



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

DEBORA RESENDE PIRES

A AFETIVIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Juiz de Fora - MG

2017

DEBORA RESENDE PIRES

A AFETIVIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Me. Maria Amélia da Costa.

JUIZ DE FORA – MG

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

Debora Resende Pires

Aluno

A Afetividade na Jurisprudência
Brasileira

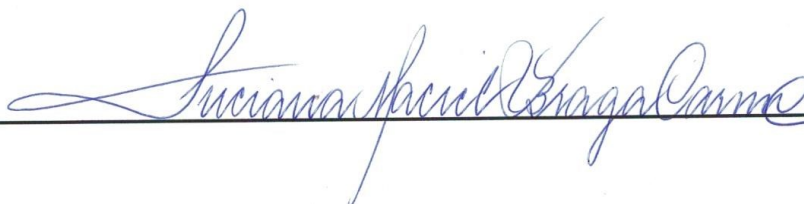
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA







Aprovada em 13/12 2017.

Dedico esse trabalho aos meus pais, Maria e Luiz que sempre me apoiaram e incentivaram nesta jornada. À minha irmã Ana Carolina pelo apoio recebido e aos meus sobrinhos Lucca e Pietro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Maria e Luiz, por sempre terem me incentivado e apoiado durante o Curso de Direito. À minha irmã Ana Carolina e meu cunhado Cláudio pelo apoio e atitudes de incentivo. Aos meus sobrinhos Lucca e Pietro, por serem luz na minha vida e me fazerem querer sempre melhorar.

À professora e orientadora Maria Amélia pela atenção e apoio recebidos na confecção deste trabalho.

O princípio da sabedoria é
reconhecer a própria ignorância.

Sócrates

RESUMO

O presente trabalho trata do tema Afetividade na jurisprudência brasileira. A afetividade tem sido considerada como princípio formador das famílias brasileiras, tendo sido apontada em várias decisões como elemento chave. Sendo assim, o trabalho se subdividirá em quatro capítulos, sendo o primeiro a introdução. No segundo capítulo, chamado “A família pré e pós constituição de 1988”, fala-se sobre as mudanças ocorridas no seio familiar, em sua formação. No terceiro capítulo denominado “Justificativa principiológica do afeto”, fala-se da conceituação da afetividade e suas relações com outros princípios. No quarto capítulo aborda-se a aplicação do princípio da afetividade nas decisões dos tribunais brasileiros. Concluindo-se que este estudo tem a intenção de colaborar com a elucidação do princípio da afetividade, e sua correspondente atualidade na jurisprudência brasileira..

Palavras-Chave: Afetividade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A FAMÍLIA PRÉ E PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988	10
3 JUSTIFICATIVA PRINCIPIOLÓGICA DO AFETO	14
3.1A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações Famíliares	14
3.2 A elevação da afetividade a princípio constitucional	16
4 O AFETO COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DA FAMÍLIA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988 NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS	20
4.1 Abandono Afetivo	20
4.2 União estável homoafetiva	22
4.3 Decisão relativa a colocação de menor indígena em família substituta	24
4.4 Decisão relativa ao conflito entre paternidade socioafetiva e biológica- pluriparentalidade	27
5 CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o afeto tem sido reconhecido como elemento formador das relações familiares, e identificado como elemento fundante que agrega os seres humanos numa família. As atuais decisões jurisprudenciais têm trazido em sua fundamentação esse princípio, imerso em uma gama de diferentes relações como uniões homoafetivas, pluriparentalidade, famílias uniparentais etc. O presente trabalho tem como propósito, portanto, fazer uma análise da aplicação do princípio da afetividade na jurisprudência brasileira.

No primeiro capítulo serão abordados aspectos da antiga e atual família brasileira, analisando-se os períodos pré e pós Constituição de 1988, considerando-se que esta constitui marco legal das mudanças no Direito de Família. Dentre os assuntos que serão apresentados estão a família patriarcal e patrimonialista, a diferenciação entre os filhos, o Estatuto da mulher casada e a Lei do divórcio, assim como, após a Constituição de 1988, o Código Civil de 2002. Faz-se necessário este percurso pois a família, núcleo central da sociedade, sofreu diversas modificações em sua formação. Família monoparental, união estável, família homoafetiva, dentre outros, são as novas constelações que fazem parte do cenário atual.

No segundo capítulo busca-se a caracterização da justificativa principiológica do afeto. No primeiro sub item será falado da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares. Trata-se de um princípio de extrema relevância no cenário jurídico, visto que implica em aspectos como respeito e liberdade. No segundo sub item aborda-se a questão da elevação da afetividade a princípio constitucional. Isto constitui aspecto muito importante pois traz a segurança de um princípio que se extrai da lei, facilitando seu entendimento e tomando um lugar de extrema relevância.

O terceiro capítulo traz a aplicação do princípio da afetividade na jurisprudência em casos concretos. Houve uma evolução muito grande no que diz respeito à aplicação do princípio da afetividade nas decisões judiciais, reconhecendo-se que o âmbito relacional se encontra permeado por laços de amor e afetividade, contrariamente ao que antes ocorria por interesses materiais e sociais.

2 A FAMÍLIA PRÉ E PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

O conceito de família no direito brasileiro, assim como os institutos jurídicos a ele relacionados, possui uma trajetória interessante, compreendida entre dois marcos legais, o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988, que merece atenção e estudo para melhor compreensão da evolução do direito de família. Diversos pontos do diploma legal de 1916 sofreram sensivelmente esta evolução, os quais serão identificados neste capítulo.

Em sua constituição, os membros da família assumiam obrigações morais entre si, sob a liderança do ancestral comum, conhecido como “patriarca”, normalmente da linhagem masculina, símbolo da unidade de entidade social, reunindo em uma mesma comunidade todos os seus descendentes, os quais compartilhavam de uma identidade cultural e patrimonial. Era a família patriarcal.

Pode-se observar que inicialmente o Código Civil de 1916 dizia, no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família constituída fora do casamento era considerada ilegítima e apenas era mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, era chamado assim de concubinato. A concubina não tinha direito a doações ou benefícios testamentários, por exemplo.

Observa-se que durante décadas a legislação brasileira protegeu a instituição da família e os laços sanguíneos entre os parentes, vedando ou criando modos de evitar a dissolução da relação conjugal e estabelecendo restrições à filiação havida através da adoção, deixando de lado a importância do afeto em tais relações.

É importante destacar também que no início do século XX, o papel da mulher na sociedade era muito reduzido, permeado por aspectos machistas e reducionistas. Observando-se o Código Civil de 1916, infere-se que a própria linguagem legal do antigo código era um tanto preconceituosa, dizendo que os homens eram capazes que direitos e obrigações, colocando prioridade dos homens para administração dos bens dos ausentes, permitindo a possibilidade de o marido anular casamento com mulher já deflorada, conceitos como mulher honesta, etc.

“As mulheres nem sabiam quem eram, em um mundo isento de direitos civis e cheios de deveres servis.” (DIAS, 2016, p.104) Entretanto a evolução de conquistas da mulher acabou refletindo na formação das famílias. Nesse universo, a subjetividade feminina tomou contornos de ser uma grande contribuição da psicanálise para o Direito. Estabelecer a igualdade não é conceder um tratamento privilegiado de que os homens sempre tiveram, para se reconhecer o modelo que é masculino. Deve-se pensar sob o discurso da diferença. Homens e mulheres são

diferentes, mas são iguais em direitos. Se se desconhece as diferenças, pode-se levar à eliminação das características femininas.

A lei que foi considerada um divisor de águas para a evolução da emancipação feminina foi conhecida como Estatuto da mulher casada, Lei nº 4121 de 1962. Um dos avanços inculcados nesta lei foi a permissão de a mulher não perder o exercício do pátrio poder sobre os filhos, quando contraísse novas núpcias. Também um dos grandes avanços nesta lei foi a extinção do art. 6º inciso II que descrevia que as mulheres casadas eram incapazes de certos atos, ou à maneira de os exercer, enquanto subsistisse a sociedade conjugal. (MAZZA, Jusbrasil, 2017)

Essas conquistas foram de grande importância para a emancipação feminina, entretanto somente com a Constituição de 1988 e, posteriormente com a vigência do Código Civil de 2002 é que os direitos da mulher foram totalmente garantidos, levando a igualdade material dos gêneros.

Em meio às mudanças que ocorreram na configuração do casamento, e assim, no direito de família como um todo, também está a Lei do divórcio, nº 6.515 de 1977. Há 40 anos, no dia 28 de junho de 1977, o Brasil dava o passo definitivo no caminho de instituir o divórcio no país. Nessa data, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 6515, que regulamentou a prática.

A Lei do Divórcio, aprovada em 1977, possibilitou um novo casamento, mas somente por uma vez. O 'desquite' passou a ser chamado de 'separação' e permanece, até hoje, como um estágio intermediário até a obtenção do divórcio. Foi com a Constituição de 1988 que passou a ser permitido divorciar e recasar quantas vezes fosse preciso. (A trajetória do divórcio no Brasil e a consolidação do estado democrático de direito, Jusbrasil, 2017)

Esta Lei veio regulamentar a Emenda Constitucional nº 9 de 1977, que suprimiu a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Além da possibilidade de dissolução do casamento, esta lei implantou o regime da comunhão parcial como o regime legal de bens, disposição que foi continuada pelo Código Civil de 2002, adotada também para a União Estável.

Em relação ao desenvolvimento da família, ao longo do século XX a família passou por grandes transformações na seara jurídica, deixando de ser a família patriarcal, instituída em torno do patriarca, responsável por todos os integrantes do núcleo familiar, para ser entendida como a família plural, com suas bases definidas no amor e no afeto. Inicialmente se concebia a família com o homem dando o sustento e os outros dependentes sendo cuidados pelo mesmo, entretanto com o passar do tempo as famílias foram se organizando em diferentes configurações, e, muitas vezes, haviam casos de separação destes casais que

contribuíam para a formação de outras famílias, daí a necessidade de uma regulamentação dessas separações. Na família atual, houve uma reformulação dos conceitos que formam a sua essencialidade. “Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana” (DIAS, 2016, p.135), e isso repercutiu de forma incisiva nas relações familiares e sua disciplina legal.

Na Constituição de 1988, observa-se que, de forma relevante, o art. 226 coloca no plano constitucional o conceito de entidade familiar, quer decorrente da união estável entre homem e mulher, quer daquele oriundo da comunidade entre qualquer dos pais e seus descendentes, previsto em seu parágrafo 4º. O novo dispositivo reconheceu a noção de família monoparental, que passa a ser protegida pelo estado, além de abrir as portas para instituir um conceito aberto de família, que posteriormente serviu para admitir a existência de outras configurações. “Ao reconhecer como família a união estável entre um homem e uma mulher, a carta Magna conferiu juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento.” (GONÇALVES, 2016, p.301).

No Código Civil de 2002 foi inserido o título referente à união estável no Livro de família, sendo incorporados em cinco artigos, os princípios básicos das aludidas leis, que têm agora caráter subsidiário, tratando, nesses artigos, dos aspectos pessoais e patrimoniais.

Conclui-se então que a Constituição Federal permitiu a colocação de novos modelos de família. A família, ainda considerada base da sociedade, toma novos contornos e não mais se origina apenas do casamento, já que pode ser formada pela união estável e também por qualquer dos pais e seus descendentes.

No que se refere à igualdade entre cônjuges, o Texto Maior reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, §§ 3º e 5º, da CF/88). Lembre-se que o art. 1º do atual Código Civil utiliza o termo pessoa, não mais homem, como fazia o art. 2º do Código Civil de 1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo.

A disciplina da filiação também sofreu significantes mudanças com a Constituição de 1988. A instituída pela ordem civil de 1916 trazia em seu teor uma diferenciação dos filhos, sendo que os filhos que se originavam de relações extramatrimoniais eram tidos como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei, sendo classificados em: naturais (os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial) e espúrios (nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em adulterinos e incestuosos). Entretanto o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos era proibido pelo art. 358. Isto só foi alterado por lei em 1989, quando a Lei 7841 revogou este dispositivo, após a Constituição de 1988 proibir qualquer

designação discriminatória relativa à filiação, colocando assim uma igualdade de direitos e qualificações entre os filhos. (GONÇALVES, 2016)

Com relação aos filhos, prevê o art. 227, § 6º, da Constituição Federal que, “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Complementando o texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil em vigor tem exatamente a mesma redação, consagrando, ambos os dispositivos, o princípio da igualdade entre filhos. Isso significa que todos os filhos são iguais, havidos ou não dentro do casamento. Esse nivelamento compreende também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga. Não se pode, de maneira alguma se usar mais as expressões filhos incestuosos ou filhos bastardos. Essa igualdade repercute, inclusive, em fins patrimoniais e sucessórios.

Mesmo que por vedação constitucional não seja mais possível qualquer tratamento discriminatório em relação aos filhos, o Código Civil atual disciplina em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de casamento e os nascidos fora do casamento dos pais. O legislador ainda se utiliza de presunções de paternidade no que tange aos filhos havidos dentro da relação de casamento. A visão sacralizada da família e a tendência de preservá-la a qualquer preço, leva até mesmo a atribuir filhos a quem não é o pai para manter a estrutura familiar. Porém, tal estrutura sofre influências do princípio da afetividade, como será explicitado mais adiante.

A Constituição Federal de 1988 permitiu, portanto, a afirmação de que família não se restringe mais ao paradigma de casamento, sexo e procriação. Hoje, pode-se dizer que é o envolvimento emocional que conjuga os laços familiares, tendo como base as relações de afeto.

3 JUSTIFICATIVA PRINCIPIOLÓGICA DO AFETO

No presente capítulo serão abordados alguns pontos que justificam o afeto como importante princípio que rege as relações humanas. A princípio faz-se relevante falar sobre a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, sua importância, seu conceito, em seguida a questão da elevação da afetividade a princípio constitucional.

3.1 A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares

Faz-se importante definir a princípio o que é a dignidade humana. Segundo Kant (*apud* FERNANDEZ, FERNANDEZ, 2017, p.120):

[...]por dignidade se entende, no contexto filosófico-jurídico, uma determinada condição do ser humano que o distingue de qualquer outro animal e fundamenta certos direitos indiscutíveis e inalienáveis ao estilo de ter que ser considerado, à maneira kantiana, como um fim em si mesmo e não como meio para outros propósitos.

Pode-se inferir a partir dessa afirmação que o ser humano tem a dignidade como característica que o define e diferencia de qualquer outro animal e também algo que determina certos direitos que fazem parte da realidade do ser humano, sendo estes indiscutíveis.

O princípio da dignidade humana incide sobre uma gama de situações e outros princípios derivam dele, assim como o da cidadania, igualdade, liberdade e solidariedade. Este princípio está previsto no artigo 1º da Constituição Federal.

A renomada autora Maria Berenice Dias (2016) ressalta que o princípio da dignidade humana surgiu num momento em que houve uma despatrimonialização dos institutos e sua consequente personalização. Ainda, diz que houve uma valorização da pessoa, tornando a realização de sua personalidade algo relevante. Disso, infere-se que o princípio da dignidade humana veio trazer uma nova perspectiva, a de igualdade e respeito para os seres humanos, de sua valorização como ser único.

Quanto ao papel do Estado, o mesmo não tem somente um papel que deve evitar condutas que firam este princípio, mas deve também promover a aplicação deste princípio em condutas ativas.

Em uma dimensão familiar, a dignidade humana encontra lugar para se desenvolver, visto que nas famílias existe o solo propício para a realização de características como o afeto, a solidariedade, o respeito, a confiança, o amor, numa perspectiva plural e positiva, entretanto sabemos que a família não é toda um mar de rosas, mas sim um lugar onde os conflitos também ocorrem. Entretanto, é o melhor lugar onde se encontra segurança para as personalidades se desenvolverem. Neste universo onde a complexidade das relações humanas se encontram, a família, o princípio da dignidade humana se caracteriza como um norte para as noções relacionais, estabelecendo limites para as mesmas, assim como regras a serem seguidas tendo como exemplo a estimulação da boa convivência entre pais e filhos, e também, a possibilidade de se adotar filhos, o que representa hoje a igualdade entre filhos naturais e adotivos, que possuem os mesmos direitos.

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, uma coleção de princípios éticos. (DIAS *apud* DELLANI, Jusbrasil, 2017).

Na imensa gama de relações familiares atuais incluem-se as famílias unipessoais, monoparentais, uniões de pessoas de mesmo sexo, etc. Neste universo, o princípio da dignidade humana entra como norteador das relações, visto que o respeito às diferentes opções dos seres humanos para formação de vínculos familiares hoje é imensa. Procura-se, nos julgados atuais, respeitar e proteger os direitos das diferentes constelações familiares, primando pela liberdade e igualdade de direitos. Não cabe mais a visão de que somente o modelo pai, mãe de filhos mereça atenção e respeito.

Segundo Dias (2016 p.48) , “ [...]o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.” A partir desta afirmação, faz-se relevante entender o princípio da dignidade humana como algo tão importante que constitui o cerne da ordem constitucional, isto é, de sua conceituação origina-se todos os outros princípios e conceitos da constituição Federal. Ainda, preceitua que “ Talvez possa ser identificado como o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais carregado de sentimentos e emoções e experimentado no plano dos afetos”(DIAS, 2016, P.48). Então, desta afirmação infere-se que este princípio possui em seu bojo uma carga que remete à aspectos psicológicos do ser humano, como, por exemplo, sentimentos e emoções. Daí sua importância nas relações familiares, porquanto se faz necessário para constituir um aspecto norteador das relações, insinuando facetas do respeito mútuo, da liberdade dos indivíduos e dos limites necessários para a boa convivência.

Neste sentido, a dignidade da pessoa também se liga à possibilidade de escolhas que se pode fazer no interato de ser feliz, sem, contudo, ofender direito alheio. É a chamada autonomia de vontade, que não significa apenas capacidade de estabelecer acordos eminentes judiciais, mas exercício pleno da liberdade, principalmente no âmbito das relações familiares, quando o Direito tutela escolhas existenciais traduzidas na liberdade de formação de vínculos familiares diversos. (FIGUEIREDO, MASCARENHAS, Publicadireito, 2017)

3.2 A elevação da afetividade a princípio constitucional

O conceito de família é uma construção que remete à formação da sociedade, sendo que:

[...] em cada sociedade, a partir dos mais diversificados valores, a família assume diferentes funções, influenciada pelas circunstâncias do tempo e do lugar. Isto implica reconhecer ao fenômeno familiar um permanente processo de mudança, evolução. (FARIAS ; ROSENVALD *apud* FIGUEIREDO ; MASCARENHAS, Publicadireito, 2017)

Anteriormente, o modelo patriarcal era o modelo visto como mais utilizado para a formação das famílias. Hoje isso mudou e as diversas configurações familiares permeiam esse universo, como famílias monoparentais, formadas pela união de pessoas de mesmo sexo etc. Se, em épocas passadas as famílias eram formadas de forma autoritária, hoje as mesmas são orientadas pelos laços de afeto que as pessoas constroem.

Novas configurações familiares foram surgindo por conta da revolução industrial, com a inclusão da mulher no mercado de trabalho e a invenção de métodos contraceptivos, o que fez com que o homem deixasse de ser o centro e a única fonte de subsistência da família, tornando a mulher mais independente das amarras da ditadura do casamento. (FIGUEIREDO ; MASCARENHAS, Publicadireito, 2017)

Além disso novos arranjos familiares foram devidos à nova concepção da sexualidade, já que anteriormente era visada para fins reprodutivos, agora é vista com fins prazerosos. O advento da pílula anticoncepcional também contribuiu para a mudança nas configurações familiares visto que não é mais mera reprodução, mas sim fruto de escolhas.

Configura-se como um grande marco revolucionário do direito de família no Brasil, a Constituição Federal de 1988. Desta forma, o clamor social por um tratamento humanístico e

igualitário para os entes da família se firmou. Pode-se afirmar que em seu art. 226 a Constituição brasileira inovou e reconheceu o casamento civil, a união estável e a família monoparental como entidades familiares. Também colocou o homem e a mulher em igualdade de direitos no que tange ao tratamento da filiação.

Diante das transformações que decorrem das modificações de núcleos familiares, observa-se que as relações estão se estruturando com base nos sentimentos de afeto mútuos, para que haja uma satisfação dos indivíduos, e não mais uma formalização de padrões.

Segundo Dias (2006, p.39):

[...]Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional- cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento de amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.

Torna-se até mesmo repetitivo dizer que o afeto agora é elemento fundante nas famílias. Frutos de escolhas, e não mais de imposição, as novas formações familiares exprimem o que há de mais profundo na psiquê humana: o sentimento. É algo que não pode ser medido, mas apenas sentido, ou seja não se faz relevante mensurar essa capacidade, mas apenas sua existência configura o fator, o marco inicial para a fundação de uma família.

Segundo Santos (2014):

A denominada Constituição Cidadã além de fixar os princípios e as garantias fundamentais sobre os quais se assentam o Estado Democrático de Direito, também passou a disciplinar alguns institutos até então imanentes às relações jurídicas privadas, ensejando, a partir daí, no que a doutrina costuma chamar de constitucionalização do direito privado.

No que se refere à presença do princípio da afetividade na constituição Federal, segundo Pereira(*apud* PESSANHA,IBDFAM, 2017)

Embora o princípio da afetividade não esteja expresso na CFB, ele se apresenta como um princípio não expresso, [...]; nela estão seus fundamentos essenciais, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (art. 226, § 4º), a união estável (art. 226,

§ 3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227), além do citado art. 226, § 8º. Como se vê, a presença explícita do afeto em cada núcleo familiar, que antes era presumida, permeou a construção e se presentifica em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Tendo o afeto como elemento norteador das relações afetivas:

[...]o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família.(PEREIRA *apud* PESSANHA,IBDFAM,2017)

Entende-se que a afetividade assumiu um lugar no campo jurídico tornando-se princípio constitucional, tendo em vista que as relações intrapessoais são baseadas nos laços de amor, afeto que uns sentem pelos outros. Percebe-se que se considera uma visão humanística do ser humano, não somente uma visão patrimonialista.

No que tange às funções afetivas da família, faz-se necessário iniciar um percurso sob a ótica da psicanálise. Na ótica da Psicanálise, o ser humano nasce como um sujeito psíquico pronto, mas irá constituir-lo a partir de si mesmo, das relações familiares e sociais. Os pais tem um importante papel na formação psíquica da criança, pois ao investir seu afeto formam uma ponte entre o psiquismo e o meio social que os rodeia. O ego se estrutura, então, pelo discurso social, pela fala dos pais sobre a criança e pelos seus próprios desejos. As relações primevas com os pais são a base para constituição de outros relacionamentos. Estes pais podem estar na figura de uma avó, de tios ou outras pessoas que invistam seu carinho e afeto nessa criança. Se em estágios iniciais de desenvolvimento a criança não for suprida em suas necessidades de atenção, carinho e afeto, fatalmente haverá consequências para seu desenvolvimento psíquico. Segundo Antonioli(IJEP,2017)

A ciência tem comprovado a importância da educação e dos cuidados de qualidade durante os primeiros anos de uma criança para o seu desempenho escolar satisfatório e para uma vida adulta plena. O período que vai da gestação até o sexto ano de vida, e particularmente de zero a três anos incluindo o período gestacional, são os mais importantes na preparação dos alicerces das competências, habilidades emocionais e cognitivas futuras. É neste período que a criança aprende, com mais intensidade, a agir, a sentir, a se relacionar, e a desenvolver importantes valores a partir de suas relações na família, na escola e na comunidade.

Observa-se que a responsabilidade dos pais ou responsáveis para o desenvolvimento da criança nos primeiros anos de vida é essencial. As atitudes, palavras e demonstrações de sentimentos dos pais influenciam a formação psíquica criança, moldando seu comportamento. Por isso é tão importante que essas necessidades de afeto da criança sejam supridas, e não negligenciadas.

Segundo Piaget (*apud* FABRINO,2012,p.22):

Portanto, sem o afeto; sem as relações afetivas, não existe motivação que leve o ser humano ao conhecimento. Na visão piagetiana, o afeto desempenha um papel primordial no funcionamento da inteligência, pois segundo Piaget, '[...] não se poderia raciocinar sem vivenciar certos sentimentos e que, por outro lado, não existem afeições sem um mínimo de compreensão.'

A afetividade se constitui como elemento importante até mesmo para aquisição do conhecimento. Em todas as suas atuais formações, a afetividade só pode ser exercida em família. A inserção do indivíduo em sociedade passa por esse primeiro núcleo, que é o familiar. Dessa forma a criança poderá aprender a construir relações, modelos, vivenciar emoções, experimentar afetos e ocorrerá todo o seu processo de maturação psicológico. A criança necessita de uma base familiar, seja ela formada por avós, tios, cuidadores, e independente de sua orientação sexual.

O médico e educador Henri Paul Wallon(1979) valoriza o caráter social da afetividade, dizendo que a fase inicial da criança é feita através da comunicação emotiva (choro, sorrisos, gritos). De acordo com o desenvolvimento da criança, suas crises emotivas vão diminuindo e para tanto, é necessário a intervenção de um ou mais adultos.

Os adultos tem a função de colocar limites no comportamento da criança e através desse relacionamento os sentimentos de amor, ódio, raiva ou tristeza são vivenciados pela criança.

Dessa forma encerra-se este capítulo concluindo-se que afetividade é o cerne das relações humanas, importante desde os primeiros estágios de vida da criança até as relações de sua vida adulta.

4 O AFETO COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DA FAMÍLIA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988 NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Neste capítulo serão apresentados julgados fundamentados pelo o princípio da afetividade, em casos de ordens diversas. A fundamentação na afetividade constitui um avanço na jurisprudência brasileira, pois leva em conta toda uma subjetividade, que possui profundos conteúdos psicológicos que permeiam as relações parentais. Os tribunais brasileiros têm levado em consideração o afeto em suas decisões, sendo estas provenientes de diferentes demandas.

Nas transcrições dos votos e ementas, percebe-se uma humanização no tratamento dessas decisões, priorizando-se o âmbito relacional. Ao perceber-se o afeto como elemento estruturante das relações, e valorizando sua importância, é possível verificar-se que os tribunais passaram a compreender a afetividade como princípio constitucional, extraído do princípio da dignidade humana.

A intenção aqui não é o esgotamento das possibilidades de aplicação do princípio nas demandas familiares, até porque, como já verificado, ao mesmo tempo que a família se modifica, surgem novas demandas que exigem a verificação do elemento do afeto. Assim, optou-se pela escolha de alguns julgados, derivados de demandas de cunho diverso, com intenção meramente exemplificativa.

4.1 Abandono Afetivo

No primeiro caso apresentado, o voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), ilustra o presente trabalho uma vez que nele estava sendo discutido se o abandono afetivo constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

Observa-se que o cuidado é considerado como valor jurídico e como peça chave para a caracterização do tratamento dado pelos pais aos filhos. Quando se trata de relações familiares, há toda uma subjetividade envolvida, tais como a afetividade, o amor, elementos estes que acabam dificultando a caracterização do dano moral. Tanto é assim que o julgamento não foi unânime, havendo divergência no voto do Ministro Massami Uyeda.

Mas a Ministra assume que há previsão constitucional para os cuidados mínimos da prole e que os pais têm o dever de arcar com suas responsabilidades. A questão da omissão do cuidado foi colocada como fator importante para caracterizar o abandono, já que está previsto em lei o dever dos pais de cuidar da prole:

[...] o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. (Recurso nº1.159.242 SP)

Para além disso, nota-se a causalidade de transtornos afetivos e psicológicos que um abandono proporciona. As feridas psicológicas não desaparecem com o tempo, e podem prejudicar o desenvolvimento normal de uma criança, daí a grande importância de se responsabilizar os pais ou os cuidadores pelo cuidado com a prole. Não se pode contabilizar a questão de perdas emocionais, e os adultos tem que ter a noção, ao se ter um filho, de que deles precisará não somente de provisões, mas de afeto, carinho e amor.

Segundo Dias (2016, p.55) “ O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade”. Para que se tenha felicidade, algo tão almejado pelos seres humanos, é necessário ter-se encontros e vínculos que possam manifestar felicidade. Se há abandono afetivo, cria-se uma lacuna neste espaço reservado à felicidade. Essa questão é muito séria, por isso a preocupação existente em se proteger as crianças de tal ato.

Para tanto, é necessário que as decisões judiciais coloquem em primeiro lugar o bem-estar e a felicidade das crianças, a despeito dos interesses pessoais dos pais. Segundo Dias (2016, p.56) “Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue”. Portanto, o relacionamento familiar desponta como fator primordial no desenvolvimento psíquico e social da criança, necessitando assim, de ser algo que proporciona segurança, carinho, amor, compreensão e também pode ser palco para desentendimentos, visto que nenhuma relação é perfeita, mas um espaço onde os erros possam ser entendidos e discutidos.

O espaço afetivo que a família proporciona é o lugar onde a criança vai se desenvolver e com isso aprender a conviver com o outro, daí a importância de se ter pais presentes. Neste ponto, o abandono afetivo impede que a criança tenha um desenvolvimento saudável.

Muito embora a afetividade não tenha, nesta decisão, sido citada explicitamente como princípio, é patente que a fundamentação do voto da relatora levou em consideração o dado afetivo para a conclusão pelo dever de indenizar. Analisando-se criticamente a decisão judicial pode-se concluir que é benéfica ao menor a resolução, visto que ao passar pelo abandono afetivo há consequências psicológicas. Constituindo-se dano moral, há uma compensação mínima na

situação referida, e ainda impõe precedente para que haja temor em haver casos subsequentes, já que houve uma compensação financeira.

4.2 União estável homoafetiva

O julgado que se comenta em seguida cuida da ADPF 132-RJ, conhecida como ADIn, que foi julgada juntamente com a ADIn nº 4277-DF, cujo relator foi o Ministro Ayres Brito. Ambas as ações visavam o reconhecimento da união estável homoafetiva, dando interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil. Com a mais absoluta propriedade, diz o relator: “É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.”

Mais adiante, ressalta o Ministro a caracterização dessas uniões, já à época denominadas de *homoafetivas*, ressaltando assim, sua caracterização pelo elemento afetivo, suficiente para seu reconhecimento como união familiar:

Sucedem que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do “Dicionário Aurélio”. Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u’a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz –, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”(STF.jus, ADIN nº 4277 DF, 2017)

No voto são ressaltados com muita propriedade os princípios basilares da Constituição de 1988, tais como o da liberdade, o da igualdade, o do pluralismo político, o da dignidade da pessoa humana, o da segurança jurídica e o da razoabilidade. O Ministro realça a questão da inviabilidade do preconceito com relação à orientação sexual dos formadores do núcleo familiar, postulando que todos têm direito à busca da felicidade.

O princípio da afetividade vem mais uma vez assumir o papel de formador do núcleo familiar através dos laços de amor e de afeto, não importando assim a orientação sexual dos conviventes. Ainda é importante notar a função do Estado em proteger os interesses das minorias, já que ninguém pode se sobrepor à autoridade hierárquico-normativa consagrada na Lei Fundamental do Estado.

O direito à busca da felicidade está intrinsecamente ligada ao princípio da afetividade, já que o último, como formador dos núcleos familiares permite o terreno fértil para relações felizes. No caso deste julgado, o afeto, mais uma vez é caracterizado com elemento fundante da família moderna. Tem-se observado que o afeto explícito nas relações interpessoais é o elemento principal na constituição das famílias atuais, independente da orientação sexual dos entes. É direito de qualquer pessoa constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero.

O afeto possui dimensão constitucional, como já visto, e por isso configura mais segurança como elemento estruturante das famílias modernas. Atualmente as famílias homoafetivas tem obtido sucesso em casos de adoção, podendo demonstrar toda uma gama de sentimentos em relação ao adotante. Em suma, o direito à felicidade (de todos) é algo que propicia uma multiplicação dessa felicidade, nos casos de adoção.

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se da afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI da Constituição, ao determinar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Ocorre que a falta de um modelo institucional que abrigue essa opção e sua proteção, que permita a institucionalização dessa relação social, acaba contribuindo para restrições indevidas e para um quadro de discriminação. Não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção respectivo a esse direito ou aos direitos aqui elencados.(STF.jus, ADIN nº 4277,2017)

Analisando-se o caso em questão, a constituição de uniões homoafetivas faz parte da realidade atual, sendo que está amparada na Constituição visto que abarca princípios e direitos,

assim como o princípio da afetividade e o direito a busca da felicidade. O afeto é elemento formador da família atual e no caso das uniões homoafetivas isso ocorre e representa uma realidade. Todos têm direito a busca da felicidade e os homossexuais também têm direito a se unir perante a lei, direito de formar uma família. Esse direito traz benefícios para os envolvidos, pois podem realizar algo que outrora não era permitido, o fato de formar uma família, tendo assim oportunidade de oferecer um lar para crianças que necessitam.

Vislumbra-se, portanto, no julgamento dessas ações uma extensa gama de princípios fundantes, dentre os quais, ainda que não expressamente, o da afetividade, uma vez que sem este elemento – o afeto – dificilmente todos os outros argumentos se sustentariam, uma vez que o que se pretendeu qualificar, antes de uma união simplesmente entre pessoas do mesmo sexo, foi uma união familiar.

4.3 Decisão relativa a colocação de menor indígena em família substituta

O julgado a seguir (Recurso Especial nº 1566808 MS 2015/0288539-3) trata da colocação de menor indígena em família substituta. De acordo com o artigo 28, parágrafo 6º, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990, com alteração da Lei nº 12.010, de 2009), quando se tratar de criança indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, a colocação em família substituta ocorrerá prioritariamente junto aos membros de sua etnia ou comunidade. Além disso, o inciso III, prevê a intervenção e oitiva do órgão federal responsável pela política indigenista. O recurso interposto buscava a nulidade processual com base em descumprimento destes dispositivos. Segue ementa do recurso:

RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. DIREITO INDÍGENA. COLOCAÇÃO DE MENOR INDÍGENA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. PREVISÃO DE INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DA FUNAI NO PROCESSO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PARA QUE A NULIDADE SEJA DECRETADA. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO DOS AUTOS. CRIANÇA INSERIDA HÁ QUATRO ANOS EM FAMÍLIA COMUM. CONSTITUIÇÃO DE LAÇOS AFETIVOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. No inciso III do § 6º do art. 28 da Lei 8.069/1990 (ECA), introduzido pela Lei 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção), está disciplinada a obrigatoriedade de participação do órgão federal de proteção ao indígena, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI -, além de antropólogos, em todos os procedimentos que versem sobre a colocação do menor indígena em família substituta, seja por meio de guarda, tutela ou adoção.

2. A intervenção da FUNAI nesses tipos de processos é de extrema relevância, porquanto os povos indígenas possuem identidade social e cultural, costumes e tradições diferenciados, tendo, inclusive, um conceito de família mais amplo do que o conhecido pela sociedade comum, de maneira que o ideal é a manutenção do menor indígena em sua própria comunidade ou junto a membros da mesma etnia. A atuação do órgão indigenista visa justamente a garantir a proteção da criança e do jovem índio e de seu direito à cultura e à manutenção da convivência familiar, comunitária e étnica, tendo em vista que a colocação do menor indígena em família substituta não indígena deve ser considerada a última medida a ser adotada pelo Estado.

3. A adoção de crianças indígenas por membros de sua própria comunidade ou etnia é prioritária e recomendável, visando à proteção de sua identidade social e cultural. Contudo, não se pode excluir a adoção fora desse contexto, pois o direito fundamental de pertencer a uma família sobrepõe-se ao de preservar a cultura, de maneira que, se a criança não conseguir colocação em família indígena, é inconcebível mantê-la em uma unidade de abrigo até sua maioridade, sobretudo existindo pessoas não indígenas interessadas em sua adoção.

4. A ausência de intervenção obrigatória da FUNAI no processo de colocação de menor indígena em família substituta é causa de nulidade. A decretação de tal nulidade, contudo, deve ser avaliada em cada caso concreto, pois se, a despeito da não participação da FUNAI no processo, a adoção, a guarda ou tutela do menor indígena envolver tentativas anteriores de colocação em sua comunidade ou não for comprovado nenhum prejuízo ao menor, mas, ao contrário, forem atendidos seus interesses, não será recomendável decretar-se a nulidade do processo.

5. No caso concreto, verificou-se que: (I) tal como a FUNAI em seu agravo de instrumento, o ora recorrente, representado pela curadoria especial, agora no recurso especial não indicou concretamente qual seria o prejuízo que teria o menor indígena ou seu genitor sofrido com o encaminhamento à instituição de acolhimento e a inscrição no Cadastro Nacional de Adoção (CNA); (II) não foi interposto recurso especial particularmente pela FUNAI, o que leva à conclusão que tenha o órgão indigenista se conformado com o acórdão proferido pelo Tribunal estadual e entendido por bem deixá-lo transitar em julgado; (III) na prática, conforme salientado pelas instâncias ordinárias, apesar da não intervenção do órgão indigenista no feito, foram realizadas diversas tentativas para que o acolhimento das crianças fosse efetivado por seus famílias indígenas. Somente quando se mostraram infrutíferas as diligências é que se deu prosseguimento ao pedido de destituição do poder familiar, de adoção e de inscrição no CNA. Portanto, não está demonstrado, na hipótese dos autos, nenhum prejuízo aos menores indígenas, de maneira que não se mostra recomendável a decretação da nulidade do processo por ausência de intervenção da FUNAI.

6. A criança indígena adotada foi inserida em família comum com cinco anos de idade, em 15/02/2013, há mais de quatro anos, portanto, a indicar que o decreto de nulidade, na hipótese, seria prejudicial aos próprios interesses do menor, uma vez já consolidados os vínculos de afetividade, os quais seriam desfeitos em prestígio de formalidade.

7. Recurso especial improvido. (STF, recurso nº 1566808 MS, 2017)

Neste julgado observa-se que o relator procurou enfatizar a importância dos vínculos de afetividade existentes entre a criança adotada e a família adotante, mesmo levando em conta a importância da primeira tentativa de se inserir a criança em uma família indígena. O aspecto intercultural dessa ementa é relevante porque trata de uma situação singular: a diversidade cultural, mostrando que é possível a adoção de uma criança advinda de uma cultura diferente, mostrando que o afeto está situado em mundos diferentes. Apesar de ser uma adaptação difícil,

o aspecto subjetivo proporciona à criança segurança para se desenvolver num meio diferente do seu, contando com a afetividade dos pais. Além disso, observa-se que na decisão assume-se que criança já está colocada na família há cinco anos, tendo estabelecido vínculos, e sua retirada traria prejuízos a mesma e se constituiria em somente mera formalidade:

A criança indígena adotada foi inserida em família comum com cinco anos de idade, em 15/02/2013, há mais de quatro anos, portanto, a indicar que o decreto de nulidade, na hipótese, seria prejudicial aos próprios interesses do menor, uma vez já consolidados os vínculos de afetividade, os quais seriam desfeitos em prestígio de formalidade.(STj.jus, recurso nº 1566808, 2017)

Observa-se que o núcleo dos sentimentos e emoções é o mesmo, claro que com nuances e vivências diferentes, mas os sentimentos de afeto e amor estão presentes em qualquer sociedade. Como coloca Dias (2016,p.56):

[...]as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se , todas elas, de substancias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum.[...]

Inferre-se que a decisão onde o menor indígena permanece com a família adotante é benéfica ao menor, já que ele já estabeleceu laços afetivos com a mesma. O meio cultural em que vive pode ser diferente, mas poderá ser natural ao mesmo, já que estará convivendo todos os dias com algo que se torna natural para ele. Os laços afetivos estabelecidos são extremamente importantes e salutar para o indivíduo, já que fazem parte do ambiente psicológico e servem de base para o estabelecimento e vivência das emoções e sentimentos.

4.4 Decisão relativa ao conflito entre paternidade socioafetiva e biológica-pluriparentalidade

A decisão a que se faz menção agora foi a proferida no Recurso Extraordinário nº 898.060 SP, com repercussão geral, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux. Tal decisão afirmou que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Assim, ao mesmo tempo em que dá importância aos vínculos afetivos também coloca como importantes os vínculos biológicos. O conflito existente no caso residia entre a paternidade socioafetiva e a biológica. O recurso, impetrado pelo pai biológico, procurava modificar a decisão do juízo *a quo*, sustentando que a paternidade biológica é preponderante à socioafetiva.

O voto contém fundamentação que incide não só sobre o conflito tema da matéria recursal, mas sobre todo o Direito de Família atual, exaltando o princípio da dignidade da pessoa humana:

Era preciso evoluir. E a necessidade de modernizar a disciplina jurídica da filiação constituiu preocupação central do texto constitucional que informa a democracia em que hoje vivemos. O eixo central do sistema se deslocou do Código Civil para a Constituição, cujo conjunto axiológico-normativo deve informar a interpretação dos institutos que regem o Direito de Família.

Assumindo caráter de sobreprincípio fundante do ordenamento, insculpido logo no art. 1º, III, da Carta magna, a dignidade humana passa a exercer papel fundamental nesse contexto. O núcleo base da dignidade humana é expresso na formulação do imperativo categórico de Immanuel Kant: o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim (“Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst” – KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. AA IV. Berlim: Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1900. p. 429).

[...] Em estreita conexão com a dignidade humana, dela derivando ao mesmo passo que constitui o seu cerne, apresenta-se o denominado direito à busca da felicidade. Se a referência a este direito é relativamente recente no Brasil, a sua origem remonta ao próprio surgimento do conceito moderno de Constituição. (STF.jus.rec.extraordinario nº 898.060,2017)

A colocação do princípio da dignidade humana e do direito à busca da felicidade (implícito na Constituição) implica em princípios basilares do ser humano, que tem direito ao respeito e a felicidade. A dignidade humana abarca o direito do ser humano de se desenvolver em liberdade. A atual caracterização da família hoje engloba múltiplas facetas, como as uniões de mesmo sexo, as famílias monoparentais. Houve uma evolução no que diz respeito as relações interpessoais, e os vínculos que hoje unem as pessoas são em maioria as escolhas afetivas que as pessoas fazem, diferentemente do passado, em que as uniões eram arranjadas em função de heranças, dinheiro e posição social.

Da mesma maneira, há, sem dúvida uma evolução no que tange aos vínculos paterno filiais. Assim, não poderá haver preponderância entre um ou outro modelo de filiação quando os dois levam à realização da pessoa humana, conforme afirmado no voto em questão:

O sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher, nesse prisma, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição.

Não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário. (STF.jus, rec. Extraordinario nº 898.060, 2017)

A conclusão que o Tribunal chega é a de que o vínculo socioafetivo não obstrui a filiação concomitante baseada na origem biológica. Onde entende-se que os direitos dos pais biológicos também devem ser respeitados, ao mesmo tempo que o da família socioafetiva.

Ainda que o julgamento não tenha sido unânime, tendo divergido os Ministros Luiz Edson Fachin e Teori Zavascki, para quem a paternidade socioafetiva deveria preponderar sobre a biológica, tem-se hoje um julgamento com repercussão geral, afirmando que, ainda que reste configurada a paternidade socioafetiva, a biológica também poderá ser reconhecida, decorrendo de ambas todos os direitos e deveres.

5 CONCLUSÃO

Ao realizar este trabalho entramos em contato com a constatação de que o afeto é algo essencial nas relações interpessoais, e muito mais do que isso, é elemento fundante das famílias atuais. É muito bonito ver que num mundo onde as relações hoje se primam pela fugacidade, dominado pela tecnologia das redes sociais, as pessoas ainda procuram constituir suas relações pelo viés do afeto.

Ao entrar em contato com a estruturação do princípio da afetividade pode-se perceber que levou-se em consideração o que há de mais profundo no ser humano, suas emoções e sentimentos. A base das relações está sendo constituída por algo que não se pode comprar, e nem se arranjar, mas apenas vivenciar.

Pode-se observar também com a constituição das famílias mudou, sendo expressa atualmente em diversos arranjos, como famílias monoparentais, uniões homoafetivas, etc, todas elas identificadas pelo que há de mais essencial para a realização pessoa, que é o afeto. Há que se atentar para as necessidades dessas novas famílias, que com certeza são diferentes.

Um aspecto interessante foi entrar em contato com decisões judiciais que levaram em conta o princípio da afetividade, e ver que o bem-estar dos entes em questão foi respeitado e que as relações de afeto tomaram um lugar relevante, levando-se em conta não somente condições financeiras, mas a necessidade de amor e respeito. A Justiça tem o dever principal de amparar aqueles que precisam e de propiciar o melhor nas decisões que profere, e nestes casos observados parece que ela cumpriu seu papel.

Enfim, concluindo-se espero ter contribuído de alguma forma para o reconhecimento deste princípio tão importante que é o princípio da afetividade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

A trajetória do divórcio no Brasil e a consolidação do estado democrático de direito. Jusbrasil. Disponível em <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/.../a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-...> Acesso em: 20 ago.2017.

ANTONIOLI, Luciana. A influência da psique dos pais na psique dos filhos. **IJEP**. Disponível em: www.ijep.com.br/index.php?sec=artigos&id=179&ref=a-influencia-da-... Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. STF. Recurso extraordinário nº 477554 MG-Dje nº 164. Reclamante: Carmem Mello de Aquino Netta. Reclamado: Edson Vander de Souza. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento 16/08/2011 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 22 nov 2017.

_____. STJ. Recurso especial nº 1159242/SP, 2009/0193701-9. Reclamante: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Reclamada: Luciana Nunes de Oliveira Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 24/04/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 nov 2017.

_____. STF. Recurso extraordinário nº 898060 Dje 187. Reclamante: AN. Reclamado: FG. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 21/09/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 22 nov 2017.

_____. STF. Recurso especial nº 1566808 MS 2015/0288539-3. Recorrente: AV. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Marco Aurélio Belizze. Data do julgamento: 19/09/2017. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 22 nov 2017.

DELLANI, Diógenes André. Princípios do direito de família. Disponível em: <https://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/112183566/principios-do-direito-de-familia>. Acesso em: 20 ago.2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Maria Berenice. Manual de Direito da Famílias. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza e MASCARENHAS, Fabiana Alves. A abertura do conceito de família no direito brasileiro: para além do rol do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ebb145bdffd37c6. Acesso em: 20 out 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 3 Esquematizado. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Rafaela. Wallon: O Educador Integral- Pedagogia ao pé da letra. Disponível em: <https://pedagogiaaopedaletra.com/wallon-educadorintegral>. Acesso em: 20 de out. 2017.

MAZZA, Luan. A mudança na sociedade: o papel da mulher do início do século XX ao XXI, tendo como parâmetro o Código Civil de 1916 e 2002. **Jusbrasil**. Disponível em: <luan.machado.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 10 out.2017.

OLIVEIRA, Eugênio Guedes de. Da emergente relevância atribuída ao divórcio e do desprestígio a separação. Âmbito Jurídico. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura.> Acesso em: 10 out.2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord. Diversidade sexual e direito homoafetivo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; OLIVEIRA, Guilherme de. (Org.). **Cuidado e afetividade**: projeto Brasil/Portugal-2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017

PESSANHA, Jackeline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para estruturação familiar. IBDFAM. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/-img/artigos/Afetividade%2019-12-2011.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

Recurso nº 1.159242/SP. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf> acesso em 25/11/2017.> Acesso em: 25 nov.2017.

SANTOS, Jefferson Coelho. Valorização Jurídica da afetividade nas relações familiares. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://jeffersoncoelho3.jusbrasil.com.br/.../valorizacao-juridica-da-afetividade-nas-rel...>. Acesso em: 20 out.2017.

STJ. Recurso especial nº 1566808. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505977945/recurso-especial-resp-1566808-ms-2015-0288539-3/inteiro-teor-505977965>. Acesso em: 25 nov. 2017.

STF. Recurso extraordinário nº 898.060. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635.> Acesso em: 25 nov. 2017.