação, cria um vínculo de afeto com o infante de modo que a sociedade passa a ver esses como pai e filho, porquanto a relação de afetividade entre pai e filho esta muito acima do sobrenome, onde o tratamento quanto à educação, alimento, entre outros cuidados que ao olhar da sociedade caracteriza a relação de pai e filho. Assim, surge tanto na doutrina, quanto na jurisprudência a paternidade socioafetiva, elemento crucial para a determinação da filiação por socioafetividade.

Entende o pesquisador Lemos (2007, p.17):

Esse novo critério aparece para contrapor à fixação da paternidade baseada apenas em presunções, conhecido como critério jurídico e, também ao simples fato de determinar o vínculo existente entre pessoas considerando apenas o liame genético.

Diferentemente da aceitação da verdade biológica como critério para a fixação da paternidade, em que o simples fato de alguém ter gerado uma criança é suficiente para que seja declarado pai, a atribuição socioafetiva mensura aspectos que vão muito além da singela ligação genética.

Com a evolução da família e do direito, a fixação de filiação que antes era apenas baseada no critério biológico, cedeu espaço para a afetividade, pois o fato de uma pessoa gerar uma criança não é o único critério para presumir a paternidade, devido à ligação genética; mas é também observado o vínculo afetivo entre pais e filhos, pois é este o liame o qual constitui uma família, que faz com que o pai chame o filho verdadeiramente de filho, e este venha a chamar o pai verdadeiramente de pai.

Entende brilhantemente o doutrinador Gonçalves:

A Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva que existia no Código Civil de 1916. (GONÇALVES, 2012, p. 271).

A paternidade como mencionada, não se estrutura apenas nos laços biológicos, mas no afeto, daí onde começa a usar a expressão paternidade socioafetiva, porque pai não é apenas o qual se liga a seu filho pelo laço consanguíneo, mas principalmente pelo princípio que é eixo e o pilar principal de

toda família, a socioafetividade que se mostra intrínseca nos diversos modelos de família.

Nos estudos de Lemos (2007, p.18), este observa que “[...] a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que fornecer material genético, logo, apresenta-se o caráter socioafetivo das relações paternas como o mais indicado a ser aplicado”.

Por sua vez, entende Gonçalves, (2012, p. 255) que “[...] hoje, todavia, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”.

A verdadeira vocação de paternidade não decorre apenas do fato dos laços genéticos, mas é muito mais amplo e profundo, onde a paternidade esta no ato de amar e dedicar-se à criança; dedicação e amor que é a característica das famílias de hoje, o qual o cônjuge serve o seu companheiro, e ambos servem a sua prole (LEMOS, 2007).

A posse de estado de filho é definida:

Segundo a posse de estado de filho, o critério socioafetivo caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, fruto de uma convivência afetiva. (LEMOS, 2007, p. 18).

Alguns aspectos que antes detinham uma relevância considerável formação de novos vínculos, como os fatores financeiros e patrimoniais, passaram a ser preteridos por outras motivações de cunho afetivo. Assim, a família contemporânea é tomada *‘comunidade de afecto e entre-ajuda’*. (LEMOS, 2007, p. 21).

Contudo, hoje se deixou de haver grandes famílias constituídas por um número alto de filhos, para chegar à família o qual conhecemos formada por uma quantidade bem menor de filhos e muitas vezes sem nenhum descendente, criando assim entre os membros da família o sentimento de cooperação, respeito, amor, solidariedade, ajuda recíproca, carinho e afeto.

Na busca pelo conhecer da família, entende:

Com a modificação na sua estrutura organizacional, a entidade familiar passou por grandes mudanças no que diz respeito ao relacionamento de seus membros. Ficando o caráter patrimonial em segundo plano e através da redução do número dos filhos, observa-se que a relação entre os integrantes da família se tornaram mais próximas, permitindo a manifestação explícita de demonstrações afetiva.

As novas disposições presentes na Constituição Federal de 1988, como o fato de elencar a convivência familiar como direito fundamental, garantir a não discriminação entre os filhos e a responsabilização pelo exercício do poder familiar tanto pelo pai como a mãe, projetaram no campo jurídico os vínculos de afetividade como fundamento das relações familiares. (LEMONS, 2007, p. 22).

A Constituição Federal de 1988 vem para selar e consagrar a afetividade como vínculo familiar mais importante, onde a mulher e principalmente os filhos, o qual sofreram tantas discriminações por sua origem, nesse momento é elevada como base da sociedade, recebendo do Estado todos os direitos e garantias para assegurar que esta possa ter todos os meios necessários para cultivar e viver tal elemento afetivo. A educação e a criação dos filhos agora se torna responsabilidade conjunta dos pais, havendo assim a partilha do poder familiar onde tanto o pai quanto a mãe exercem o mesmo poder familiar de maneira igual, tanto em questões materiais como imateriais, seja em relação aos filhos ou aos patrimônios da família.

3 AFETIVIDADE NO CAMPO DO DIREITO

O processo da família em sair das correntes referentes aos laços genéticos e adentrar no mundo da afetividade, é como sair de um entendimento biológico e partir para uma família com sistemas culturais. Onde esse novo modelo de família socioafetiva gera efeitos psicossociais que é transformado em fatos jurídicos, ocasionando efeitos na ordem jurídica.

Explana brilhantemente Lôbo, (2011, p. 29), “pode-se dizer que a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo”.

Segundo o doutrinador, “o afeto é um fato social e psicológico. Talvez por essa razão, e pela larga formação normativista dos profissionais no Brasil, houvesse tanta resistência em considera-lo a partir da perspectiva jurídica” (LÔBO, 2011, p. 29).

É notório que no campo do direito trabalha-se de forma científica, ou seja, utilizando a razão para que possa assim alcançar a principal finalidade que é a justiça, contudo trabalhar o ordenamento jurídico dentro da família requer que se busque além de uma única maneira de pensar. Por isso houve certa resistência em adotar a afetividade dentro das decisões judiciais em que se envolve a família.

Aduz Lôbo (2011, p. 29) em seus estudos, “o que interessa, como seu próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas”.

Segundo o pensamento do doutrinador:

Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conceito conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor, ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e rejeição).

[...]

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares. (LÔBO, 2011, p. 71).

Conforme esclarecimento de Lôbo (2011), o direito enxerga a afetividade real como elemento a qual estreita e une as pessoas que possuem o intento de família, independentemente de sua origem e formação, não havendo assim diferença entre os filhos adotivos e biológicos, de maneira onde todos são iguais pelos laços de afetividade, o qual está acima dos interesses patrimoniais não podendo ser embaraçado por qualquer interesse, pois assim como foi dito a família foi consagrada pela Constituição Federal de 1988, como base da sociedade, sociedade esta formada por núcleos familiares que devem ter seu foco numa formação socioafetiva, contribuindo assim numa sociedade melhor e agindo de forma indireta na legislação brasileira.

A afetividade como laço de parentesco é compreendida:

Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico da afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência. (LÔBO, 2011, p. 72).

E ainda:

A posse do estado de filiação, consolidada no tempo, não pode ser contraditada por investigação de paternidade fundada em prova genética. Como diz Guilherme de Oliveira, a posse de estado de filho consolida vínculos que não assentam na realidade natural, impedindo o direito de exercício do direito de impugnar, no interesse do filho contra a relevância jurídica de uma paternidade manifestamente prejudicial. (LÔBO, 2011, p. 238).

O fator socioafetivo é tão importante e relevante no ordenamento jurídico, que impede que alguém venha impugnar a paternidade de alguma pessoa sobre seu filho, independentemente deste ser natural ou adotado, uma vez que comprovado que o pai, diuturnamente cultiva de forma sólida e duradoura a afetividade, educação e participação na formação do infante, serão estes elementos que caracterizam a paternidade socioafetiva, e que lhe irão garantir o direito de paternidade, assim como o poder familiar, independentemente dos laços biológicos existentes entre o pai e o filho.

No grande saber doutrinário ainda de Lôbo:

O direito brasileiro tutela o direito de vindicar o estado de filiação, independentemente de origem e da entidade familiar, uma vez que não há mais distinção entre os filhos e os vínculos de paternidade e maternidade. A prova da filiação, acolhida em juízo, é o quanto basta para regularizar o registro do nascimento e a certificação da paternidade e maternidade. A ação de estado de filiação não prescreve (a pretensão) nem decai em tempo algum. (LÔBO, 2011, p. 238).

O estado de filiação supõe a convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança pelo art. 227 da Constituição Federal. É, portanto, situação que se comprova com a estabilidade das relações afetivas desenvolvidas entre pais e filhos. O direito ao conhecimento da origem genética integra o direito de personalidade de qualquer indivíduo, que não se confunde com o direito de família. (LÔBO, 2011, p. 265).

A total igualdade de direito entre os filhos biológicos e os que foram adotados demonstra a opção da ordem jurídica brasileira, principalmente constitucional, pela família socioafetiva. A filiação não é um dado da natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando suas origens. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas. (LÔBO, 2011, p. 273).

A filiação socioafetiva pôs fim a qualquer argumento para diferenciar os direitos dos filhos biológicos aos filhos adotivos, pois no pensamento de Lôbo (2011), a filiação é um ato de adotar, onde esta além de um dado natural, mas é, contudo um dado cultural, pouco importando suas origens, nesse contexto do servir dos pais continuamente, faz com que até os filhos biológicos sejam adotados por estes no cotidiano de suas vidas. Dessa forma, comprova-se que a relação de parentesco não é determinada apenas com base no sobrenome ou nos liames sanguíneos, mas encontra-se embasada nas relações socioafetivas.

O elemento que vincula adotante e adotado seria:

Em virtude da primazia legal à afetividade existente entre o adotante e o adotando, o parentesco pode ser de qualquer origem, não apenas biológico, e em qualquer grau, exceto se o interessado for avô ou irmão, pois estes estão impedidos de adotar. (LÔBO, 2011, p. 287).

E ainda:

O art. 23 do ECA estabelece que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Em primeiro lugar, são os laços de afetividade e o cumprimento dos deveres impostos aos pais que determinam a preservação do poder familiar. Em segundo lugar, pobreza não é causa de sua perda forçada, porque o prevalecimento das condições materiais seria atentatório a dignidade da pessoa humana. (LÔBO, 2011, p. 310).

Importante faz salutar que como determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, a pobreza, ou seja, a falta de recursos materiais não é fator suficiente para motivar a perda ou a suspensão do poder familiar, porquanto o essencial é que os pais estejam cumprindo os deveres impostos pelo Estado que entre eles se encontra o da afetividade como um dos requisitos principais para manter o poder familiar; de maneira em que ao usar as condições materiais como argumento para retirar ou suspender o poder familiar vai contra a dignidade da pessoa humana o qual é o fundamento de nossa Constituição Federal.

Sob a luz do pensamento de Oliveira (2013, p.08):

O importante é que, hoje, com a elevação dos laços de afeto na organização das entidades familiares, também as condicionantes de filiação construídas entre pais e filhos não dependem mais de nenhuma imposição de lei, para que sejam efetivamente concretizadas e socialmente aceitas.

A partir da convicção que a filiação só pode ser evidenciada no terreno da afetividade, pela força e união das relações que se estabelecem entre pais e filhos, pode-se também afirmar que a filiação afetiva não depende da origem biológica ou genética.

Hoje é aceito em todo ordenamento jurídico, a superioridade do quesito afetividade, para fixar a filiação do que é o fator biológico, o qual apresentadas provas que evidenciam a união afetiva, através do reconhecimento da sociedade em ver a relação de pais e filhos. É prova mais do que suficiente para reconhecer a filiação sem a exigência dos exames de laços sanguíneos, pois a afetividade não depende da origem genética, visto que a afetividade relaciona pessoas independentemente de suas relações biológicas, de modo que pode haver casos de crianças que mesmo ao saber de sua origem genética queiram conviver com aqueles com quem possuem afetividade, mesmo não sendo do mesmo sangue.

Aprofunda o entendimento o qual:

Os pais se caracterizam por serem aqueles que oferecem seu amor e dedicação em sua vida a um ser, inicialmente desamparado, até mesmo rejeitado, doando afeto, educação, atenção, conforto, estabelecendo um relacionamento seguro, cujo vínculo não é garantido ou definido nem pela lei e nem pelos laços sanguíneos. Importando-se, explicitamente, com o elemento afetivo, demonstrando-se uma paternidade submetida a um fato social de cultura, e não de biologia. (OLIVEIRA, 2013, p. 09).

Ademais:

No ECA, a instituição familiar é discutida como um direito pois a conduz a priorizar sua atuação como um local de companheirismo e afeto, favorável aos interesses e às necessidades de crianças e adolescentes. (OLIVEIRA, 2013, p. 10).

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o direito da criança em ter uma família, um lar, e muitas vezes estas são criadas, educadas, recebem amor, carinho, afeto, servidos pelos seus pais o qual não possuem relação de origem genética nenhuma, pais estes que dedicam anos diários de suas vidas na formação dessas crianças, pela qual a relação socioafetiva são inseridas na família como filhos, a estes é formado o liame de paternidade socioafetiva que equivale a uma paternidade biológica, resultando em direitos sucessórios, alimentos, tributários, nome e sobrenome entre outros.

Filiação é retratada:

A filiação afetiva também se manifesta nos casos em que, embora não haja vínculo biológico, uma determinada pessoa opta por educar uma criança ou adolescente, assumindo de forma pública e notória responsabilidade de sua manutenção, tratando-a como se fosse seu próprio filho, assumindo as características de pai, caracterizando assim, a figura do filho de criação. [...] Deste modo, atualmente, a figura paterna é a que convive com o filho, acompanhando seu crescimento e sua formação, sempre participando de sua educação, alimentação, de seu convívio no dia-a-dia, sem levar em conta que este seu filho biológico, adotivo ou de criação. (OLIVEIRA, 2013, p. 12).

No entendimento de Oliveira (2013), a afetividade é de caráter tão relevante que se faz mais importante que o sobrenome advindo da relação biológica, afetividade dentro da família é o que a caracteriza em sentido interno, onde há a reciprocidade de seus membros, o servir dos pais na educação, formação, alimentação de seus filhos biológicos ou não, e externamente, pois o afeto entre os familiares faz com que a sociedade veja e reconheça a família em toda a sua

concepção, certo que este reconhecimento converte-se em provas dentro do ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Entende-se, portanto que a família contemporânea não se fixa apenas no casamento matrimonial, visando apenas uma sociedade para obtenção econômica, ou por valores religiosos e morais, onde na formação da família tempos atrás o homem era a cabeça da família e a mulher incumbida apenas de procriar vários filhos e educá-los; mas ao contrário, a família moderna busca hoje a realização de seus sonhos através da cooperação, afeto, solidariedade e respeito. O poder familiar é compartilhado pelo pai e pela mãe de maneira igual, onde o número de filhos tornou-se menor, e sua origem já não é exclusivamente pelos laços sanguíneos. Família esta, que foi outorgada pela Constituição Federal de 1988 como a base da sociedade, tendo os direitos e garantias para que possam trabalhar dentro do seio familiar a afetividade, elemento este que foi inserido no âmbito do direito e que se tornou fator primordial para a fixação da filiação socioafetiva e para os membros que convivem mutuamente conceituá-los como família, de modo a ter o reconhecimento da sociedade e do Estado como entidade familiar.

Tudo isso é transformado em provas cruciais para o direito, para que se possa determinar a relação de parentesco e assim aplicar o Direito de Família, de modo que é evidente que a família é uma entidade em constante evolução e o direito deve acompanhar e estar preparado para as diversas situações apresentadas em sociedade. Diante desse fato é que a afetividade ganhou espaço dentro da área do direito como requisito determinante em muitos casos de família, como partilha de bens, filiação, alimentos, herança e diversas circunstâncias, demonstrando assim a importância da afetividade na família e suas implicações frente à legislação brasileira.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v.6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEMOS, Anderson da Silva Clack e. **Estabelecimento da filiação e paternidade socioafetiva**. 2007. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/anderson_Lemos.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v.5: direito de família e sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, C. C. C. de. O reconhecimento do afeto como instrumento do poder familiar. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/camilla-cichon-conrado-de-oliveira.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014.