



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR

Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação - Programa de Pós-Graduação em Família na
Sociedade Contemporânea

PEDRO DE FIGUEIRÊDO SPÍNOLA

**ÉTICA, FAMÍLIA, AFETO E DIREITO:
o cuidado como requisito para herdar e os casos de multiparentalidade.**

Salvador

2017

Pedro de Figueirêdo Spínola

**ÉTICA, FAMÍLIA, AFETO E DIREITO:
o cuidado como requisito para herdar e os casos de multiparentalidade.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para a obtenção do nível de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lélis Colani Barbosa.

Área de concentração: Direito Civil - Direito de Família.

Salvador

2017

Ficha catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

S758 Spínola, Pedro de Figueirêdo
Ética, família, afeto e direito: o cuidado como requisito para herdar
e os casos de
multiparentalidade/ Pedro de Figueirêdo Spínola.– Salvador, 2017.
148 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Superintendência
de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família na Sociedade
Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lélis Colani Barbosa

1. Epistemologia 2. Família. 3. Afetividade 4. Cuidado 5. Direito
de Família

TERMO DE APROVAÇÃO

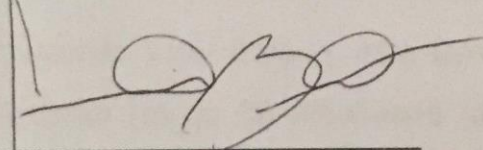
Pedro de Figueirêdo Spínola

“Ética, Família, Afeto e Direito - o cuidado como requisito para herdar e os casos de multiparentalidade”

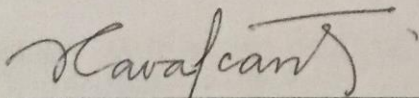
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 10 de agosto de 2017.

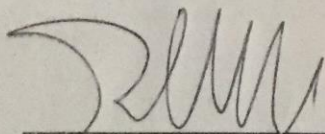
Banca Examinadora:



Camilo de Lelis Colani Barbosa
Orientador(a) - (UCSAL)



Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti - (UCSAL)



Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho - (UFBA)

Dedico este trabalho à minha mãe, que desde sempre exerceu o direito sob a luz do paradigma do afeto e que me ensinou muito sobre cuidado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Camilo de Lélis Colani Barbosa, pessoa de grande importância em minha vida acadêmica e, sobretudo, neste mestrado e na elaboração desta dissertação. A ele, meu muito obrigado.

Agradeço também a todos os professores do Programa de Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea pela enorme contribuição na construção e consolidação de conhecimentos. Foi gigante o aprendizado nesse período. Em especial, gostaria de citar os nomes das Professoras Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti e Mary Garcia Castro e do professor Dom Giancarlo Petrini.

Meu muito obrigado, ainda, a todos os funcionários do programa, eles que são parte essencial da engrenagem, sem a qual nada funciona.

Agradeço, acima de tudo, a Deus e a todos os seus representantes.

Um agradecimento emocionado vai a meus pais, sem os quais nada seria possível. Eles são meu alicerce e, por mais que tentasse, não conseguiria expressar em palavras a enorme gratidão e amor que sinto. Muito obrigado por tudo.

Outro agradecimento emocionado vai à minha companheira, e grande amor, Tatiane Gil. Obrigado por estar sempre presente e emanando os melhores pensamentos.

Agradeço a toda minha família, meu grande laboratório, afinal, já me desculpando antecipadamente se esqueci alguém, são mais de 30 tios e mais de 40 primos, além dos filhos dos primos e todos mais que constituem o círculo de convivência e afeto.

RESUMO

Vislumbrando as transformações nas interações de família e a ampla influência da afetividade atualmente no Direito, este trabalho analisa as regras de Direito Sucessório e propõe, na tentativa de levar a afetividade a este citado ramo jurídico, a possibilidade de a relação de cuidado entre o herdeiro e o autor da herança ser considerada na avaliação da legitimidade para suceder, ainda mais nos casos de multiparentalidade. O cuidado se imporia como um encargo a ser cumprido para se estar legitimado a herdar. Essa proposta se enquadra no objetivo geral deste trabalho que é ensinar, aplicando a interdisciplinaridade, a concepção, interpretação e operação do Direito para além do viés dogmático-legalista. A imposição do cuidado como requisito para suceder é um modo de evitar que a sucessão seja motivada exclusivamente pela pretensão patrimonial, sendo esta asserção, de considerar o cuidado como requisito sucessório, o objetivo específico de que trata esta dissertação. Neste trabalho se utilizou de pesquisa exploratória e qualitativa, com revisão bibliográfica e análise documental, além de interpretação e cruzamento de conhecimentos e informações obtidos em referenciais teóricos da Sociologia e do Direito. Este estudo se reveste de importância, pois pretende ensinar uma nova visão acerca das normas sucessórias, desejando abrir campo para outras discussões que possam promover o aprofundamento das ideias aqui trazidas.

Palavras-chave: Epistemologia. Família. Afetividade. Cuidado. Direito De Família. Parentesco Socioafetivo. Multiparentalidade. Direito Das Sucessões. Requisito Sucessório. Relação De Cuidado. Merecimento.

ABSTRACT

Glimpsing the transformations in the family interactions and the wide influence of affectivity currently in the Law System, this work analyzes the rules of succession law and proposes, in an attempt to bring the affectivity to this branch of Right, the possibility that the care relationship between the heir and the author of the inheritance be considered in the assessment of the legitimacy to succeed, Even more so in cases of multiparentality. Care would be imposed as a burden to be fulfilled to be legitimated to inherit. This proposal fits the general objective of this work, which is to introduce, applying the interdisciplinary, the conception, interpretation and operation of the Law beyond the dogmatic-legalist bias. The imposition of care as a requirement to succeed is a way to avoid that the succession is motivated exclusively by the claim of property, being this assertion, to consider care as an inheritance requirement, the specific objective of this dissertation. For that, we used exploratory and qualitative research, with bibliographic review and documentary analysis, as well as the interpretation and intersection of knowledge and information obtained in theoretical references of Sociology and Right. This study is important because it aims to provide a new vision about succession norms, wishing to open the field to other discussions that may promote the deepening of the ideas brought here.

Keywords: Epistemology. Family. Affectivity. Care. Family Right. Socio-affective Kinship. Multiparity. Succession Right. Succession Requirement. Care Ratio. Deserving.

“Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas.”
“O essencial é invisível aos olhos, só se vê bem com o coração.”

Antoine de Saint-Exupéry

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 AFETO, EPISTEMOLOGIA E DIREITO: POR UM NOVO OPERAR JURÍDICO .23	
2.1 Da Modernidade à Pós-Modernidade: breves apontamentos	24
2.2 Breves comentários acerca da crise da Razão de matriz iluminista: contra a instrumentalidade da Razão	32
2.3 Afeto como categoria epistêmica e Razão: pela sensibilidade e contra a destrutividade humana	37
2.4 Ciência na Pós-Modernidade ou um caminho para o futuro	43
2.5 Direito na Pós-Modernidade e afeto: a dogmática, o legalismo e o positivismo jurídico x o resultado Justiça.....	49
3 DA FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE E DA VIABILIDADE DO PARENTESCO SOCIOAFETIVO	57
3.1 Histórico sobre os movimentos e mudanças na vida e nas relações familiares.....	57
3.2 O afeto como criador de vínculos e impulsionador das condições para a formação do parentesco social	68
3.2.1 Da viabilidade do parentesco socioafetivo	69
3.3 Notas sobre a Dádiva e o cuidado na formação do parentesco socioafetivo – fortalecendo o que pode ser fluido	74
3.3.1 Introdução sobre os requisitos jurídicos de existência da família socioafetiva.....	75
3.3.2 A Dádiva como fortalecedora da convivência e afirmadora do afeto	78
3.4 A ética do cuidado e a permanência da família	82
3.5 A família contemporânea e sua relação com o patrimônio e com a herança.....	84
4 O DIREITO BUSCA RESPONDER À REALIDADE: UM NOVO OLHAR JURÍDICO SOBRE AS RELAÇÕES FAMILIARES	88
4.1 O Direito de Família atual	89
4.2 Da recepção jurídica da afetividade: o princípio da afetividade e suas decorrências (o afeto alcança a discussão da condição jurídica de parente).....	93
4.3 O parentesco socioafetivo no mundo jurídico e como o enxergam a doutrina e a jurisprudência: sobre a necessidade de o direito conhecê-lo/reconhecê-lo	98
4.3.1 Conceito e requisitos jurídicos para a averiguação/configuração do vínculo parental socioafetivo	111

4.4 Multiparentalidade: parentesco socioafetivo e parentesco biológico, da importância da coexistência de ambos	116
5. DA SUCESSÃO NOS CASOS DE MULTIPARENTALIDADE – O CUIDADO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO PARA HERDAR	119
5.1 Participação na sucessão – da legitimidade para suceder	121
5.2 A sucessão nos casos de multiparentalidade	125
5.3 Sucessão hereditária – discutindo a não obrigação de deixar herança e o fato do parentesco ser o requisito único para herdar	126
5.4 O cuidado como requisito sucessório – do conceito de cuidado e sua posição no mundo jurídico.....	131
5.5 As implicações sucessórias da multiparentalidade e o cuidado como requisito para suceder	138
5.6 Igualdade não necessariamente é Justiça	143
6 CONCLUSÃO.....	148

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais verifica-se uma transformação nas relações sociais que refletem diretamente nas interações familiares. Na tentativa de entender tais relações e como elas repercutem no Direito, mais especificamente no Direito de Família e das Sucessões, este trabalho se propõe a um estudo interdisciplinar a fim de chegar a uma compreensão mais completa e embasada das razões jurídicas contemporâneas.

Por perceber a imprescindibilidade de estudar o Direito para além do caráter legalista, aponta-se para a necessidade de mudança no paradigma epistemológico, e especificamente na epistemologia jurídica, propondo a colocação do afeto, em contraponto ao paradigma racional moderno, como um caminho de reabertura à emoção no fazer científico.

Na ciência do Direito, sobretudo quando se trata do Direito das Famílias, verifica-se a enorme utilidade de avaliar os casos concretos com uma visão que vá adiante do entendimento exclusivamente legalista. O paradigma racional moderno se mostrou insuficiente na pacificação de conflitos ante a enorme complexidade das interações sociais contemporâneas.

Portanto, com a intenção de dar fundamento à inovação jurídica que se propõe nesse trabalho, inicialmente, apresenta-se a urgência de considerar o afeto como vertente epistemológica para a compreensão da realidade, devendo este estar associado ao paradigma racional no intuito de promoverem justiça. É da imprescindibilidade de compreender o sistema jurídico por este novo viés e da complexidade das atuais interações familiares, buscando aproximar quanto mais seja possível o Direito e a Justiça, que se chega à proposta-tema deste trabalho: colocar o cuidado como requisito para participar da sucessão.

Nesse caminho, torna-se indispensável estudar como as relações familiares ocorrem hoje em dia. Verificando que hodiernamente tais relações são mais pautadas pelo afeto e menos patrimonializadas, é indispensável demonstrar como a afetividade ganha importância para a compreensão dos vínculos de família, até ser incorporada pelo Direito, assumindo até mesmo papel de liame parental.

As interações familiares passam a dar mais importância à afetividade do que ao patrimônio. O foco passa a ser bem mais a qualidade das relações, a promoção e

aprimoramento da personalidade dos entes e o bem estar da família. As propriedades deixam de ser o eixo principal, ganhando o patrimônio o papel de meio de promoção dessas valências.

Sendo assim, com o avanço desse ideal a afetividade ganhou cada vez mais terreno, até chegar a contestar o sistema então vigente de formação de parentesco. Antes se admitia apenas o vínculo consanguíneo como possível de afirmar uma parentalidade, agora amplamente já se compreende e aceita o liame socioafetivo.

Percebendo que os laços exclusivamente biológicos não garantem a construção da parentalidade, esta informando apenas quanto à procriação, a relação socioafetiva fora consagrada como possível formadora de parentesco, inclusive reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal tal característica.

Consequentemente surge o questionamento: se a afetividade já resta reconhecida pelo STF, além de constar implicitamente na Constituição Federal, a qual elenca valores que irradiam por todo o sistema jurídico pátrio, influenciando-o diretamente, porque a afetividade ainda não adentrou o terreno do Direito das Sucessões?

Este ramo do Direito, até então hermético às mudanças de paradigma aqui referidas, ainda não ressalva em seu corpo, ou o faz minimamente, a qualidade das interações de família, mote atual da vida familiar. Assim, pensando neste fato, a **hipótese** deste trabalho é, na tentativa de levar a afetividade ao campo das sucessões, a de que o cuidado possa ser critério para a avaliação da vocação hereditária, ou seja, que para participar da sucessão seja considerado o mérito de ter cuidado, logicamente, do autor da herança.

Em tempos de parentesco socioafetivo e biológico convivendo, em tempos de multiparentalidade e da possibilidade de recebimento de múltiplas heranças, a colocação do cuidado como encargo para a participação na sucessão é buscar evitar que o fato de herdar decorra apenas do fato de ser parente, sem que seja necessário qualquer mérito para tanto.

Desse modo, este trabalho tem por **Objetivo Geral** traçar um estudo interdisciplinar para uma melhor compreensão da realidade atual do Direito das Famílias e das Sucessões, considerando que ambos estão intimamente ligados. A interdisciplinaridade é importante no sentido de que amplia o campo de estudo, determinando maior completude ao entendimento do problema.

Como **Objetivos Específicos** apontam-se os seguintes: a) analisar a necessidade de compreensão do Direito pelo paradigma epistemológico do afeto, verificar a transformação das relações de família e a realidade atual destas relações; b) identificar as consequências da

inserção do parentesco socioafetivo no sistema jurídico, principalmente a multiparentalidade; c) estudar as implicações no campo das sucessões desta nova realidade, propondo que as regras sucessórias admitam o cuidado como requisito para herdar.

Com o intuito de atingir os objetivos propostos, a construção do trabalho foi baseada em uma **Metodologia** de “pesquisa exploratória”, que, de acordo com Edivaldo Boaventura, visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Ainda segundo o mencionado autor esta forma de pesquisa utiliza o levantamento bibliográfico e a análise de exemplos que estimulem a compreensão.¹

Tal metodologia ancora a pesquisa elaborada neste trabalho. Para tanto, utiliza de ampla revisão bibliográfica, pesquisando na doutrina em geral e mais especificamente em manuais, artigos, teses, revistas etc., além de realizar análise documental, ocasião na qual se verifica jurisprudência em geral, acórdãos, votos e toda legislação pertinente ao tema.²

A pesquisa exploratória encontra-se abrangida no contexto da “pesquisa qualitativa”, que trabalha, segundo Maria Cecília de Souza Minayo, “com o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes”. Carregando essa orientação é que se desenvolveu a pesquisa e a realização do texto em si.³

Por entender que a pesquisa qualitativa, conforme aponta a autora supracitada, não é uma mera classificação de opinião dos informantes, realiza-se nesta dissertação a interpretação de todo o conhecimento coletado com intenção de aportar uma contribuição singular e contextualizada do pesquisador/autor.⁴

A contribuição que este trabalho pretende trazer é fruto da possibilidade que a pesquisa qualitativa permite de interpretação e cruzamento de teorias, informações, dados e conhecimentos em geral. Para além da mera análise e descrição, a interpretação permite uma compreensão que vai além do descrito e do analisado.

Novamente de acordo com os ensinamentos de Maria Cecília de Souza Minayo, “na pesquisa qualitativa a interpretação assume foco central uma vez que é o ponto de partida

¹ BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação, tese. São Paulo, Atlas, 2004. p. 57.

² Ibid. p. 45-53.

³ MINAYO, Maria Cecília de Souza. (Organizadora). **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. Petrópolis, RJ, Vozes, 2009. p. 21.

⁴ Ibid. p. 22.

(porque se inicia com as próprias interpretações dos atores) e é o ponto de chegada (porque é a interpretação das interpretações)”.⁵

Tendo tais ensinamentos como guia é que se realizou este trabalho, devendo mencionar que também a interpretação e o cruzamento de informações executadas com o intuito de trazer uma contribuição do autor foram realizadas sob regras metodológicas às quais Maria Cecília de Souza Minayo nomeia de *Método de Interpretação dos Sentidos*.⁶

⁵ MINAYO, Maria Cecília de Souza. Op. Cit. p. 80

⁶ Ibid. p. 81-105.

2 AFETO, EPISTEMOLOGIA E DIREITO: POR UM NOVO OPERAR JURÍDICO

Os tempos atuais exigem um novo entendimento do operar judicial, sobretudo, no tocante ao Direito das Famílias. Ante a complexidade das relações hodiernas, a Dogmática Jurídica não gera mais os resultados que se vislumbravam outrora. Neste cenário, então, a mera subsunção da norma ao fato não necessariamente chega ao resultado Justiça.

Antes de tratar do afeto como um elemento formador de parentesco, necessário será demonstrar a importância de se abordar o afeto no fazer jurídico, sendo esta demonstração um caminho para o entendimento daquela, existindo, assim, entre elas uma relação de complementação.

Isso porque o afeto como elemento influenciador e formador de parentesco se pretende guia e impulso para a vinculação parental, bem como o fazer jurídico se pretende oxigenador da dogmática jurídica, guardando, portanto, estreitas relações em suas caminhadas. Desse modo, ele se torna antecedente e supedâneo daquele. Esses dois vieses têm o mesmo nascedouro, qual seja: a mudança da sociedade, o caminho de transformação que sofreu a vida na passagem da modernidade para a pós-modernidade.

O esgotamento do modelo social da modernidade fez surgir um novo paradigma de tentativa de organização da vida em sociedade, atingindo a todos os ramos da existência humana. As Ciências, em geral, foram atingidas por essas mudanças, de modo que a Família e o Direito, e este citado por último não ao acaso, não ficariam ao largo.

A crise da racionalidade moderna e seu ideal de completude, falido e engessador, obrigaram o fazer científico a se redescobrir e se reinventar, buscando a oxigenação, a sensibilidade e o constante questionamento, visando o arejamento dos saberes.

Na família, o predomínio do racional se expressava como predomínio do masculino – do *pater*⁷. Passou-se a questionar esse fato, frente à exigida democratização das relações familiares e à abertura ao afeto e à sensibilidade, em detrimento da, por vezes fria, vinculação meramente biológica.

Restou à ciência jurídica caminhar no mesmo sentido quanto à sua concepção epistemológica, permitindo a oxigenação de suas regras e a eleição de novos princípios. Dessa

⁷ Este conceito será explicitado com clareza nos próximos capítulos.

maneira, alçou novos valores ao jogo jurídico e concebeu normas de conteúdo aberto, passando a operar com mais sensibilidade e atenção ao caso concreto em si.

Já como instrumento de pacificação social e resolução de conflitos, o Direito teve de abrir os olhos à nova realidade das interações familiares, verificando que, diante da tamanha diversidade dessas interações no mundo contemporâneo, não poderia continuar hermético. Assim, teria que admitir um modelo parental calcado no afeto e na convivência, enquanto frutos da democratização da vida familiar.

Nesse sentido, tratar-se-á do afeto em duas categorias, ambas decorrentes do mesmo tronco e guardando estreita relação. A primeira é o afeto como necessidade de revigoração das ciências e a segunda o afeto como oxigenação das relações familiares, sendo as duas consequências da crise do racionalismo engessador da modernidade.

Entende-se que para abordar as implicações sucessórias do parentesco socioafetivo, deve-se percorrer um longo caminho. Em primeiro plano, é preciso demonstrar as mudanças sociais e do fazer científico, propulsoras da obsolescência do paradigma da racionalidade moderna e, em segundo plano, apresentar como essas mudanças afetaram a família e o direito, fazendo surgir o vínculo parental socioafetivo; para, por fim, falar das implicações jurídicas e, especificamente, das implicações sucessórias desta parentalidade. Isso porque se compreende que para falar das consequências é necessário, antes, abordar as causas e seus desdobramentos.

Nesse diapasão, é que se seguem este e os próximos capítulos, no esforço de mostrar como o afeto entrou na discussão científica, sobretudo, na sociofamiliar e jurídica, demonstrando, também, que a relação socioafetiva existe, é válida e gera parentesco, e, por fim, falar dos efeitos sucessórios deste.

Neste capítulo, desde o princípio, houve o intento de explicitar, ainda que rapidamente, o contexto sócio-histórico no qual se instaura as relações de parentesco e afetividade, bem como os parâmetros jurídicos que o ancoram. A partir de agora, tratar-se-á do caminho do afeto no fazer jurídico, abordando-o como categoria epistêmica importante.

2.1 Da Modernidade à Pós-Modernidade: breves apontamentos

“E como ficou chato ser moderno. Agora serei eterno.”

(ANDRADE, Carlos Drummond de. Eterno. In: Fazendeiro do Ar. 1954).

É imperioso informar, desde logo, que a eleição da transição Modernidade/Pós-Modernidade como ponto de partida se deve ao fato de que as mudanças sociais mais significativas e que mais influenciaram e influenciam o tema central deste capítulo começam a se desenhar deste momento histórico em diante, por isso, é que se iniciará por esta transição.

Na Idade Medieval – devendo-se salientar que aqui explanar-se-á apenas da história Ocidental – o ser humano ficou sob julgo do ideal Católico Teocentrista, no qual, e por isso mesmo, Deus era a resposta para tudo. O que fez com que o homem fosse usado como massa de manobra e sustentáculo do poder da Igreja.

Com o passar do tempo, tal sistema começou a ser questionado, posto que, devido às condições de vida da época, a ética do pecado tornara-se demasiadamente estafante para o povo. Isso suscitou a busca por um novo modo de vida, modo esse que atendesse à necessidade de emancipação do homem. Nesse caminho, foram diversos os acontecimentos e revoluções que pavimentaram a chegada do Renascimento e seu ideal antropocêntrico. Nas palavras de Ricardo Maurício Freire Soares⁸:

Desde a época do Renascimento, a humanidade já havia sido guindada ao patamar de centro do universo. Típica da nova perspectiva era a visão de Francis Bacon, segundo a qual os homens poderiam desvendar os segredos da realidade, para, então, dominar a natureza. Posteriormente, René Descartes lançou as bases filosóficas do edifício moderno, definindo a essência humana como uma substância pensante (*cogito, ergo sum*) e o ser humano como um sujeito racional autônomo.

[...]

Abeberando-se neste rico manancial de idéias, coube ao movimento iluminista, no século XVIII, consolidar o multifacético projeto da modernidade. Diderot, Voltaire, Rousseau e Montesquieu inaugurariam, de modo triunfal, a Idade da Razão. Sob influência do Iluminismo, Emmanuel Kant complementaria o ideário moderno, ao enfatizar o papel ativo da mente no processo de conhecimento. Para Kant, o intelecto sistematizaria os dados brutos oferecidos pelos órgãos sensoriais por meio de categorias inatas, como as noções de espaço e de tempo.

Desse modo, estava fundado e consolidado o ideário moderno, rompendo definitivamente com o Teocentrismo medieval e sua não permissividade ao desenvolvimento da intelectualidade humana. Devido a tal rompimento, abriu-se margem à consolidação do

⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Sociologia do Direito**. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 117-118.

projeto da modernidade, que se travestia em afirmação da racionalidade humana e do *ativo papel da mente no processo de conhecimento*.

Não cabia mais admitir que em Deus estivessem todas as respostas, pensar assim seria aceitar a perpetuação de um modelo de vida que não mais convinha, que se tornou estafante e precário. Frente a esse cenário, o homem deveria buscar por si próprio, e nos diversos campos do saber, a melhoria das condições de vida, deixando de esperar que elas chegassem pela graça de Deus. O projeto moderno surge também na tentativa de instaurar uma nova ética que legitimasse o modelo mercantil, posteriormente aprimorado, fazendo surgir o capitalismo, representando uma ética não tão avessa à acumulação dos frutos do labor. Sobre esse período, fazem-se esclarecedoras as palavras de João Carlos Petrini⁹:

O projeto da modernidade nasceu para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei universais e a arte, com total autonomia de qualquer instância superior, construindo-se nos termos da própria lógica interna destas. O desenvolvimento das ciências deveria permitir o domínio da natureza, respondendo progressivamente às necessidades dos homens e ampliando, portanto, a esfera da liberdade. A racionalidade desenvolvida nas ciências exatas e nas ciências naturais seria aplicada também à elaboração de formas racionais de organização da sociedade, proporcionando a emancipação, a libertação da escassez e das calamidades naturais.

Assim, a modernidade se fez ante as luzes da libertação do homem por meio da razão. Com ela restava instaurado o projeto de racionalização da vida, o que nesse primeiro momento de rompimento com preceitos retrógrados representou um luminar para a humanidade.

Foram diversos e intensos os avanços ocorridos através do desenvolvimento dos preceitos modernos, sobretudo, na tentativa de melhorar as condições de vida. A busca era pela emancipação total do homem. Como salienta João Carlos Petrini¹⁰: “[...] esse processo de domínio por parte da razão cartesiana, de todas as esferas da realidade humana e social, era considerado irreversível e levaria à libertação da irracionalidade dos mitos, das superstições, das religiões etc.”.

O projeto da Modernidade, no que diz respeito ao fazer científico de acordo com suas premissas, supunha que o conhecimento resultante seria totalizante, preciso, objetivo e bom. O fato de romper com o senso comum, romper, conforme citação acima, com a

⁹ PETRINI, João Carlos. **Pós-modernidade e família**: um itinerário de compreensão. Bauru, SP : EDUSC, 2003, p. 26-27.

¹⁰ PETRINI, João Carlos, loc. cit.

irracionalidade dos mitos, das superstições e das religiões, era entendido como o fato definitivo para que o conhecimento fosse útil.

O foco central do programa moderno residia, sem sombra de dúvidas, na confiança na capacidade racional do ser humano. Os modernos atribuíam à razão papel central no processo cognitivo. O conceito moderno de Razão remetia à assertiva de que uma ordem e uma estrutura fundamentais são inerentes ao conjunto da Modernidade.¹¹

Como se verifica, portanto, sobretudo no tocante à epistemologia, falar em Modernidade é falar em racionalidade. O projeto da Modernidade era o projeto da racionalização e logrou muitos êxitos. De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares¹²:

A idéia(*sic*) de modernidade denotava, assim, o triunfo de uma razão redentora, que se projetaria nos diversos setores da atividade humana. Esta razão deflagraria a secularização do conhecimento, conforme arquétipos da física, geometria e matemática. Viabilizaria a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, concebida como a única forma válida de saber. Potencializaria, através do desenvolvimento científico, o controle das forças adversas da natureza, retirando o ser humano do reino das necessidades. Permitiria ao homem construir o seu destino, livre do julgo da tradição, da tirania, da autoridade e da sanção religiosa.

Não resta dúvida que o projeto da Modernidade alcançou todos os campos da vida humana. Planos audaciosos são executados com trabalho febril e todos os obstáculos são removidos para alcançar os objetivos propostos, “[...] tratava-se apenas de vencer a ignorância através da educação e de eliminar as superstições que mantinham as pessoas amarradas a tradições estéreis.”¹³

O processo de racionalização, principal legado da Modernidade, foi e é deveras importante. Porém, “[...] para muitos estudiosos, o programa moderno, contudo, enquanto realizava o seu desiderato de construir sujeitos autônomos e sociedades racionalmente organizadas, também desenvolvia os fermentos e as forças de sua própria dissolução”.¹⁴

O projeto da Modernidade e sua racionalização admitiram grandes avanços ao mundo, porém, ocorreu de a Razão, como entendida pelos modernos, começar uma espécie de auto-

¹¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Sociologia do Direito**. São Paulo. Saraiva. 2012a. p. 120.

¹² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012b. p. 190.

¹³ PETRINI, João Carlos. Mudanças Sociais e Mudanças Familiares. In: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. (Orgs). **Família, sociedade e subjetividades**: uma perspectiva multidisciplinar. Petrópolis, RJ : Vozes, 2013. p. 31.

¹⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Sociologia do Direito**. São Paulo. Saraiva. 2012. p. 126.

boicote, exatamente porque se pretendia totalizante e pronta. O que parecia libertador começava a mostrar traços de opressão.

O Racionalismo moderno venceu a superstição e a ignorância, mas, exatamente por se entender pronto e completo, perdeu a capacidade de se analisar. Envaideceu-se de suas conquistas e não verificou no espelho o mundo que emergia de suas convicções. Convicções estas que passaram a ser questionadas ante seu engessamento, à perda da capacidade de dialogar, de buscar a oxigenação, o aprofundamento, a discussão da produção científica nos termos como a Modernidade entendia correto e que passou a estar afastado da realidade.

A esse respeito, João Carlos Petrini¹⁵, citando Max Weber, assevera:

Max Weber reconheceu o processo de racionalização como o fenômeno mais significativo da sociedade moderna, processo que foi absorvendo todas as esferas do agir humano, passando a ter uma peculiar relevância na estruturação da empresa capitalista e na organização da moderna burocracia estatal (WEBER, 1980). Weber, apesar da admiração pela capacidade da razão de calcular e de mover-se para realizar fins determinados, alertava a respeito de *jaula de aço* que essa nova etapa histórica estava preparando para o ser humano (WEBER, 1965). Apesar de todo o cuidado para manter-se distante de juízos de valor e de fé, não resiste à tentação de manifestar, com tons proféticos, o seu julgamento: “Então, de qualquer forma, para os últimos homens desta evolução da civilização poderá ser verdadeira a palavra: ‘especialistas sem inteligência, gozadores sem coração’; este nada imagina ter subido a um grau de civilização jamais antes alcançado. (WEBER, 1965, p. 306).¹⁶

Nesse diapasão, é que se discute a crise da Modernidade. O otimismo de que a racionalidade tudo promoveria e proporcionaria, entregando um mundo utópico onde o homem estaria totalmente preenchido em suas necessidades, diminuindo o espaço para questionamentos dos porquês das coisas, não se perfez.

Pelo contrário, à medida que a desmistificação foi ocorrendo, o ser humano foi se distanciando de si mesmo e a consequência disso foi um esvaziamento do sentido da vida. O que se pretendia libertador se tornou também sufocante. Assim, as respostas passaram a não fazer sentido, visto que as perguntas já eram outras.

A racionalidade de matriz iluminista preencheu o homem de conhecimentos acerca da natureza e seus sistemas, trouxe respostas sobre as mais variadas ocorrências físicas, químicas

¹⁵ PETRINI, João Carlos. Mudanças Sociais e Mudanças Familiares. In: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. (Orgs). **Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar**. Petrópolis, RJ : Vozes, 2013. p. 31- 32.

¹⁶ João Carlos Petrini cita as seguintes obras de Max Weber: 1) Economia e sociedade (1980 (1944)). 2) L'etica protestante e lo spirito del Capitalismo (1965).

e biológicas, mas, ao mesmo tempo, afastou o homem de si mesmo e do próximo, ou de um sentido de vida digna e solidária, que elege-se valores diferentes.

Acredita-se que o poema de Carlos Drummond de Andrade¹⁷, como analista de seu tempo, em 1940, corrobora a discussão aqui proposta, transmitindo em suas palavras a condição de seu tempo e analisando-o como um período de frieza, onde o homem, afastado de si mesmo, esquece do sentido relacional e solidário da vida para voltar-se apenas ao trabalho e a uma existência austera:

Chega um tempo em que não se diz mais: meu Deus.
Tempo de absoluta depuração.
Tempo em que não se diz mais: meu amor.
Porque o amor resultou inútil.
E os olhos não choram.
E as mãos tecem apenas o rude trabalho.
E o coração está seco.
[...]
Chegou um tempo em que a vida é uma ordem.
A vida apenas, sem mistificação.

Foi empreendido um grande desenvolvimento nos campos das ciências e da técnica, mas a luta para dominar a natureza e a história acabou conduzindo a Razão a servir aos poderes: político, militar, econômico e ideológico. Por ter abandonado as exigências elementares como ponto de referência para a sua atividade, restou à Razão colocar-se a serviço do poder e do mercado.¹⁸

Nesse sentido, se iniciaram as críticas à Modernidade e à proposta de que esse momento histórico-social estaria ultrapassado. É exatamente nessa mesma linha de raciocínio que se fala em Pós-Modernidade, frente à crise da Razão de matriz iluminista e ao fato de ela não mais conseguir respostas para as exigências do ser humano.

Os desvios e excessos do projeto da modernidade abrem margem para o exame de interpretações críticas, aptas a vislumbrar a feição repressiva do racionalismo ocidental. Desse modo, o pensamento contemporâneo sinaliza para uma transição paradigmática do programa

¹⁷ ANDRADE, Carlos Drummond de. Os ombros suportam o mundo. In.: **Sentimento de Mundo**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.releituras.com/drummond_osombros.asp>. Acesso em: 15/10/2016.

¹⁸ PETRINI, João Carlos. Mudanças Sociais e Mudanças Familiares. In: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. (Orgs). **Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar**. Petrópolis, RJ : Vozes, 2013. p. 33.

moderno para uma cultura pós-moderna, cujos caracteres passam a ser delineados com o colapso da Idade da Razão.¹⁹

Diante desse quadro, fazem-se pertinentes as palavras de Ricardo Maurício Freire Soares²⁰, que aponta:

Com a crise da modernidade, muitos estudiosos referiram a emergência de um novo paradigma de compreensão do mundo – a pós-modernidade. A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas de liberdade, de igualdade, de progresso e de felicidade acessíveis a todos. A desconfiança de todo discurso unificante torna-se também o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluida e incerta.

É nesse caminho, portanto, que se admite a Pós-Modernidade, como crítica à racionalidade de matriz iluminista e como necessidade de encontrar respostas às agruras contemporâneas da sociedade, as quais a Modernidade não logrou êxito em responder.

Porém, Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida²¹ salientam e ressaltam o seguinte:

A pós-modernidade não pode ser compreendida sem que antes se compreenda que se trata de uma expressão que designa a dialética relação crítica da modernidade. A pós-modernidade é a consciência da crise da modernidade e, portanto, de seus limites e insuficiências. Para que se possa discutir com propriedade o sentido, o conceito, bem como as transformações implicadas através da expressão “pós-modernidade”, parece fundamental e preliminar compreender que a ambigüidade aí está presente em muitas perspectivas. Num certo sentido, “pós-modernidade” implica um momento histórico, ou seja, uma certa conjuntura temporal que se processa “após a modernidade”. Isto importaria na necessidade de refinamento da própria idéia de “modernidade” aí contida, uma vez que se a expressão “pós-modernidade” pretende significar algo, e neste algo está presente uma historicidade, então aquilo que é posterior à modernidade só pode ser um fenômeno que ou compreende, ou supera, ou, no mínimo, implica a “modernidade”.

Pelo que se identifica das palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis Almeida, as distinções entre Modernidade e Pós-Modernidade ainda se encontram nubladas. Muito por isso, permanece a necessidade de se discutir ambos os momentos. Ainda assim, é

¹⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012b. p. 197.

²⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Op. Cit. Loc. Cit.

²¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 759.

indissociável a ideia de que a Pós-Modernidade decorre de certo estado de crise da Modernidade.

Não se chegou a um consenso de quando exatamente a Pós-Modernidade foi mesmo compreendida como uma fase clara de configuração da vida, até porque nem mesmo há consenso acerca da configuração da pós-modernidade. Fala-se em alguns momentos específicos, quais sejam: após a II Guerra Mundial, com a formação da ONU; após a década de 50 ou após maio de 68, sendo que grande parte dos autores considera esta última, a data historicamente marcante para a definição da emergência do espírito pós-moderno.²²

Porém, para além de uma data, o importante é pensar nos sinais que apontam para esta dita emergência do espírito pós-moderno. Assim, pode-se falar nos seguintes: a sensação de ruína do pensamento ocidental; a crise da Razão e do projeto da modernidade; a exploração consumista; a perda da autonomia; e a falência da participação da filosofia na construção dos valores sociais²³.

A Pós-Modernidade é entendida, então, como um momento transitório, no qual não prevalece mais o paradigma da modernidade, mas que também não resta propriamente colocado outro paradigma de vida.

Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida²⁴, retomando frase de Marx, escrevem que estes são tempos em que “tudo o que é sólido se desmancha no ar”, justamente por se tratar de uma época de mudanças, as quais se dão num ritmo cada vez mais acelerado.

Segundo os mencionados autores, a este tempo transitivo que se vive, a este momento específico em que a vida contemporânea é contaminada por uma nova constelação de valores, se pode chamar Pós-Modernidade.²⁵ Tempos de transitoriedade, mutabilidade, sensibilidade, relatividade, liquidez, senso comum e horizontalidade, em contraponto à dureza, à racionalidade, à permanência, à unicidade, à dogmatização e à nuclearização da modernidade.

Em termos epistemológicos, apesar de já se apontarem caminhos, que aqui serão tratados mais à frente e de modo breve, a certeza que prevalece é de que, mesmo não existindo certeza de para onde se está indo, há convicção de para onde não se deseja retornar.

²² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 761.

²³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. loc. cit.

²⁴ *Ibid.* p. 762.

²⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. loc. cit.

Isso porque, conforme já abordado, a Razão de matriz iluminista, seu cartesianismo e seu positivismo, já não dão conta de explicar a realidade, de modo que, às ciências e ao fazer científico, se apresenta necessário uma abertura e um questionamento de si mesmas.

De acordo com João Carlos Petrini²⁶:

A sociedade moderna entra em crise por uma carência da razão, usada segundo o paradigma iluminista, que não é mais capaz de dar conta de todos os fatores da realidade, de orientar suas conquistas para responder às exigências humanas. Com efeito, a razão não mais compara seus produtos com as exigências elementares do ser humano, com as exigências de liberdade, justiça, verdade, felicidade e sim com as exigências do mercado, isto é, do lucro e do poder.

Com as ressalvas citadas e delineada a travessia da modernidade à Pós-Modernidade passa-se, na seção subsequente, a tratar mais especificamente do motivo central desta travessia, qual seja a crise da Razão de matriz iluminista. Assim, no subcapítulo que se segue, propor-se-á uma breve, mas pormenorizada, análise da crise da Razão de matriz iluminista.

2.2 Breves comentários acerca da crise da Razão de matriz iluminista: contra a instrumentalidade da Razão

“Dois excessos: excluir a razão e admitir apenas a razão”

(Blaise Pascal).

A razão não deve superar somente a ignorância e a superstição, consideradas legados do passado, mas deve desvendar os males que se escondem na sua instrumentalização, na sua colocação como instrumento em favor do mercado.

A cultura tradicional fora rejeitada e destinada a ser suplantada pelo paradigma racional iluminista, mas este também não parece isento de injustiças e violências. A instrumentalização, para qual a Razão caminhou, é uma espécie de autossabotagem do ideal iluminista.

²⁶ PETRINI, João Carlos. Mudanças Sociais e Mudanças Familiares. In: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. (Orgs). **Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar**. Petrópolis, RJ : Vozes, 2013. p. 34.

A racionalidade cunhada na Modernidade passou a se preocupar apenas com seu caráter técnico e com os resultados exigidos pelo mercado e pelo poder, nesse ponto é que se baseia a crítica à sua instrumentalização. O que ocorre é um processo de neutralização da Razão, derivado do crescimento da importância da Razão subjetiva em detrimento da racionalidade objetiva, ou seja, à medida que a Razão se torna o império do EU, vai perdendo a capacidade de se relacionar com os objetos.

Assim, encastelada na arrogância do EU, esta Razão perde a capacidade de julgar os resultados de sua operação. Max Horkheimer²⁷ é quem assinala estas nuances, segundo ele: quando um homem médio é chamado a explicar o que se entende pelo termo Razão, dirá que coisas razoáveis são as obviamente úteis e que todo homem razoável, supõe-se, é capaz de decidir o que é útil para ele.

Desse modo, o avanço da Razão subjetiva é o avanço do utilitarismo da Razão, que vai acarretar em sua instrumentalização, posto que, como já mencionado, vai perdendo a capacidade de julgar-se. Sobre a Razão subjetiva Max Horkheimer²⁸ afirma o seguinte:

Mas a força que, em última instância, torna possíveis ações razoáveis é a faculdade de classificação, inferência e dedução, não importando qual o conteúdo específico – o funcionamento abstrato do mecanismo do pensar. Esse tipo de razão pode ser chamado de razão subjetiva. Está essencialmente preocupada com meios e fins, com a adequação de procedimentos para propósitos tomados como mais ou menos evidentes e supostamente autoexplicativos. Dá pouca importância à questão de se os propósitos em si são razoáveis.

[...]

Por mais ingênua ou superficial que possa parecer essa definição de razão, ela é um importante sintoma da profunda mudança de perspectiva que tem ocorrido no pensamento ocidental ao longo dos séculos.

Ao prosseguir com o seu comentário, o referido autor tece crítica à majoração da importância da Razão subjetiva sobre a objetiva, que vem ocorrendo, bem como explica o operar da Razão objetiva, assim o fazendo nas seguintes palavras:²⁹

Por muito tempo, uma visão diametralmente oposta de razão prevaleceu. Essa visão afirmava a existência da razão como uma força não apenas na mente individual, mas

²⁷ HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 11.

²⁸ *Ibid.*, p. 11-12.

²⁹ *Ibid.* p. 12-13.

também no mundo objetivo – nas relações entre seres humanos e entre classes sociais e na natureza e em suas manifestações. Grandes sistemas filosóficos, como os de Platão e Aristóteles, a escolástica e o idealismo alemão, foram fundados sobre uma teoria objetiva de razão. Visava-se a desenvolver um sistema abrangente, ou uma hierarquia, de todos os seres, incluindo o homem e seus objetivos. O grau de razoabilidade da vida de um homem poderia ser determinado de acordo com sua harmonia em relação a essa totalidade. *Sua estrutura objetiva, e não apenas o homem e seus propósitos, era a régua dos pensamentos e ações individuais.* (Grifos nossos).

Observa-se, então, que, enquanto a Razão objetiva se preocupa com os propósitos, na Razão subjetiva o foco são os meios e os fins. Pouco se importando acerca dos “porquês”, a razão subjetiva se interessa pelo “como” e pelo resultado, eximindo-se de um juízo crítico acerca do produto e seus efeitos.

Na Razão subjetiva o que importa é que estejam coordenados os meios corretos com um dado fim, não cabendo se discutir esses fins. Nesse diapasão, Max Horkheimer³⁰ conclui:

A presente crise da razão consiste fundamentalmente no fato de que, a certa altura, o pensamento tornou-se simplesmente incapaz de conceber tal objetividade ou começou a negá-la como ilusão. Esse processo avançou gradualmente até incluir o conteúdo objetivo de todo o conceito racional. Ao final, nenhuma realidade particular pode parecer razoável *per se*; todos os conceitos básicos, esvaziados de seu conteúdo, tornaram-se apenas carapaças formais.

Assim, seguindo o desiderato da majoração da importância da razão subjetiva, que passou a assolar a sociedade, o interesse pessoal, sobretudo a partir da era industrial, conquistou gradualmente o primeiro plano, suprimindo os outros motivos considerados fundamentais ao funcionamento da sociedade.

A Razão cedeu em sua autonomia, e por isso, entrou em processo de instrumentalização. É como se o próprio pensamento se tivesse reduzido ao nível do processo industrial, a verdade e as idéias foram radicalmente funcionalizadas.

Esse processo é em si o aprisionamento da Razão, justamente porque cedeu em sua autonomia. Nesse sentido, o horizonte da Razão torna-se restrito, assim como seu espaço de indagação, ficando restrita à busca por significados, passando a situar-se no campo do cálculo, da utilidade e das conveniências.

³⁰ HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 15.

Vislumbra-se, portanto, que dessa instrumentalização da Razão decorre o positivismo e a dogmatização das ciências, que levou, e ainda leva o fazer científico, cada vez mais, ao engessamento e ao utilitarismo.

A Razão, afastada da capacidade de se discutir, caminha para o raso, para a horizontalização, para a insensibilidade. De acordo com esta intelecção, Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida mencionam:³¹

A racionalidade que emerge da modernidade não esgota a noção de razão e não realiza plenamente a idéia de razão. A racionalidade que emerge da modernidade é um *minus* com relação à própria idéia, em potencial, da razão. Por isso, entre outras coisas, o que se constata é que a idéia de razão que emerge da modernidade forma uma relação de exclusão com a idéia de emoção. O conflito entre razão e *éros* é um claro produto da modernidade, seguindo uma tradição que já está instalada na dimensão da tradição ocidental, que dicotomiza alma e corpo, que diferencia o “alto” do “baixo”, o céu do inferno, dentro da tradição platônico-agostiniana, e do monoteísmo logocêntrico judaico-cristão, permitindo que cisões e fraturas vertiginosas e inconciliáveis existam também entre pensamento e sentimento, entre mente e coração e entre verdade e paixão.

Esse afastamento entre *Eros* e a Razão de que tratam Eduardo Carlos Bittar e Guilherme Assis de Almeida é exatamente o fundamento da instrumentalização da Razão, posto que, a partir desta cisão, a Razão perde a capacidade de questionar sua aplicação e sua utilidade. “Uma forma de razão que dilacera a existência humana em sua plenitude, reduzindo-a a um de seus aspectos, o aspecto meramente técnico”.³²

Portanto, conforme as palavras dos supracitados autores, a crise da Razão de matriz iluminista reside exatamente no dilaceramento da plenitude. Dilacerados os aspectos da Razão, e elevado o aspecto meramente técnico, o que se observa é a mecanização do homem e da vida.

Deve-se notar que, de modo até incoerente, à medida que a Razão subjetiva foi ganhando espaço em detrimento da Razão objetiva, o homem foi se afastando de si mesmo. Isso ocorreu, como já citado, porque a Razão subjetiva está mais interessada com os meios adequados para um dado fim, desligando-se da preocupação com os propósitos, com os resultados e com os efeitos de sua prática racional.

³¹BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 793.

³² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. loc. cit.

Desse modo, a Razão subjetiva perde a capacidade de se discutir, se analisar, verificar se seu conteúdo serve ao homem ou puramente ao mercado. Destarte, através do seu encastelamento e de enxergar a si mesma autossuficiente, essa Razão promove a instrumentalização da própria Razão – ou vice-versa, tamanha a simbiose entre esses acontecimentos. Isso muito interessa ao mercado, já que ele não deseja nem anseia uma racionalidade crítica.

Para Theodor W. Adorno e Max Horkheimer³³:

Na crença de que ficaria excessivamente suscetível à charlatanice e à superstição, se não se restringisse à constatação de fatos e ao cálculo de probabilidades, o espírito conhecedor prepara um chão suficientemente ressecado para acolher com avidez a charlatanice e a superstição. Assim como a proibição sempre abriu as portas para um produto mais tóxico ainda, assim também o cerceamento da imaginação teórica preparou o caminho para o desvario político.

[...]

Se o esclarecimento não acolhe dentro de si a reflexão sobre esse elemento regressivo, ela está selando seu próprio destino. Abandonando a seus inimigos a reflexão sobre o elemento destrutivo do progresso, o pensamento cegamente pragmatizado perde seu caráter superador e, por isso, também sua relação com a verdade.

Vê-se, portanto, também através do contributo dos referenciados pensadores, que a instrumentalização da Razão a afasta da própria verdade ou do esclarecimento. No Direito, essa instrumentalização, operando apoiada na dogmática e no Positivismo Jurídico, se afasta, por vezes, do resultado Justiça.

Nesse sentido, a crítica à instrumentalização da Razão é também uma crítica à rudeza e à insensibilidade no operar da racionalidade e no operar científico. Ao tratar aqui da crise da Razão de matriz iluminista e da instrumentalização da Razão, tem-se como intuito mostrar que para o fazer científico atingir um saber amplo e poroso, no sentido de permitir críticas e contribuições, é necessário romper com ideais de completude e unicidade modernos.

Discutir o fazer científico aqui é abordar para quais propósitos ele deve servir. Essa discussão se impõe, e dela não se pode furtar, numa pesquisa jurídica, que trata de Direito de Família, visando discutir os propósitos do operar jurídico.

³³ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 12-13.

Em alguns ramos do Direito talvez não faça tanta diferença, mas no tocante ao Direito de Família, o operar rude, dogmático, positivista, instrumentalizado, em maior das vezes, não atinge um resultado justo. Assim, a porosidade do Direito nesses casos é de suma importância. A possibilidade de questionar os propósitos do fazer jurídico é pedra luminar em cada caso de família e todas as suas particularidades.

A frieza e a insensibilidade da lei podem gerar injustiças ante a tamanha complexidade da vida social e familiar nos tempos de hoje. Não que o operador do Direito, sobretudo o Juiz, deva romper completamente com a cientificidade e a imparcialidade, mas o que aqui se acredita é que impor um olhar mais humano e sensível às nuances de cada caso é aproximar-se da Justiça.

Em suma, romper com a instrumentalização é romper com a padronização cega, é colocar afeto, entendido como sensibilidade, no operar científico. Romper com o senso comum é necessário à ciência, mas se permitir conceber uma retomada ao senso comum, ou ao mundo da vida, para averiguar se o propósito daquele fazer científico será atingido e para que se prestará, é de suma importância.

Visto que esse assunto se estende e reconhecendo a importância de propor uma discussão mais verticalizada acerca do afeto no fazer científico e de um novo operar científico, é que se abordarão tais problemáticas nas próximas seções.

2.3 Afeto como categoria epistêmica e Razão: pela sensibilidade e contra a destrutividade humana

“Se é a razão que faz o homem, é o sentimento que o conduz”

(J. J. Rousseau)

Neste tópico será abordado o caminho que a Razão percorreu para assumir a guia da humanidade. Reconhecendo tudo de importante que o paradigma racional promoveu, é necessário, porém, apontar que a rota foi desviada e a Razão perdeu-se em seu objetivo, sendo significativo somar ao paradigma racional, o paradigma do afeto, para recolocar a ação racional no sentido correto. Tratando desse desvio de rota, as palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida auxiliam na compreensão deste tema:

A busca frenética por um saber controlador, por um saber que devassa para compreender, mas que ao devassar desnatura a existência, converte o animado em inanimado, expressa a insegurança humana diante do medo da natureza, do isolamento, da distância e da origem das coisas. Como tudo está envolvido em mistério, no mistério da própria condição humana, a razão aparece com a pretensão de superar o mito e dissipar o mistério. Não que esta aventura não tenha sido de fundamental importância para a humanidade, mas também se deve perceber o limite disto, quando o excesso de razão devolve o homem ao mundo do mitológico e do irracional.³⁴

Pois bem, se os excessos da Razão e a sua instrumentalização devolvem o homem ao irracional e à barbárie, dotados de uma violência muitas vezes jamais vista na Terra, capaz de destruir a tudo, inclusive ao próprio homem, qual seria o caminho para a racionalidade sair dessa encruzilhada?

Acredita-se que o primeiro passo seria aceitar a condição humana, compreender a sua fragilidade, entender que nem tudo é possível devassar para dissipar completamente o mistério, sem falar nos mistérios espirituais³⁵, em cuja discussão não se prosseguirá. Aceitada a condição humana, sua falibilidade e incapacidade de tudo saber e tudo devassar, se apresenta ao homem o caminho do afeto. Colocar o afeto no âmago de todo o fazer, e isso nada mais é que perscrutar o propósito do operar das ciências, impondo a elas novamente a preocupação humanística, ou, nas palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida³⁶, *incentivando a lógica biofílica da continuidade da existência*.

Por isso a reflexão filosófica contemporânea deve ser sensível à questão de que a razão não se substitui pelo afeto, mas incorpora o afeto como um modo de praticar uma ética do cuidado. O afeto não exclui a reflexão e nem a reflexão exclui o afeto; como instâncias complementares, ambas sobrevivem lado a lado após longos percursos modernos de expurgos em que *lógos* soterra *éros*. Para isso, foram necessárias experiências que demonstram o desenfreado caráter logomaniaco da razão, que aporta a barbárie. Onde o equilíbrio prepondera, estas instâncias estão em relação de complementaridade, onde o desequilíbrio prepondera, elas litigam e, ao litigarem, se anulam como forças capazes de afirmarem a vida. Portanto, a filosofia que extrai da biofilia o seu fundamento deve necessariamente alinhar-se na perspectiva da disseminação de uma identidade humana capaz de transpirar responsabilidade e afeto no trato entre *ego* e *alter*.

³⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 797.

³⁵ O autor entende existir vida espiritual, de modo que os “mistérios” passam a ser em maior número para a ciência. Porém, esse entendimento, aliado a todo conhecimento já existente acerca da espiritualidade, fornece, em verdade, imensas respostas.

³⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 798.

Assim, o que se pretende, claramente, não é substituir o afeto pela razão, mas sim fazer com que caminhem juntos. Usar o afeto não como irracionalidade bestial, mas como um auxiliar importante na condução da ética e das escolhas individuais. Por esse motivo é que ocorre a ideia de unir o afeto à razão, para humanizá-la, para voltar sua atenção às exigências da melhoria de vida, e não apenas aos anseios do mercado, combatendo a alienação do homem de si mesmo. De acordo com Erich Fromm³⁷, o afeto “[...] é uma *atitude*, uma *orientação de caráter* que determina como alguém se relaciona com o mundo como um todo”. (Grifos nossos).

A constatação da insuficiência do discurso moderno deve ser a base para o desenvolvimento de uma crítica que recupera *o lugar do afeto como categoria epistemicamente importante* e como categoria socialmente relevante.³⁸ Portanto, o afeto estaria para a Razão assim como Atlas estaria para o céu, não permitindo que a Razão caísse no limbo da ausência da própria racionalidade. Estaria, ainda, como a águia que todos os dias comia o fígado de Prometeu para que ele se lembrasse de seu crime e de sua virtude – o crime de roubar o fogo de Héstia, e a virtude de democratizá-lo para os homens. O afeto então se colocaria como guia e impulsionador da razão.

Em decorrência de tal entendimento, só se pode concluir que o afeto, como aqui tratado, atuará como liame entre a Razão subjetiva e a Razão objetiva, equilibrando-as e não deixando que uma delas prevaleça exclusivamente à outra, ajudando no alerta contra a dicotomização e instaurando um *continuum*.

O que ocorreu para a Razão entrar em crise, portanto, foi exatamente o fato de ter se afastado do afeto, como aqui entendido, tornando-se exclusivamente Técnica ou exclusivamente Lógica.

Nesse sentido, a Razão só se completaria, para Erich Fromm, o qual entende ser uma patologia da normalidade o fato de separar a função cérebro-intelectual da experiência afetivo-emocional, com uma “[...] combinación del pensamiento racional y el sentimiento. Si separamos las dos funciones, el pensamiento se deteriora volviéndose una actividad

³⁷ FROMM, Erich. **A arte de amar**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 57.

³⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 794.

intelectual esquizoide y el sentimiento se disuelve en pasiones neuróticas que dañan a la vida”.^{39 40}

Desse modo, depreende-se das palavras acima que na mesma medida que a Razão necessita do Afeto, também o afeto necessita da Razão. O que não deve ocorrer é ambas se tornarem estanques, pois as duas se impulsionam e se controlam.

Nesse diapasão, a Razão e o Afeto criariam um ciclo virtuoso de diálogo e de questionamento e a Razão, decorrida da exacerbação do ideal iluminista moderno, uma razão-cisão, estaria novamente humanizada, deixando a obscuridade de se intentar completa e acabada. A Razão, entendida assim, como já abordado, se tornou instrumento e se afastou da discussão acerca de seus propósitos, acarretando a desumanização do homem e a barbárie em todos os níveis sociais.

Ao se permitir ao Afeto, a Razão novamente se humaniza e reage a tudo que seja monopólio, vedação, estagnação, morte. Dessa forma, o faz no seguinte sentido, de acordo novamente com Erich Fromm, citado por Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida⁴¹:

A biofilia é o amor apaixonado pela vida e por tudo aquilo que é vivo; é a sede de um crescimento complementar, numa pessoa, planta, ideia ou grupo social. A pessoa biófila prefere construir a guardar. Quer ser mais, em vez de ter mais. É capaz de admirar, e prefere ver algo novo a encontrar comprovação do que é antigo. Ama a aventura de viver mais do que a certeza. Vê, antes, o todo que apenas as partes; as estruturas ao invés dos somatários e totais. Deseja moldar e influenciar pelo amor, pela razão e pelo exemplo; não pela força, pelo desmembramento das coisas, pela forma burocrática de administrar as pessoas, como se elas fossem coisas. Uma vez que goza a vida e todas as suas manifestações, não é um consumidor apaixonado de excitações recentemente empacotadoras. A ética biófila tem seu próprio princípio quanto ao bem e ao mal. Bem é tudo o que serve à vida; mal é tudo o que serve à morte. O bem é a reverência pela vida, tudo o que engrandece a vida, o crescimento, o desdobramento. O mal é tudo o que sufoca a vida, que a restringe, que a corta em pedaços.

³⁹ FROMM, Erich. **La revolución de la esperanza**. México : Fondo de Cultura Económica de España, 2003. p. 49.

⁴⁰ “Uma combinação entre o pensamento racional e o sentimento. Se separamos as duas funções, o pensamento se deteriora tornando-se uma atividade intelectual esquizofrênica e o sentimento se dissolve em paixões neuróticas que estragam a vida”. (Tradução livre).

⁴¹ FROMM, Erich. **Anatomia da destrutividade humana**. Rio de Janeiro : Guanabara, 1987, p. 486-487 apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 799-800.

A Razão se permitir ao Afeto é, então, o embrião de uma nova ciência. Uma ciência que de modo algum pode se afastar da Razão, mas que do mesmo modo também não pode estar afastada do afeto.

O homem já observou que a exacerbação da Razão de matriz iluminista e sua instrumentalização geraram resultados devastadores, mas também viu o afeto apartar-se da Razão e descambar em paixões não menos destruidoras, a exemplo do terrorismo de cunho religioso.

A ciência que emerge dessa conduta é uma ciência que se preocupa com mais que o raso, que sabe que deve se afastar dos subjetivismos e buscar o que exista para o propósito de melhorar a vida, não apenas em um sentido de gozo irracional, sem responsabilidades e pelo simples prazer, mas sim em um sentido de desvendar o que seja um novo e melhor mundo. Avançando um pouco, está a verificação de que é por conta da instrumentalização da vida que o mundo reclama pela sensibilidade. O que é confirmado por Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida⁴²:

A modernidade consolidada, enquanto modernidade que realiza a razão instrumental, em muitos sentidos e dimensões, exercita rudeza e incute rudeza na dimensão da vida. Esta rudeza que bloqueia os sentidos é a mesma que permite a trivialização do absurdo; ela constrói a dimensão da insensibilidade do cotidiano.

Nesse sentido, criticando a epistemologia racional moderna, já surgem pensadores e pensamentos no caminho de instaurar uma nova epistemologia que englobe tudo isso. Um estudo dos saberes científicos que aponte no sentido de construir uma ciência não apartada do afeto como aqui entendido. Ciência essa que apontará para um novo caminho, levando a humanidade para outro momento que não esse sofrido momento de transição. Uma ciência que aponte o futuro, posto que nesse momento, o mundo que não pode retornar ao passado por conta de tudo o quanto exposto também não enxerga um futuro.

⁴² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 767.

Diante disso, o mundo se agarra com todas as forças ao presente, tendo repercussões bastante angustiantes, as quais não serão pormenorizadas agora. A esse respeito, bem disse Álvaro de Campos, heterônimo de Fernando Pessoa⁴³, em seu poema *Ultimatum*:

Mandado de despejo aos mandarins do mundo

[...]

Ultimatum a vós que confundis o humano com o popular

Que confundis tudo.

[...]

Mandem tudo isso para casa

Descascar batatas simbólicas

Fechem-me tudo isso a chave

E deitem a chave fora

Sufoco de ter só isso a minha volta

Deixem-me respirar

Abram todas as janelas

Abram mais janelas

Do que todas as janelas que há no mundo

Nenhuma idéia grande

Nenhuma corrente política

Que soe a uma idéia grão

E o mundo quer a inteligência nova

A sensibilidade nova

O mundo tem sede de que se crie

Porque o que aí está a apodrecer a vida

Quando muito é estrume para o futuro

O que aí está não pode durar

Porque não é nada

[...]

Desprezo o que seja menos

Que descobrir um novo mundo.

Como bem disse o poeta, o mundo quer a inteligência nova, a sensibilidade nova. O mundo, ou grande parte dele, clama por um novo paradigma, por um novo “porquê” do operar

⁴³ (CAMPOS, Álvaro de.) PESSOA, Fernando. **Ultimatum**. Lisboa, 1917. Disponível em: <<http://janelasabertass.blogspot.com.br/2012/06/ultimatum-alvaro-de-campos-em-1917.html>>. Acesso em: 20/10/2016.

científico. Nesse sentido, já surgem, não de agora, correntes a defender o esgotamento do modelo vigente e propondo uma nova epistemologia, ou um novo paradigma acerca da reflexão geral em torno da natureza, etapas e limites do conhecimento humano.

Ante tudo o quanto exposto nessa seção, passa-se com mais minúcia a uma discussão acerca da ciência na Pós-Modernidade, ou à reflexão acerca de uma ciência que aponte para o além Pós-Modernidade.

2.4 Ciência na Pós-Modernidade ou um caminho para o futuro

*“Eis que o labirinto
(oh razão, mistério)
presto se desata:*

*em verde, sozinha,
antieuclidiana,
uma orquídea forma-se.”*

(ANDRADE, Carlos Drummond de. **Áporo**. In: A Rosa do Povo, 1945).

Conforme toda a exposição apresentada até aqui, parece uma decorrência lógica pensar que o próximo passo seria discutir um novo meio de fazer ciência, um novo paradigma epistemológico, e é. Para isso, recorrer-se-á às palavras de Boaventura de Sousa Santos, que em seus trabalhos ensaia uma crítica à epistemologia de matriz iluminista moderna, à qual nomeia de Paradigma Dominante, assinalando sua crise e indicando princípios ou características que presidem a construção de um novo paradigma, o Paradigma Emergente. Contudo, antes de tratar do que nomeia por Paradigma Emergente, o mencionado autor traça uma reflexão epistemológica acerca do conteúdo do conhecimento científico segundo o entendimento moderno e suas implicações.

Ao fazê-lo, conforme o trecho apresentado a seguir, Boaventura de Sousa Santos empresta fundamento a este presente trabalho, posto que aborda o conteúdo científico resultado do arquétipo iluminista como um conteúdo fechado, autômato e reducionista, o que

aqui se considera a causa da necessidade da ação do afeto. Nas palavras do supracitado autor:⁴⁴

Sendo um conhecimento mínimo que fecha as portas a muitos outros saberes sobre o mundo, o conhecimento científico moderno é um conhecimento desencantado e triste, que transforma a natureza num autômato, ou, como diz Prigogine, num interlocutor terrivelmente estúpido.

[...]

O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica.

[...]

Nestes termos, o conhecimento ganha em rigor o que perde em riqueza e a retumbância dos êxitos da intervenção tecnológica esconde os limites da nossa compreensão do mundo e reprime a pergunta pelo valor humano do afã científico assim concebido. Esta pergunta está, no entanto, inscrita na própria relação sujeito/objeto que preside à ciência moderna, uma relação que interioriza o sujeito à custa da exteriorização do objeto, tornando-os estanques e incomunicáveis.

A partir das constatações ora apresentadas, bem como de diversas outras, o autor apresenta tópicos nos quais, para ele, estão assentados o que nomeia Paradigma Emergente, ou seja, a necessidade de um novo olhar sobre a ciência e seu operar, como também uma nova epistemologia. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos⁴⁵, este seria o paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente, posto que, “[...] não pode ser apenas um paradigma científico (o paradigma de um conhecimento prudente), tem que ser também social (o paradigma de uma vida decente)”.

A partir de então, o autor inicia a exposição do que ele entende como as bases do Paradigma Emergente e as funda em quatro pilares, assim expressados: 1) todo conhecimento científico-natural é científico-social; 2) todo conhecimento é local e total; 3) todo conhecimento é autoconhecimento; e 4) todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum.

A seguir, serão abordados, mais especificamente, esses quatro pilares, de modo a demonstrar que a proposta de encarar o afeto como impulso oxigenador necessário para a evolução e reumanização das ciências é verificada com o que Boaventura de Sousa Santos coloca como bases da nova epistemologia, mesmo que em outras palavras.

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 53-54.

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 60.

Na primeira tese que levanta, a de que “todo conhecimento científico-natural é científico-social”, o autor argumenta que a distância dicotômica entre ciências naturais e ciências sociais deixa de ter sentido e utilidade. Assim, para ele, “[...] esta distinção assenta numa concepção mecanicista da matéria e da natureza a que contrapõe, com pressuposta evidência, os conceitos de ser humano, cultura e sociedade”⁴⁶, o que diante do progresso da física e da biologia, que põe em cheque tal distinção, não cabe mais.

Nesse sentido, o afeto, como elemento a instaurar uma nova ética científica, ao buscar reaproximar novamente as ciências das preocupações humanísticas, liga-se à verificação realizada por Boaventura de Sousa Santos, de que o fim das citadas dicotomias reumaniza as ciências, inclusive as sociais. Segundo o autor⁴⁷:

[...] em resumo, à medida que as ciências naturais se aproximam das sociais estas aproximam-se das humanidades. O sujeito, que a ciência moderna lançara na diáspora do conhecimento irracional, regressa investido da tarefa de fazer erguer sobre si uma nova ordem científica.

A superação da dicotomia ciências naturais/ ciências sociais tende assim a revalorizar os estudos humanísticos. Mas esta revalorização não ocorrerá sem que as humanidades sejam, elas também, profundamente transformadas. O que há nelas de futuro é o terem resistido à separação sujeito/objeto e o terem preferido a compreensão do mundo à manipulação do mundo. Este núcleo genuíno foi, no entanto, envolvido num anel de preocupações mistificatórias (o esoterismo nefelibata e a erudição balofa). O *ghetto* a que as humanidades se remeteram foi em parte uma estratégia defensiva contra o assédio das ciências sociais, armadas do viés cientista triunfalmente brandido. Mas foi também o produto do esvaziamento que sofreram em face da ocupação do seu espaço pelo modelo cientista. Foi assim nos estudos históricos com a história quantitativa, nos estudos jurídicos com a ciência pura do direito e a dogmática jurídica, nos estudos filológicos, literários e lingüísticos com o estruturalismo. Há que recuperar esse núcleo genuíno e pô-lo ao serviço de uma reflexão global sobre o mundo.⁴⁸

Assim, a ciência Pós-Moderna é uma ciência assumidamente analógica, cuja lógica existencial é promover a “situação comunicativa” tal como Habermas a concebe, de modo que o elemento promotor dessa comunicação seria o afeto, conforme entende este trabalho. Noutro sentido, já se coadunando com a segunda tese do Paradigma Emergente, o afeto, como articulador do aprofundamento científico e no intuito de reaproximar a ciência da realidade, pretende que a pontualidade estéril do saber seja superada. Ressalva-se desde então, que esta decorrência é quase que conseqüência da primeira.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 61.

⁴⁷ Ibid. p. 69.

⁴⁸ Ibid. p. 70-71.

A segunda tese que o pensador defende é que “todo o conhecimento é local e total” e se embasa na parcelização e disciplinarização do saber científico de matriz moderna, afirmando que tais condutas fazem do cientista um ignorante especializado e que isso acarreta efeitos negativos.⁴⁹

Os efeitos dessas condutas se refletem, por exemplo, no Direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à *secura* da dogmática e que na Pós-Modernidade tenta redescobrir o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida.⁵⁰ O Direito, assim, se afastou da realidade, justamente o que o paradigma científico Pós-Moderno busca rechaçar. A compartimentalização das ciências aumenta o rigor na mesma medida em que a arbitrariedade diminui o espaço do real.

No Paradigma Emergente o conhecimento é local e total, Boaventura de Sousa Santos⁵¹, explica do seguinte modo:

Mas sendo total, é também local. Constitui-se em redor de temas que em dado momento são adotados por grupos sociais concretos como projetos de vida locais.

[...]

Mas sendo local, o conhecimento pós-moderno é também total porque reconstitui os projetos cognitivos locais, salientando-lhes a sua exemplaridade, e por essa via transforma-os em pensamento total ilustrado.

[...]

A fragmentação pós-moderna não é disciplinar e sim temática. Os temas são galerias por onde os conhecimentos progridem ao encontro um dos outros. Ao contrário do que sucede no paradigma atual, o conhecimento avança à medida que o seu objeto se amplia, ampliação que, como a da árvore, procede pela diferenciação e pelo alastramento das raízes em busca de novas e mais variadas interfaces.

Não poderia ser diferente, porque se a tentativa é de combater o determinismo e o descritivismo, o conhecimento de base pós-moderna não há que se pretender total e local de outra forma. Este conhecimento não é fechado em um único método, posto que, por vezes, o método que encaminha uma dada pesquisa não está apto a encaminhar outra, seja pelo tema, pelo local etc. Nestes casos, o método deve se atentar à realidade.

Se, atentando à realidade, o operador científico certamente irá perceber que as respostas para o seu tema-problema estarão não só na sua disciplina. Isso aponta, portanto,

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 74.

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. loc. cit.

⁵¹ Ibid. p. 76.

para a transdisciplinarização dos saberes, que nada mais é que fruto da constante comunicação e questionamento já mencionadas aqui.

Na terceira tese, Boaventura de Sousa Santos sustenta que no paradigma emergente pós-moderno “todo conhecimento é autoconhecimento”. O autor assim o faz na proposta de ressignificar o fazer científico para que ele possa se abrir a avaliação do seu sentido. Desse modo, no caminho da humanização que se pretende ao inserir o afeto no operar científico, esta terceira tese ou base do paradigma da ciência na Pós-Modernidade vem a calhar.

A ciência moderna consagrou o homem como sujeito epistêmico, mas expulsou-o, tal como a Deus, enquanto sujeito empírico. Um conhecimento objetivo, factual e rigoroso não tolerava a interferência dos valores humanos.⁵²

Nesse sentido, o mito do total afastamento entre sujeito e objeto tende a se dissipar, de modo que o objeto se torne a continuação do sujeito e, por isso, todo conhecimento científico será autoconhecimento. A esse respeito Boaventura de Sousa Santos⁵³ afirma que:

No paradigma emergente, o caráter auto-biográfico e auto-referencial da ciência é plenamente assumido. A ciência moderna legou-nos um conhecimento funcional do mundo que alargou extraordinariamente as nossas perspectivas de sobrevivência. Hoje não se trata tanto de sobreviver como de saber viver. Para isso é necessária uma outra forma de conhecimento, um conhecimento compreensivo e íntimo que não nos separe e antes nos una pessoalmente ao que estudamos. A incerteza do conhecimento, que a ciência moderna sempre viu como limitação técnica destinada a sucessivas superações, transforma-se na chave do entendimento de um mundo que mais do que controlado tem de ser contemplado. Não se trata do espanto medieval perante um mundo que, apesar de domesticado, nos mostra cada dia a precariedade do sentido de nossa vida por mais segura que esteja ao nível da sobrevivência.

Nesse diapasão, ressubjetivado, o conhecimento científico ensina a viver e se volta para a realidade humana, decorrendo daí a quarta e última característica da ciência pós-moderna, que se traduz no mote: todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum.

Se a ciência moderna edificou-se contra o senso comum, por considerá-lo raso, mistificado e falso, a ciência pós-moderna procura reabilitar o senso comum como elemento propulsor quando em diálogo com o conhecimento científico. Isso é propriamente a tentativa de junção entre razão subjetiva e razão objetiva anunciada anteriormente.

⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 80.

⁵³ *Ibid.* p. 85-86.

Por ser prático e raso, o senso comum é em si conservador e isso é um risco, porque pode legitimar prepotências, mas se interpenetrado pelo conhecimento científico pode estar na origem de uma nova racionalidade.⁵⁴

A ciência pós-moderna, ao sensocomunizar-se, não despreza o conhecimento que produz tecnologia, mas entende que, tal como o conhecimento se deve traduzir em autoconhecimento, o desenvolvimento tecnológico deve traduzir-se em sabedoria de vida. É esta que assinala os marcos da prudência à nossa aventura científica. A prudência é a insegurança assumida e controlada.

Como o paraquedista que faz do medo o controle entre risco calculado e imprudência, o afeto, como patrocinador do diálogo e propulsor do contínuo questionamento, é a prudência. É um controle argumentativo-moral, já que é avaliador das circunstâncias casuísticas, não se permitindo o engessamento ante as multivariadas facetas da tomada de conhecimento, e é farol que ilumina essa cognoscência, guiando-a no caminho do saber viver e do para que viver.

Destarte, o que se tentou neste tópico foi apresentar, através das palavras de Boaventura de Sousa Santos, as características da ciência na Pós-Modernidade e aproximá-las da proposta de colocar o afeto no âmago da promoção científica. Sem qualquer dúvida, o tema do paradigma epistemológico emergente não resta esgotado. É imperioso informar que tal tema está aqui apresentado de modo breve e resumido, pois não é o intuito esgotá-lo neste trabalho.

Em consonância com esse tema, encontram-se as obras de Thomas Kuhn, Hans-George Gadamer, Jürgen Habermas, Edgar Morin e do próprio Boaventura de Sousa Santos, propondo um aprofundamento dos estudos iniciados na obra em referência, isso só para citar alguns dos grandes filósofos que, de algum modo, se dedicam a estudos nesse sentido.

A respeito da crise do paradigma científico moderno e do surgimento de um paradigma epistemológico emergente que influencia as ciências em geral, por certo que o direito não escaparia.

Não é possível furtar-se a dizer que foi discutido, até agora, a colocação do afeto no fazer das ciências e neste próximo item se discutirá a atuação do afeto no operar do direito, ou

⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 90.

na sua epistemologia. Válido é ressaltar que a discussão mencionada não englobará ainda o afeto como instituto jurídico, o que será feito mais à frente.

2.5 Direito na Pós-Modernidade e afeto: a dogmática, o legalismo e o positivismo jurídico x o resultado Justiça

“A inteligência sem amor, te faz perverso.

A justiça sem amor, te faz implacável.

A autoridade sem amor, te faz tirano.”

(Hino de Consagração a Eros – atribuído a Hesíodo, século VIII a. C.)

Após considerar a proposta de colocar o afeto como uma categoria epistêmica importante, inserido na epistemologia das ciências com o intuito de recuperar a preocupação humanística destas e promover o constante questionamento e auto-questionamento, pretende-se agora fazer esta análise e proposta no campo da ciência jurídica.

Desse modo, primeiramente, é interessante abordar, mesmo que brevemente e sem a intenção de esgotar o tema, como o Direito se configurou sob a égide do paradigma racional moderno, expor como esse paradigma moldou o direito e as consequências dessa influência, apontar a fadiga desse modelo, para, enfim, apresentar o caminho do afeto, como um caminho para a construção de um operar jurídico que se alie mais à ética biofílica e à tolerância.

No caminho de adesão do Direito ao paradigma moderno é imperioso apontar a inicial necessidade e importância dessa aquiescência. O momento histórico era de ascendência do absolutismo, que juridicamente representava a insegurança e a inexistência de um devido processo legislativo e legal, posto que, naquele modelo de organização social, o impulso legislador era dado apenas ao soberano monarca.

Tal fato tinha como consequências a não participação social na elaboração das leis, fundamento primário do absolutismo, e a insegurança jurídica, acarretada pela possibilidade de mudança legal a qualquer momento e por qualquer motivo, deixando a coisa pública à mercê da “sanidade” do Rei.

A sociedade em mudança reclamava por um modelo jurídico que determinasse segurança às relações. Na esteira das revoluções liberal burguesas, o programa moderno

ingressava na esfera jurídica. Da queda do absolutismo surge o primeiro traço da modernidade jurídica, o Estado constitucional de Direito, que, segundo Ricardo Maurício Freire Soares⁵⁵:

[...] sintetiza um duplo e convergente processo de estatização do Direito e jurisdicização do Estado. Esta nova forma de organização estatal inaugura um padrão histórico específico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil. Esta relação é intermediada por um ordenamento jurídico que delimita os espaços político e social. A ordem jurídica acaba por separar a esfera pública do setor privado, os atos de império dos atos de gestão, o interesse coletivo das aspirações individuais.

Desse modo, o Estado constitucional de Direito resumia exatamente o que reclamavam as revoluções burguesas, segurança através da Lei posta (positivismo legalista e dogmática) e participação no processo legislativo (Estado democrático de direito).

Até esse momento, sob o argumento de combater os devaneios absolutistas e de entregar à sociedade um Estado de todos e para todos, o projeto de jurisdicização do Estado parecia e era bastante interessante. Porém, este projeto carregava em si a positivação legalista do direito e, a partir de então, o caminho que esses ideais tomaram construiu um sistema jurídico afastado da realidade e mesmo da Justiça.

Notam-se, claramente, no fenômeno da positivação legalista, ecos do paradigma científico iluminista moderno, sendo ele mesmo, expressão evidente da modernidade jurídica. Se a ciência, fundada no ideal moderno se tornou fechada e presunçosa, afastando-se da realidade, um sistema forense que se pretendia completo, certamente iria restringir o âmbito da experiência jurídica.

A positivação realmente lograva combater as incoerências do absolutismo. Como explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵⁶: “[...] direito positivo, podemos dizer genericamente, é o que vale em virtude de uma decisão e só por força de uma nova decisão pode ser revogado”. Em tais palavras, pode-se observar o fundamento mesmo do Estado Democrático de Direito, posto que a positivação carrega em si uma obrigatoriedade de motivação da decisão.

A positivação asseguraria o respeito ao que estivesse posto, como uma forma de proteger o ordenamento jurídico da vontade discricionária do monarca, porém, novamente

⁵⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012b. p. 195.

⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980. p. 41.

segundo as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵⁷, “[...] o legalismo do século XIX entendeu a positivação de modo restrito, reduzindo o direito à lei, enquanto norma posta pelo legislador.”.

As revoluções liberais burguesas utilizaram, a princípio, como alavanca teórica, o jusnaturalismo racionalista, como forma de questionar os valores da ordem do antigo regime. Nas palavras de Ricardo Maurício Freire Soares⁵⁸:

Em primeiro lugar, o apego excessivo à norma legal refletia a postura conservadora de uma classe que ascendera no plano social, na esteira do movimento jusnaturalista. Decerto, o jusnaturalismo racionalista consolida-se com o advento da ilustração, despontando a racionalidade humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e a vida social. Este movimento jusnaturalista, de base antropocêntrica, utilizou a idéia de uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena do direito positivo corporificar a injustiça.

Ocorre que, assim como já se falou da ciência racionalista moderna, também no Direito, o ideal inicialmente emancipatório não resistiu aos interesses do mercado, ocorrendo de a ciência jurídica se instrumentalizar em favor da manutenção do *status quo*. Nesse sentido, assevera Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵⁹, quando diz que:

[...] o direito, nos quadros do jusnaturalismo da era moderna, se de um lado quebra o elo entre jurisprudência e procedimento dogmático fundado na *autoridade* dos textos romanos, não rompe, de outro, com o caráter dogmático, que tentou aperfeiçoar ao dar-lhe a qualidade de sistema.

É dessa forma que, com a instrumentalização do jusnaturalismo racionalista, chegou-se ao positivismo legalista e ao positivismo lógico kelseniano. A teoria jurídica passa a ser um construído sistemático da razão, um instrumento de crítica da realidade, afastando-se dela⁶⁰.

A positivação ao se fechar no legalismo, aliada à ascensão da burguesia ao poder político se tornando protagonista do processo legislativo, passou a atender ao mercado,

⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980. p. 41..

⁵⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012b. p. 195.

⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980. p. 26.

⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. loc. cit..

fazendo da aparelhagem jurídica uma mantenedora de seus interesses, afastando-a, por vezes, da Justiça e enraizando o dogma e a autoridade. O que se pretendia democrático e emancipador, se tornou rigor e disparidade.

Ainda hoje, é este o sistema que vige, a despeito de diversas correntes de pensamento que já combateram esta lógica, como o Historicismo e o Sociologismo, e ainda mais nestes tempos de Pós-Modernidade do Direito. O paradigma jurídico dominante ainda é o do Positivismo e do Legalismo, se afastando de uma maior atenção ao caso concreto. O operar jurídico, desse modo, ainda atende a uma ética excludente e conservadora.

As variações do Positivismo jurídico não abordam, com profundidade, o problema Justiça, priorizando as preocupações com os valores da ordem e da segurança, além de subordinar o exame da legitimidade do direito à especial observância dos critérios de validade formal que presidem a produção das normas jurídicas.⁶¹

Os apontamentos feitos até aqui tratam do problema do distanciamento entre Direito e Justiça apenas pela ótica da ciência jurídica, porém, para além de enxergar tal quesito apenas por este viés, pretende-se também colocar questões sociológicas que influenciaram e influenciam na referida dissociação. Iniciando esta abordagem, apresenta-se as palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida⁶²:

A aridez da cultura em que predomina o masculino decorre de seu caráter abstrato e dogmático, características próprias do racionalismo. Trata-se de uma civilização que vem determinada por fortes contingentes de práticas paradigmaticamente fixadas sobre a ética fálica. Este falocentrismo civilizacional também constrói a imagem de uma sociedade carente do direito como regulador de comportamentos, donde o direito aparece necessariamente como sendo a esfera do pai, da ordem, da convenção, do vertical, da lei imperativa, do controle. O falo, como símbolo, é a insígnia do pai-inseminador, e, a insígnia da potência e do poder, e, por isso, a insígnia do direito e da lei.

Seguindo esta lógica, verifica-se que a introdução no Direito do caráter cultural do Racionalismo moderno cartesiano, como já dito. Sendo, então, operada sob os influxos do positivismo, da consagração do pensamento kelseniano, passagem esta que torna determinante

⁶¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012b. p. 187.

⁶² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 800.

para a cultura jurídica o seguimento de uma concepção abstrata, formal, lógica, rigorista, sistêmica, do direito e do papel dos operadores do direito diante da sociedade.⁶³

Conforme já delineado, quando da abordagem do tema pelo viés da ciência jurídica, observa-se também nestes argumentos que quanto mais o Direito se inspira nos ideais civilizacionais ocidentais, mais se distancia da possibilidade de se fazer justo. Destarte, ao se aproximar do paradigma racional moderno e se afastar da Justiça, o Direito revela-se, em grande parte, arbítrio, força opressora, puro ato de imposição.

Urge, então, a colocação de um novo operar judicial. Um novo paradigma onde o Direito não esteja afastado da Justiça, um paradigma com espaço ao aspecto feminino da razão, com sensibilidade, afetividade e sinceridade, que consiga se atentar às particularidades de cada caso concreto, posto que a mera subsunção da norma geral pode resultar em arbítrio e injustiça. No direito de família este novo operar se faz ainda mais importante. Nesse sentido, estão as palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida⁶⁴:

Desde sua origem mitológica, é legendária a tradição que faz ver na justiça a dimensão do arquétipo feminino. Como se pode extrair de um conjunto de evidências simbólicas e etimológicas, a justiça sempre foi associada a uma deusa feminina. Esta evidência não pode ser assumida como desprezível, pois em meio a tantas divindades masculinas, inclusive diante da potência unificadora de Zeus, a justiça foi dita *Diké* quando se pretendeu libertar os homens do jugo dos próprios deuses. Evocada na forma de uma balança, a *Iustitia* se consagra historicamente como a virtude da isonomia, da imparcialidade, da ponderação, da piedade pelo humano, bem como pela capacidade de sopesamento nos julgamentos. O agir prudente é aqui sinônimo de uma prática ética de consideração da singularidade de cada caso concreto e de cada particularidade humana. O esforço implicado no ato de agir e julgar prudentemente é um esforço dimensionado de forma ética, e não por uma simples operação lógico-dedutiva a partir de regras.

Assim como se falou das ciências em geral, também para o Direito é importante eleger o afeto como categoria epistêmica importante, na tentativa de reaproximá-lo da Justiça. Isso porque, conforme já dito, a racionalização já provou seu esgotamento e, no Direito, deu mostras da barbárie que é capaz de gerar, podendo citar, à guisa de exemplo, a legitimação dos campos de concentração nazistas.

O afeto estaria, então, como força a conviver com a razão, propondo um esforço no sentido de caminhar em direção à criação de um amplo espaço de consagração da esfera do

⁶³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 802.

⁶⁴ Ibid. p. 801.

feminino na arte de entender, interpretar e compreender a esfera do direito. De modo algum a intenção é aniquilar a razão em favor do afeto, muito menos de criar uma hierarquia entre eles, a busca é pelo equilíbrio, por uma relação de complementaridade, uma ética dialógica, que se apresenta necessária para a reaproximação entre Direito e Justiça.

Quando razão e sensibilidade se encontram, o Direito opera Justiça. A conquista de uma sociedade mais justa abriga a possibilidade de aplicar-se uma nova forma de enxergar as práticas do Direito, de um modo que seja possível pensar e agir para um aumento de convergências entre a experiência que deriva da razão sensível, ao lado da experiência da sensibilidade raciocinada. Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida ressalvam o seguinte⁶⁵:

Quando se fala de despertamento da sensibilidade, não se deve com isto confundir a mera sensorialidade. Como virtude, a sensibilidade constrói pontes de equivalência entre *alter* e *ego* que possibilitam um trânsito fundado em preocupações comuns entre os parceiros de comunicação. O uso do afeto é, nesse sentido, o centro das formas de florescimento e aparição desta cultura em emergência.

Assim, o Direito ao admitir o uso do afeto como categoria epistêmica, abrindo-se à esfera feminina do pensar e agir, se aproximará da Pós-Modernidade científica. Isso porque, aquiescendo a este novo paradigma, o Direito desceria do seu pedestal e se permitiria a porosidade, a abertura para novos modos de perceber e operar a atividade jurisdicional.

Permitir-se-ia o diálogo com outras ciências, em busca de uma reavaliação, que não o pretensioso valor inculcado pela norma, muitas vezes despido de uma antropologia de base.

Assim, percebendo que não é completo e que não consegue responder a todas as questões de uma sociedade cada vez mais plural, o Direito perceberia que o caráter totalizante e generalizante de suas normas pode ser injusto, pois, a própria norma perece com o tempo e com as mudanças sociais, isso o faria se atentar mais às nuances do caso concreto e se aproximar de um resultado judicante mais justo.

Este é o papel que se impõe a todos os operadores do Direito. Em todos eles deve haver a racionalidade, porém, urge que adotem em seu agir também a afetividade, como meio de estimular uma razão sensível, uma ótica feminina – nos moldes já mencionados. Dessa maneira, nasceria uma ética do cuidado, uma teoria crítica, enfim, uma complementaridade e

⁶⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 807.

reciprocidade entre razão e afeto, para se aproximar do esclarecimento, do discernimento, da sinceridade e da Justiça.

É nesse sentido que vai caminhando, junto com as demais ciências, o Direito na Pós-Modernidade. Conforme Ricardo Maurício Freire Soares⁶⁶: “[...] na cultura jurídica pós-moderna, desenha-se um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo, e relativo. Porém, o que já vai se propondo no campo epistemológico, ainda está distante do operar e dos operadores do direito”.

Pelas características apontadas acima, de imediato se observa o caminho da ética dialógica, questionadora e porosa à qual o direito tende a se permitir. Isso visto na pluralidade que assume quando profere a implosão dos sistemas normativos genéricos, criando microsistemas jurídicos em atenção às especialidades exigidas pelas complexidades contemporâneas.

Concomitante, propositada e contrariamente, formula normas genéricas, indeterminadas e contingenciais, revelando a preocupação de conferir a necessária flexibilidade aos modelos normativos, no intuito de adaptação aos novos tempos, revelando nesse ponto, seu caráter prospectivo.⁶⁷ Essas características unidas denotam a ponte de questionamento, diálogo e porosidade que tende a se criar e que é de grande valia à evolução do direito.

A ciência jurídica assume, também, na Pós-Modernidade, um caráter reflexivo, passando a espelhar as demandas da coexistência societária, sedimentando a consciência de que o direito deve ser entendido como um sistema aberto, suscetível aos influxos fáticos e axiológicos.⁶⁸ O Direito pós-moderno é ainda relativo, isto porque não se podem conceber verdades jurídicas absolutas, mas sempre dados relativos e provisórios.

Todas essas características já se encontram colocadas nos sistemas jurídicos atuais, o que é salutar, no entanto, ainda estão distantes da prática judicial. Desse modo, o afeto, enquanto categoria epistêmica, se apresenta como facilitador da mudança de paradigma, resgatando a sensibilidade e equilibrando-a com a razão.

⁶⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012b. p. 202.

⁶⁷Ibid. p. 203.

⁶⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012b. p. 203.

No direito das famílias se impõe ainda mais importante tal câmbio. Neste ramo do Direito que lida com as mais diversas situações fáticas e no qual as mudanças sociais se refletem mais rapidamente do que nos demais, permitir uma atuação que vá além da norma posta é de suma importância, posto que, vislumbrando a complexidade da vida contemporânea é bem possível que a norma não guarde respostas aos casos concretos.

Assim, após ter abordado o tema do afeto como paradigma epistemológico e sua influência na possibilidade de se operar o direito de modo diverso da vertente exclusivamente racional e dogmática, caminha-se, no próximo capítulo, para a exploração do afeto no âmbito das relações familiares e o modo como ele as modificou.

3 DA FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE E DA VIABILIDADE DO PARENTESCO SOCIOAFETIVO

Diante das tantas mudanças sociais, já abordadas no capítulo anterior, por certo que a família não passaria incólume. Como núcleo de convivência que é, a família reflete as ocorrências sociais e é influenciada por elas. Neste capítulo será tratado, seguindo a linha de raciocínio do capítulo anterior, como a convivência familiar pautada no afeto e no cuidado se apresenta como alternativa para guiar as relações familiares na contemporaneidade.

Se a proposta inicial foi tratar do afeto (enquanto categoria epistemológica relevante) como possibilitador da renovação das ciências, agora o que se pretende, acompanhando o caminho inicial, é dissertar sobre o afeto como elemento revigorador, mediador e afirmador da convivência familiar na contemporaneidade.

Desse modo, o foco aqui será demonstrar como, no contexto das mudanças na vida familiar e no relacionamento de seus entes, o afeto – sendo elemento formador de vínculos – se insere como oxigenador do vínculo parental fincado apenas no liame sanguíneo e, para além disso, como construtor mesmo de parentesco.

Não se pretende, é importante salientar desde já, afastar o parentesco biológico, mas sim chamar a atenção para a importância de se ir além, posto que, diante da complexidade das relações hodiernas, o vínculo sanguíneo simplesmente já não garante a compreensão da parentalidade e da convivência familiar.

Faz-se ainda necessário apontar que a intenção aqui não é propor uma dicotomização entre família atual *versus* família tradicional, ou família patriarcal *versus* família afetiva, mas sim tentar demonstrar como o afeto pode ser importante para guiar as famílias a novos modelos de interações e mediações, inclusive gerando laços tão fortes a ponto de serem caracterizados como parentais, é no que se aprofundará a seguir.

3.1 Histórico sobre os movimentos e mudanças na vida e nas relações familiares

De acordo com Pierpaolo Donati⁶⁹: “[...] a família está em constante transformação, que a faz reorganizar-se incessantemente”. A intenção neste tópico é mostrar, mesmo que em

⁶⁹ DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI**: abordagem relacional. São Paulo: Paulinas, 2008. p. 62.

breves palavras, um pouco das transformações familiares até o seu estágio atual. Não se buscará aqui varrer toda a história dos agrupamentos familiares, focar-se-á a atenção mais às últimas organizações familiares, aquelas que acompanharam e acompanham as imensas transformações da vida humana desde o meio para o fim da Idade Moderna, até então.

Pierpaolo Donati afirma ainda que nos últimos decênios, e na realidade já desde o século XIX, a família foi objeto de amplo debate acerca da sua “crise”. Em suas próprias palavras, “De início, a maior parte se referia à transição de uma sociedade comunitária a uma sociedade contratual; mas, em seguida a crise significou também amplos processos de desorganização, desagregação e implosão.”⁷⁰

Porém, alerta o autor, que se a dita crise fora entendida como um progressivo enfraquecimento da família, como se ela estivesse perdendo sua relevância social, certamente resulta equivocado o entendimento. Isso porque, conforme já dito, a família está sujeita a um constante reorganizar-se.

A partir do século XIX, quanto ao processo de mudança nas relações familiares, em geral é possível observar, novamente segundo Pierpaolo Donati⁷¹:

Certo processo de desinstitucionalização, entendida como a diminuição de certas expectativas públicas a respeito da família, a favor de uma sua maior legitimação como grupo social expressivo do mundo vital; a redefinição das transições familiares; a renegociação de papéis sexuais em condições mais igualitárias e a delimitação de relações pais/filhos em termos mais democráticos.

As mudanças sociais ocorridas a partir do século XIX, conforme já mencionado no capítulo anterior, versam acerca da implantação do paradigma racional iluminista moderno e suas implicações, como a promoção da emancipação dos homens, libertando-os de toda a mistificação através da razão.

Ao tratar acerca das consequências desse processo e de seus impactos na vida familiar, pode-se inferir acerca do paulatino empoderamento dos indivíduos, isto verificado no aumento da busca por representatividade de grupos antes marginais ao processo político-social. As mulheres, por exemplo, ganharam e ganham cada vez mais independência.

⁷⁰ DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI**: abordagem relacional. São Paulo: Paulinas, 2008. p. 62.

⁷¹ DONATI, Pierpaolo. loc. cit.

Esse crescente empoderamento dos indivíduos – aqui entendido como um processo de conscientização e independência, como a possibilidade de o ser humano tomar suas decisões livremente e concretizar sua personalidade –, consequência da sociedade de mercado e do primado da liberdade, gerou e gera diversas mudanças, no âmbito da convivência humana, que atingiram conseqüentemente as interações familiares.

O desenvolvimento do projeto moderno de sociedade supunha que o caminho indesejável era para um mundo de paz e bem-estar social para todos. Nessa senda, conforme mencionado logo acima, a busca foi pela crescente proteção das liberdades humanas, refletida e nutrida exatamente pelo processo de empoderamento dos entes sociais.

Assim sendo, o modelo familiar – ainda replicado em tempos atuais – onde o *pater* provedor era quem regia com imposição todas as decisões, sufocando a personalidade dos demais se tornou incompatível com um cenário onde esposas e filhos, liberados da submissão que a dependência, sobretudo econômica, promovia, exigiam cada vez mais protagonismo na vida familiar.

Inserida no contexto das mudanças sociais que caminham no mesmo sentido e a influenciam, a família, então, passou a admitir em seu íntimo uma maior democratização. Sem dúvida que tais ocorrências impactariam sobre a vida familiar de diversas formas, uma vez que cambiavam as relações de poder, as relações entre gêneros e também entre gerações. João Carlos Petrini⁷² informa o seguinte:

A sociedade moderna caracteriza-se por mudanças de grande porte nos campos da economia, da política, e da cultura, com repercussões significativas em todos os aspectos da existência pessoal e social. Estas mudanças assumem, no Brasil, um ritmo particularmente acelerado depois da Segunda Guerra Mundial, criando um novo cenário sociocultural, especialmente nos maiores centros urbanos. Trata-se de mudanças profundas e permanentes, que dizem respeito à atividade produtiva e à organização do trabalho, aos processos educativos e de comunicação, até a socialização das novas gerações, ao universo de valores e critérios que orientam a conduta no cotidiano. Essas mudanças concentradas e aceleradas, repercutem significativamente na vida familiar, desde a concepção de masculinidade e feminilidade e a forma de compreender a sexualidade e a relação entre os sexos, até a maternidade e a paternidade, a relação entre as gerações, principalmente no tocante à atividade educativa e de socialização.

⁷² PETRINI, João Carlos. Mudanças Sociais e Mudanças Familiares. In: Petrini, João Carlos; Cavalcanti, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 20.

Fica evidenciado, a partir das palavras de João Carlos Petrini, que realmente a vida familiar mudou. As “mudanças de grande porte” ocorridas na sociedade modificaram a convivência da família, também porque alteraram a concepção de masculinidade e feminilidade. Alteração esta que se deu justamente no âmbito do empoderamento das mulheres a partir de sua entrada no mercado de trabalho, um dos fatores predominantes da democratização das relações familiares.

François de Singly⁷³ afirma, corroborando as palavras acima, que esse empoderamento se deu através da: “[...] autonomia pelo desengajamento e trabalho assalariado e da autonomia pelo desenvolvimento e pela superioridade cultural”.

A mulher empoderada não aceitaria a postura masculina patriarcal impositiva, o que deu início à mudança, que nas palavras de João Carlos Petrini⁷⁴, citando Lipovetsky, é uma “mutação antropológica”. Isso porque, como consequência da já dita remodelação de concepção da masculinidade e da feminilidade, se verifica a modificação dos papéis do homem e da mulher na vida familiar. Comprova-se tal fato na averiguação da ocorrência da quebra da dicotomia: homem trabalha, mulher fica em casa. Hoje essa ideia maniqueísta, ou seja, divisora do mundo em poderes opostos e incompatíveis, apesar de ainda existir, não mais se perfaz com tanta força, porque a divisão das tarefas familiares é mais democrática e a mulher saiu para o trabalho não doméstico.

O empoderamento feminino é exemplo flagrante da modificação das relações de família. A independência tanto econômica quanto cultural lhe deu emancipação. Essa emancipação a permitiu contestar e questionar, atitudes que evidenciam o caminho da democratização da convivência familiar, fazendo pressupor que esse empoderamento da mulher possa ter sido o solavanco primeiro no sentido da modificação do contexto do autoritarismo exercido pelo *pater*.

Novamente os ensinamentos de João Carlos Petrini⁷⁵ são esclarecedores. Dessa vez, versando sobre as referidas mudanças nas relações entre masculino e feminino e no modo mesmo de se caracterizar a função dos gêneros:

⁷³ SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 158.

⁷⁴ PETRINI, João Carlos. Mudanças Sociais e Mudanças Familiares. In: Petrini, João Carlos; Cavalcanti, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 28.

⁷⁵ Ibid. p. 27- 28.

As mudanças que se verificam ao longo da modernidade, algumas das quais foram aqui descritas pela relevância de que se revestem, configuram um panorama social diferente do antigo, desenhando outros cenários nas mais diversas esferas das atividades humanas. Isto repercute não somente em alguns comportamentos humanos, mas faz emergir uma imagem de homem e de mulher totalmente diferente da que presidiu ao processo civilizatório ocidental, que tem na antiguidade clássica grega e romana e na cultura judaico-cristã suas matrizes estruturantes. Trata-se de uma alternativa global de homem e de mulher, do modo de conceber e de viver a sexualidade, a paternidade e a maternidade, a família, a procriação dos filhos e toda a esfera da vida privada (Petrini, 2003b). “Para além da moda e da sua espuma, ou de certas caricaturas [...] devemos ter em conta em toda a sua radicalidade, a mutação antropológica que se realiza diante de nossos olhos”, afirma Lipovetsky (1989, p. 48).

[...]

A família patriarcal estudada por Freyre, que se afirmou no contexto da cultura rural, entrou em colapso há tempo. Os modelos de comportamento que regulamentavam as relações entre os sexos e as relações de parentesco foram abandonadas.

Ainda acerca das mencionadas mudanças na vida familiar, ensina Manuel Castells⁷⁶, que a crise do patriarcado pode ser entendida como “[...] enfraquecimento de um modelo de família baseado no estável exercício da autoridade/domínio do homem adulto, seu chefe, sobre a família inteira”.

A partir de então o movimento de democratização da família foi crescente, fazendo mudar, sem sombra de dúvidas, as relações e a própria vinculação dos entes familiares, acarretando uma alteração positiva do ponto de vista da participação e da convivência familiar, que, deixando de ser vertical/impositiva, foi tornando-se mais horizontal/dialogal. Essas transformações atuaram também na relação entre pais e filhos. No processo de democratização das relações familiares a busca é por dar mais voz aos filhos, uma vez que se observa a quebra da pura imposição dos pais, permitindo um espaço de diálogo, como abordado acima.

João Carlos Petrini⁷⁷, citando Kaloustian, informa o seguinte: “[...] as relações entre pais e filhos ganham respeito e flexibilidade, deixa os modelos centrados na autoridade e na disciplina, enquanto são incorporados valores de diálogo, negociação, tolerância, no horizonte de um amplo pluralismo ético e religioso.”

Esses exemplos, das mulheres e dos filhos, evidenciam a mudança na vida familiar. Essas mudanças foram acompanhadas (ou estimuladas) pela *subjetivação* das relações de

⁷⁶ CASTELLS, Manuel. **Il potere delle identità**. Milano: Univesità Bocconi Editore, 2003. p. 151.

⁷⁷ KALOUSTIAN, S. M. Família brasileira, a base de tudo. *Apud*. PETRINI, João Carlos. Mudanças Sociais e Mudanças Familiares. In: Petrini, João Carlos; Cavalcanti, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e subjetividades**: uma perspectiva multidisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 46.

família, ou seja, o foco da convivência em família passou a ser a realização pessoal de seus entes. Diante da crescente democratização e da subjetivação, resta claro que o modo de vida em família se transformaria. Isso porque, os sujeitos familiares certamente exigiriam espaço e voz, além de se tornarem mais independentes para tomarem decisões e até mesmo para aproximar a convivência daqueles que lhes fossem mais caros.

François de Singly⁷⁸ anota que “[...] a família contemporânea se construiu progressivamente como um espaço ‘privado’ onde os membros da família tem um interesse maior em estar juntos e em compartilhar a intimidade, estando cada vez mais sensíveis à qualidade de suas relações”. O autor ainda afirma acerca do crescimento do peso do fator afetivo na regulação das relações intrafamiliares, isto se dando ao mesmo tempo da progressiva separação entre o espaço público e o privado.

Já segundo Pierpaolo Donati⁷⁹, em relação às interações intrafamiliares ou ao modo de organização e sentido da família, “[...] emerge o conceito de ‘curso de vida’, e a família é definida como entrelaçamento de cursos de vidas individuais, de indivíduos que se agregam e se desagregam com maior contingência”.

Longe de querer tratar os fatos enunciados até aqui como uma forma de “evolução da família”, exatamente porque, conforme já dito, ela está em constante reorganização, o que se pretendeu até então foi demonstrar o caminho percorrido pela família para chegar à sua organização atual. Contudo, é necessário salientar que não se pode dizer que há um modelo único de interação familiar, como se cada época tivesse o seu. Só cabe afirmar acerca de certa predominância de um dado modelo de organização, assim influenciado pelas circunstâncias sociais que o cerca.

Conclui-se, então, considerando as circunstâncias acima citadas, que para a forma de organização familiar atualmente predominante – ao menos no ocidente, novamente segundo François de Singly⁸⁰, se prefere associar o termo *relacional*.

Já se foi o tempo em que os laços que derivavam das coisas primavam sobre aqueles entre as pessoas, tempo em que toda a organização familiar tinha por principal objetivo

⁷⁸ SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 31.

⁷⁹ DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI: abordagem relacional**. São Paulo: Paulinas, 2008. p. 63.

⁸⁰ SINGLY, François de. op. cit. p. 32.

manter, em si, os bens domésticos e onde todas as considerações pessoais pareciam secundárias ao lado daquelas.⁸¹

Na família relacional os liames parentais fincam-se menos na propriedade. As ‘coisas’ deixam de ser o aglutinador da sociedade doméstica cada vez mais, elevando as relações entre seus entes à condição central de mola propulsora do espírito da família. Não que a focalização nas pessoas e nas relações tenha suprimido as coisas, mas sim que as colocou em outro lugar.

Conquanto, ao passo em que ocorria a emancipação já citada, ocorria também a necessidade maior do trabalho, do estar fora de casa. Assim, aumentou a dificuldade de manutenção da família e houve uma “implosão do tempo”, no sentido de que diminuíram as oportunidades para a convivência e os cuidados familiares.

Desse modo, surgiu para a família contemporânea um primeiro dilema, referente à escassez de tempo. Já foi dito aqui que esta família se construiu progressivamente como espaço privado, priorizando a qualidade das relações e o estar junto, porém, o que ocorreu na sociedade é que o tempo para estas interações ficou escasso, sendo este um problema, posto que aponta para uma fragmentação. É diretamente desste dilema que nasce outra característica da família contemporânea. Como já dito, ela é relacional, mas é também *privada/pública*⁸², porque nas lacunas de tempo em que a convivência não é possível, quem assume papel de mediador é o Estado.

É como se o movimento de focalização nas pessoas, de autonomização da família em relação à parentela, à vizinhança, ao resto da sociedade, estivesse duplicado por uma lógica de grande dependência do Estado, onde a dependência entre as gerações tende a ser substituída por uma dada ‘solidariedade estatal’.⁸³

Além disso, afora o já propalado aumento da atuação do Estado no seio da família, concomitante ao crescimento da emancipação e da focalização nas pessoas, crescia também o individualismo. A pergunta inevitável então é a seguinte: como harmonizar o crescente individualismo com a necessidade coletiva da vida familiar? Essa mudança fez novamente repensar o conceito de família, do “estar em família”.

Esse crescimento do individualismo denota a redução da própria família, não no sentido de que existam menos famílias, mas de que elas são cada vez menos numerosas.

⁸¹ DURKHEIM, E. **La famille conjugale**. In. Revue Philosophique 1921. *Apud*. SINGLY, François de. Op. cit. p. 32.

⁸² SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 32.

⁸³ SINGLY, François de. loc. cit.

Transparecendo, inclusive, que o crescimento do individualismo e a redução do tamanho da família são causa e consequência de si mesmos.

Isso se deu na direção de que, se o sentido da família se voltava para a qualidade das relações, onde o espírito familiar era transmutado do foco nas coisas, para o foco nas pessoas, como fazê-lo numa vida doméstica numerosa? Nesse sentido François de Singly⁸⁴ diz que é possível afirmar que a focalização nas relações pessoais foi semelhante a uma certa redução da família.

Ademais, pode-se apontar ainda que a família contemporânea é também *individualista*⁸⁵, tanto significando colocar o indivíduo no centro, quanto significando o aumento da desagregação, numa acepção de redução do espaço do altruísmo, da reciprocidade e da gratuidade nas relações familiares, que conseqüentemente estimula a pluralidade das modulações familiares.

Para Pierpaolo Donati⁸⁶, a pluralidade de formações familiares verificada atualmente se dá exatamente pelo individualismo. Para ele, essas novas interações emergem como conexões típicas de estilos de vida caracterizados por orientações à individualização e à privatização das ligações interpessoais, traços da cultura e da estrutura social do mundo pós-moderno.

Não cabe aqui discutir acerca das causas e dos efeitos, benéficos ou não, dessa pluralização das formações familiares. O que interessa neste momento é mostrar que elas estão aí na sociedade e que o Direito deve considerá-las, até mesmo pelos efeitos sociais e jurídicos que elas acarretam. Considere-se o que escreve Ricardo Lucas Calderón⁸⁷:

Houve também o paulatino reconhecimento de outras entidades familiares – que possuem uma feição diversa da família tradicional de outrora. As relações entre seus membros no seio familiar também sofreram alterações e não se apresentam mais da mesma maneira que quando imperava a família como instituição (que revelava um viés hierárquico e por vezes autoritário). Esse novo contexto acabou por evidenciar a presença de uma pluralidade de formações familiares (monoparentais, simultâneas, multiparentalidade, procriações assistidas, inseminações pós-morte, uniões homoafetivas, entre outros) que passaram a ser vistas com normalidade.

Paralelamente se reconheceu que as relações familiares podem se configurar com diversos liames e não apenas como base em um ou outro modelo: laços biológicos,

⁸⁴ SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 34.

⁸⁵ SINGLY, François de. op. cit., p. 33.

⁸⁶ DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI: abordagem relacional**. São Paulo: Paulinas, 2008. p. 72.

⁸⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 10-11.

afetivos, registrai, jurídicos e matrimoniais desfilam lado a lado na multicolorida sociedade do novo milênio.

Salienta-se novamente que, longe de querer aprofundar nos motivos sociais que levaram a esta situação, o importante aqui é reconhecer o fato. Admitir que o individualismo pode gerar desagregação, enfraquecimento dos laços familiares. Nesse sentido, a salutar emancipação promovida pelo ideal moderno, ao tempo em que descambou para uma individualização das relações interpessoais, as transformou em relações mais fluidas. Esse fato impactou na família na direção de que também tornou mais líquidas suas relações.

Desse modo, os tempos contemporâneos se deparam com um conflito para as relações interpessoais, recaindo numa dificuldade para se encontrar uma identidade familiar. Interessando aqui tratar de como a família se organizou, está se organizando, ou vai se organizar para vivenciar a sociedade atual com todas as suas nuances. A esse respeito, François de Singly⁸⁸ exemplifica, na passagem a seguir:

A lógica afetiva que foi durante muito tempo externa à família e ao casamento (o mito do amor se construiu contra o casamento por interesse) terminou por entrar na instituição casamento. Durante o primeiro período da família contemporânea (até os anos 60), acreditamos que a fusão entre esses dois elementos seria durável. Ora, o peso das exigências por afeição foi progressivamente minando a instituição. No seu ensaio *L'amour et l'Occident*, Denis Rougemont teve a intuição, já em 1939, de que o verme do amor estava no fruto do casamento: “Se, então, nos casamos em razão de um romance, uma vez que ele tenha evaporado, é normal que logo no primeiro conflito de caráter ou de gosto, nos perguntemos: por que me casei? E não é menos natural que, obcecados pela propaganda universal do romance, logo de início admitimos estar apaixonados por outro. Assim, é perfeitamente lógico que decidamos divorciar-nos para buscar no novo ‘amor’, que conduz a um novo casamento, uma nova promessa de felicidade; as três palavras são assim sinônimas.

O caminho que se apresenta então é para a focalização no afeto, mas não só nele, e sim também na reciprocidade. Se o casal já não admite a força de antes, se as relações intergeracionais também estão enfraquecidas e se o mote da família contemporânea é a democratização das relações, como acomodar tantas circunstâncias?

A resposta é a seguinte: colocar o coletivo em favor do individual. Na família que começou a se desenhar no final da década de 60, mais precisamente a partir de 1968, e nomeada por François de Singly⁸⁹ de “família moderna 2”, ou “família da segunda

⁸⁸ SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 131.

⁸⁹ Ibid. p. 130.

modernidade”, a tendência é valorizar as relações que realizam as satisfações de cada um dos membros, a felicidade da família está em proporcionar a felicidade de cada um de seus entes.

Sendo assim, o ‘eu’ é mais importante do que o ‘nós’, mas ele não necessariamente propõe o desaparecimento do grupo familiar, isso porque, para a maioria, a vida solitária ainda é muito menos atrativa do que a convivência familiar e o compartilhar da vida. O individualismo contemporâneo desestabiliza a família, sem torná-la inútil.⁹⁰

Portanto, diante de tudo o quanto exposto, está apresentada a família contemporânea, que é mais democrática, porém mais individualista, que busca se pautar mais pela qualidade das relações, mas também é mais fluida.

Observa-se que, ao tempo em que aumentava a democracia familiar e se emancipavam seus entes, o foco saía das coisas para as relações. Ocorre que a busca desenfreada por tal emancipação recaiu, de um modo geral, num individualismo. O distanciamento gerado pelo autoritarismo foi combatido, mas com disputa, o que também gerou um distanciamento.

Esse individualismo tem sua faceta positiva, e isso não se pode discutir, porém admite também um lado não tão positivo, que é a fragmentação, ao ponto de cada ente familiar viver seu universo particular, e a família se tornar um coletivo em favor das individualidades, mas com risco de completo afastamento, de total desinteresse pelo outro.

Para traçar um paralelo com o que fora tratado no capítulo anterior, onde se apresentou o afeto como categoria epistêmica importante a oxigenar a razão, o mesmo se deseja demonstrar quanto às relações familiares.

Se nas ciências a aplicação do afeto significa uma abertura à emoção, na tentativa de quebrar o engessamento que a razão e as respostas científicas, nos seus vieses iluminista-modernos, assumiram, assim, também o foi para as relações de família. Os laços afetivos, o foco nas mediações e a subjetivação tanto influenciaram quanto foram influenciados pela democratização das vinculações domésticas.

Noutro quadrante, se a razão sozinha e instrumentalizada trouxe a frieza às relações humanas, tornando o homem distante de si mesmo e de seus próximos, a emoção sozinha também tem seus efeitos nocivos, como a mistificação da vida. Nesse sentido, a proposta tratada anteriormente era de junção e equilíbrio desses dois fatores.

⁹⁰ SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 132.

Assim também se propõe para as relações familiares, se o afeto pode reaproximar a razão de si mesma, suscitando que esta continue a se testar, ele também pode ser responsável por aproximar os entes familiares e estimular a melhoria nas relações. Em um primeiro momento, a emancipação dos entes familiares foi salutar enquanto combatia o autoritarismo desmotivado, assim como o ideal racional combateu a imposição do Teocentrismo e da ética do pecado que ganharam força em tempos místicos.

No entanto, do mesmo modo que a razão, ao se encastelar e perder a capacidade de questionamento se afastou de seu objetivo, também assim pode ocorrer com a família caso ela se coloque apenas individualismo e não se preocupe com a constante melhoria das relações, buscando um equilíbrio entre o indivíduo e a coletividade familiar.

Longe de querer vaticinar a destruição da família, mas entendendo que as relações familiares atuais podem admitir uma fluidez natural, até certo ponto é bom que seja assim. Atualmente, não cabe mais uma dogmatização da vida, tudo aquilo que se coloca como absoluto é prontamente contestado e refutado, seja nas ciências, seja na família. Os papéis familiares não são mais fruto de convenções e imposições.

Ulrich Beck⁹¹ parece afirmar que a família se tornou, devido a esta fluidez, uma ilusão, alimentada pelo Estado e pela sociologia, onde emergem “aglomerados difusos de folhas soltas compostas por indivíduos”.

Para François de Singly⁹², essa percepção está errada. Ele entende que a valorização de certa fluidez, de certa flexibilidade e do princípio da eleição não tem por consequência a desvalorização da durabilidade e da solidez. Afirma, ainda, que a durabilidade e a solidez também são desejadas pela grande maioria dos indivíduos, com a condição de que a sua existência não esteja atrelada à institucionalização matrimonial, mas que elas sejam reflexo de uma qualidade relacional.

Por conseguinte, guiar as relações pelo afeto é cada vez mais presente e necessário. O foco no liame familiar afetivo ganha progressivo protagonismo na vida das famílias, exatamente em uma tentativa de harmonizar as necessidades coletivas da família, com as necessidades individuais de seus entes. Assim como considerado em relação à epistemologia das ciências, também para as famílias o afeto seria um mediador. Colabora, também, com essa

⁹¹ BECK, Ulrich. *Le conflit des deux modernités et la question de la disparition des solidarités*. Lien Social et Politique, 1998. apud. SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 175.

⁹² SINGLY, François de. loc. cit.

construção Pietro Perlinger⁹³ quando diz que: “[...] a *affectio constante e espontânea* exerce cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”. (Grifo nosso).

Desse modo, diante de tudo até agora apresentado, resta demonstrada a mudança nas relações de família. Transição esta que culminou na possibilidade de se admitir o afeto como liame parental. No tópico que se segue tratar-se-á do papel do afeto como promotor de uma vinculação que chega a configurar parentesco.

3.2 O afeto como criador de vínculos e impulsionador das condições para a formação do parentesco social

O que se tentou expor no tópico anterior foi exatamente a mudança das relações de família, para evidenciar que a possibilidade jurídica de vinculação de parentesco pelo afeto vem na esteira do contexto de democratização das relações familiares. Acerca desse tema, Ricardo Calderón⁹⁴ assevera o seguinte: “a afetividade passa a ser elemento presente em diversas relações familiares contemporâneas, sendo cada vez mais percebida tanto pelo direito como pelas outras ciências humanas”.

Se a democratização da família reclamava uma convivência mais verdadeira, que não a biológica obrigatória, seria natural que o afeto, como elemento a promover o respeito às individualidades do outro, assumisse o papel de aglutinador familiar. Assim, o argumento do “amor verdadeiro” fora inicialmente utilizado para reforçar o já existente vínculo biológico, mas, em um segundo momento deparou-se com situações em que, não havendo o parentesco consanguíneo, o laço de amor era de tal monta, que se assemelhava ao ligame primeiro.

Em verdade, a aproximação derivada do amor é fruto também da convivência e, diverso do que se pode pensar, ela já existia há tempos, porém era tratada anteriormente apenas como agregação, muitas vezes proveniente de relações de prestação de serviços. Em meio a esse contexto, a pergunta que surge é a seguinte, como é possível o parentesco socioafetivo? A resposta a esse questionamento deriva do entendimento de que as vinculações parentais não surgem com o nascimento, mas com as relações construídas e lapidadas na constância da convivência, coexistindo estas com as ligações genéticas.

⁹³ PERLINGERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 244.

⁹⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 11.

Claude Lévi-Strauss⁹⁵ em sua obra “As Estruturas Elementares do Parentesco” já observava o fenômeno da *desnaturalização da família*, inserindo-a no campo cultural e compreendendo o parentesco como um laço social, desligado do fato biológico. Assim, a família deixa sua índole natural, assumindo uma nova fisionomia, fabricada em manifestações culturais.

Foi demonstrado, nesse tópico, que as famílias caminham para uma focalização nas pessoas e nas relações, crescendo o espaço do afeto entre seus entes, em uma tentativa de melhorar a convivência. Agora, tentar-se-á demonstrar como o afeto pode ser o elemento que cria as condições para a formação do parentesco social.

3.2.1 Da viabilidade do parentesco socioafetivo

Neste tópico será analisado a viabilidade de o afeto e a convivência serem capazes de gerar um vínculo tão forte a ponto se equivaler a um vínculo parental. Aprofundando se demonstrará que, em verdade, é mesmo o afeto e a convivência que garantem a formação da parentalidade, e que o liame biológico diz apenas acerca da procriação.

João Batista Villela⁹⁶ informa o seguinte:

Note-se, entretanto, que a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Aqui, o fato da natureza é dado por uma relação de causalidade material: a fecundação e seus necessários desdobramentos. É bem verdade que esse fato, enquanto tal, não está subtraído à vontade humana, que decide, afinal, de sua ocorrência ou não. Tanto mais evidente se torna assim, de resto, a linha demarcatória entre o que é fato do homem e fato da natureza. O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento da pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu radical acolhimento à sua absoluta rejeição. Insista-se, porém: a linha de fenômenos que vai desde a concepção até o nascimento não tem característica propriamente humana, no rigoroso sentido do termo, isto é, não constitui manifestação de liberdade.

Os ensinamentos de João Batista Villela denotam desde o início que a parentalidade está ligada antes a um fato cultural, que a um fato natural. Isso porque, segundo ele, há que se considerar uma diferença entre procriação e paternidade. Mesmo que seja expressão da

⁹⁵ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementais de parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.

⁹⁶ VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Nº21. Belo Horizonte. 1979. p. 401.

vontade o ato de procriar, ou, nas palavras do autor, “acionar os mecanismos da natureza”, não é automático o comportamento paternal após o nascimento, demonstrando a disjunção entre natureza e cultura.

Se assim não fosse, não se observaria tantos casos em que, à guisa de exemplo, ocorre ‘adoção à brasileira’ – quando um homem ou uma mulher registram, como se fossem seus, filhos que biologicamente não o são – e a criança passa uma vida sem saber a verdade biológica, acreditando ser filha daquele pai ou mãe, e sendo de fato.

Nesse sentido, conclui-se que ser pai ou mãe não está tanto no fato de gerar, mas sim nas circunstâncias de amar e servir. O cerne da parentalidade é antes o amor, a convivência e o cuidado do que qualquer outra coisa, identificando-se aqui, desde já, a necessidade do serviço na construção da vida familiar. Nas palavras de João Batista Villela⁹⁷, mais especificamente, em uma bela metáfora que o autor utiliza para ilustrar o tema:

Veja-se a célebre sentença de SALOMÃO. Que fez o sábio magistrado para dirimir o conflito das duas mulheres, que se dizendo, cada uma, ser a mãe, pretendiam a guarda da criança? Não recorreu a qualquer critério de natureza biológico. Nada que, sequer de longe, recordasse os sofisticados exames que um juiz tem hoje à disposição. Simplesmente pôs à prova o amor à criança por parte das querelantes. Sua capacidade de renúncia em favor do filho. O dom de si mesmas. Não buscou o lúcido filho de DAVI assentar a verdade biológica, senão, antes, surpreender a capacidade afetiva. Ou seja: fundou-se em nada menos do que naquilo que, em linguagem de hoje, se identifica na Alemanha por *Kindeswohl* e na América do Norte por *the best interest of the child*.

A parentalidade biológica se apresenta estática e determinista. Por vezes, se tomada apenas como obrigação e fatalidade, pode gerar o afastamento e a desagregação. Desse modo, é imperioso entender que a paternidade e a maternidade dependem da relação, da vida comum. Pensando assim, havendo forte vínculo afetivo prolongado no tempo, convivência e cuidado recíproco, que fortalecem a vinculação afetiva, porque não se admitir um parentesco socioafetivo?

Pelas palavras de João Batista Villela, se verifica que a parentalidade é antes de tudo uma construção. O apelo à transcendência do conteúdo biológico da paternidade se manifesta também, sutil e expressivo, quando os liames do sangue parecem insuficientes a assumir um

⁹⁷ VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. N°21. Belo Horizonte. 1979. p. 408.

relacionamento mais profundo entre pais e filhos, caráter este que resta desligado da vida familiar atual.

Se viajarmos a um estágio onde os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, estarão lançadas as raízes do mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o dom de si mesmo.⁹⁸

Ao imaginar uma questão atual, propõe-se a reflexão acerca do seguinte caso fictício, mas plausível na sociedade contemporânea: com as diversas possibilidades atuais de procriação, uma mulher opta por uma gravidez independente, acessando um banco de sêmen e realizando a inseminação com o material genético por ela escolhido. Durante a gravidez conhece um homem, pelo qual se apaixona e se casa, ele sabendo e aceitando as circunstâncias. Pela regra da parentalidade biológica este homem não é o pai da criança, de modo que não constaria seu nome na certidão de nascimento da mesma. Ocorre que, frutifica entre eles um enorme afeto, que foi fruto e alimento da convivência, fazendo nascer um vínculo forte e próximo, havendo de ambas as partes afeto e cuidado recíprocos. Pergunta-se, portanto, a ligação entre ambos é ou não é parental?

Parece indesviável a noção de que a paternidade aí foi construída, que surgiu da confluência do amor e da relação. A conclusão a que se chega é de que, sem dúvida, a paternidade é também ou exclusivamente um fato social, fazendo ironicamente perceber o tamanho da importância de se planejar a procriação. Em consonância com esse posicionamento, faz-se salutar outra passagem de João Batista Villela⁹⁹:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Tanto mais quanto é certo que esse movimento evolutivo, transportando a família de uma idade institucionalista para uma idade eudemonista, ocorre em período de extraordinária floração da tecnologia biomédica. O controle da natalidade, tornado possível graças ao melhor conhecimento da fisiologia da reprodução, permitiu separar a atividade sexual do fenômeno procriativo. O impacto dessa ruptura sobre as ciências do comportamento talvez só encontre equivalente, dentro da cultura contemporânea, ao produzido pela fissão nuclear nas ciências da natureza.

⁹⁸ VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Nº21. Belo Horizonte. 1979. p. 413.

⁹⁹ VILLELA, João Batista. op. cit. p. 412-413.

Diante de tudo o quanto exposto, demonstrando que a parentalidade é também ou exclusivamente um fato cultural, que nasce do convívio e da relação, e que é construído, com vistas a ajudar na formação da personalidade e na promoção da felicidade, conclui-se pela viabilidade social do liame parental socioafetivo, exatamente porque deriva e preenche essas condições.

Contudo, além de ser viável do ponto de vista sociocultural, é possível analisar o parentesco socioafetivo também quanto a sua viabilidade psicológica, uma vez que o processo de afeição passa muito pelo desenvolvimento de mecanismos psíquicos. Corroborando com este entendimento, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰⁰ afirma que “a família é também uma estrutura psíquica que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na *polis*”.

Sem qualquer pretensão de querer que seja terminativa esta abordagem psicológica aproveita-se a oportunidade para trazer aqui os ensinamentos de John Bowlby (1907 – 1990), que desenvolveu dentro da Psicologia, a Teoria do Apego, que ajuda a demonstrar a importância da construção dos vínculos e como isto ocorre.

Esse pensador ensina que o ‘comportamento de apego’ é considerado uma classe de comportamento social de importância equivalente à do comportamento de acasalamento e do parental, sustentando que este tenha uma função biológica. Há que salientar, sobretudo, que o apego não é tratado como um sentimento, como por exemplo, o de afeição. Para o referido autor, o comportamento de apego é visto como aquilo que ocorre quando são ativados certos sistemas comportamentais, independentemente, portanto, em seu processo íntimo na mente, da expressão da vontade.¹⁰¹

John Bowlby se baseia na teoria do comportamento instintivo, propondo que o vínculo da criança com a mãe é produto da atividade dos ‘sistemas comportamentais’ que tem a proximidade com a mãe como resultado previsível. Afirma ainda o autor que até os três anos esses sistemas continuam sendo facilmente ativados, daí em diante a ativação, não voluntária é válido ressaltar, passa a ocorrer com menos facilidade. Já na adolescência e na fase adulta pode acontecer até mesmo uma mudança das figuras para quem o comportamento é dirigido.¹⁰²

¹⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 35.

¹⁰¹ BOWLBY, John. **Apego e perda: apego**. V. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 222.

¹⁰² Ibid. p. 221.

A partir dos conhecimentos trazidos por John Bowlby, aqui brevemente apresentados, pode-se perceber que o apego é desenvolvido pelos sistemas de comportamentos mentais, que são ativados pela convivência. Isto se percebe quando, em trabalhos desenvolvidos com crianças, o estudioso constata, sobretudo no contexto parental, os efeitos nocivos das experiências interpessoais insatisfatórias, como por exemplo: o abandono; a ausência de pessoas significativas durante o desenvolvimento da criança, de cuidados prestados; entre outros, apontando que esses fatores são determinantes para a construção do apego e o desenvolvimento da personalidade.

Desse modo, a teoria de John Bowlby corrobora o entendimento de que a parentalidade não é um fato natural e que diverge da procriação, posto que, segundo ele, o apego necessita de ativação, não vem já ativado. O autor afirma que os próprios sistemas comportamentais se desenvolvem como resultado da interação com o meio ambiente de adaptabilidade evolutiva e, em especial, da interação com a principal figura nesse meio ambiente, ou seja, a mãe.¹⁰³

Porém, não é somente a mãe que pode ser considerada a figura principal de apego, podendo-se incluir também o pai e outras pessoas como figuras possíveis para exercerem essa função primordial no desenvolvimento dos vínculos afetivos e conseqüentemente o desenvolvimento da personalidade e da parentalidade.

Existe no bebê humano uma característica instintiva que vai além da necessidade de alimentação e conforto, mas que é tão primária quanto estas, que é o apego. Apego é o laço afetivo estabelecido entre o bebê e uma determinada pessoa com a intenção de se manter seguro, que dura todo o ciclo vital e influencia a formação da personalidade.¹⁰⁴

A vinculação, entre bebê e figura de apego, reafirma-se, é um produto de sistemas comportamentais que buscam a proximidade desta figura como resultado previsível. Para John Bowlby¹⁰⁵:

na maioria das crianças, o conjunto integrado de sistemas comportamentais envolvidos é facilmente ativado, especialmente e inicialmente pela mãe”. Porém, com as palavras do referido autor, “nos seres humanos, pode ser igualmente dirigido para algumas outras pessoas.

¹⁰³ BOWLBY, John. **Apego e perda: apego**. V. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 222.

¹⁰⁴ CHALHUB, Anderson Almeida. **Padrões comportamentais maternos e desenvolvimento cognitivo de pré-escolares em contexto urbano pobre**. 2004. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2004.

¹⁰⁵ BOWLBY, John. Op. cit. p. 225.

Diante do entendimento acima, fica claro o funcionamento do comportamento de apego, sendo válido ressaltar que a “mãe” referida não se restringe à mãe biológica, mas a qualquer pessoa que disponibilize cuidados maternos à criança. Verifica-se, desse modo que, também sobre um ponto de vista psicológico, o parentesco socioafetivo é viável.

Nessa seção, foi possível constatar que a relação biológica e cultural são igualmente importantes no processo de relação e parentesco. A seguir, se apresentará a seguir de que modo a relação derivada do afeto ganha força no dia a dia da convivência, chegando a travestir-se na verdadeira e mais importante modalidade de parentesco.

3.3 Notas sobre a Dádiva e o cuidado na formação do parentesco socioafetivo – fortalecendo o que pode ser fluido

Em um tempo de individualização, relações efêmeras e mercantilização da vida, a Dádiva caminha em sentido contrário, buscando afirmar os valores da reciprocidade. A Dádiva é o ato ou efeito de dar espontaneamente algo de valor, material ou não, a alguém. Portanto, é importante anotar que a Dádiva presume uma espontaneidade e o objeto dadivoso não necessariamente é material. Desse modo, como se observa da própria conceituação, as trocas dadivosas estimulam a reciprocidade.

Jacques Godbout¹⁰⁶ corrobora as palavras acima, na seguinte afirmação: “a dádiva serve, antes de mais nada, para estabelecer relações e uma relação sem esperança de retorno (por parte daquele a quem damos ou de outra pessoa que o venha a substituir), uma relação de sentido único e gratuita nesse sentido”. Assim, diante de sua espontaneidade/gratuidade, a Dádiva não gera a obrigatoriedade de retribuição e também não é feita neste intuito, justamente, para que não se mercantilize e abra espaço para relações rasas. As trocas dadivosas se pretendem criadoras de laços que vão além da frieza obrigacional do mercado.

Novamente de acordo Jacques Godbout¹⁰⁷, a Dádiva existe para criar, recriar e/ou manter relações. Estas relações podem acontecer por meio de bens e serviços cujo valor financeiro não é e não deve ser contabilizado e que, necessariamente, resultam em uma obrigação desobrigada, baseada na convivência entre as pessoas.

¹⁰⁶ GODBOUT, Jacques. **O espírito da dádiva**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 16.

¹⁰⁷ Ibid. p. 21.

Visto que já fora mencionado acerca da gratuidade da Dádiva, pode parecer contrassenso dizer que ela resulta em uma obrigação. Contudo, a obrigação nesse caso é no sentido de reciprocidade, não no sentido de jurídico-mercadológico, de modo a resguardar a espontaneidade do ato, elevando a sinceridade e a voluntariedade da retribuição e, sobretudo, afirmando e aprofundando a relação.

Nesse sentido, se o afeto, alçado a laço integrador das relações familiares, procura trazer a convivência verdadeira, harmoniosa e democrática para o seio destas relações, é luminar compreender que, nestas novas facetas de concepção da vida familiar calcadas no afeto, a tentativa real é a de fazer a Dádiva presente neste contexto.

Por isso que se reservou este tópico para vislumbrar a presença da Dádiva nos requisitos de existência do parentesco socioafetivo. Assim, deve-se reconhecer que as relações dadivosas têm que assumir papel relevante também no contexto dos contemporâneos núcleos familiares de parentesco biológico, sob pena da mercantilização das relações ceifar a espontaneidade na vida familiar em geral.

Buscar-se-á aqui, portanto, demonstrar a presença e a importância da Dádiva nos requisitos de existência do parentesco socioafetivo. Posto que não apenas o amor deve configurar o mencionado parentesco e, também, porque nem só de amor se constrói uma família, mas também de obrigação, uma obrigação de reciprocidade, de gratidão e de cuidado.

Para além do inequívoco vínculo afetivo, a configuração da parentela por socioafetividade exige também a convivência sólida, harmoniosa e duradoura. É exatamente neste quadrante que a Dádiva se encaixa, como impulsionadora e mantenedora desta convivência, através da reciprocidade e estímulo ao cuidado que impõe, podendo se arriscar a dizer que, se no parentesco socioafetivo não é nem o Estado, nem o mercado que promove a relação, a promotora por excelência deste parentesco é a própria Dádiva.

No próximo tópico se iniciará a demonstração de como a Dádiva e o Cuidado estão presentes nos requisitos jurídicos para a configuração do parentesco socioafetivo.

3.3.1 Introdução sobre os requisitos jurídicos de existência da família socioafetiva

Neste tópico serão mencionados os requisitos para a configuração da família socioafetiva apenas a título de introdução. É imprescindível abordar este tema aqui, ante a

necessidade de analisar a atuação da Dádiva no âmago da formação dessa modalidade parental. Grifa-se que a explanação neste instante não se pretende tão profunda e será feita vinculada à análise da atuação da Dádiva, na forma que segue.

Compreende-se por requisitos de existência da parentalidade socioafetiva, estabelecidos na doutrina jurídica pátria, três distintos atributos, são eles: o laço de afetividade; a convivência e a solidez do vínculo, através da reciprocidade; e da solidariedade.¹⁰⁸ Esses três requisitos se complementam, posto que, entendendo ser importante e primordial o laço de afeto, sabe-se que ele sozinho não é capaz de determinar parentesco e, para que chegue a tal, o referido laço deve se consubstanciar, o que se dá com a convivência e tudo que ela traz e representa.

Em sequência a esse pensamento, o terceiro requisito seria uma consequência da união dos outros dois, ou seja, se existe afeto somado à convivência, existe o pavimento para a formação e exteriorização do sólido vínculo afetivo através do tempo. Ou seja, o afeto funda a aproximação, a convivência a alicerça e testa e o resultado dessa conjuntura é a solidez da vinculação, só assim poderá se considerar concretizado o parentesco socioafetivo.

Para Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf¹⁰⁹, a afetividade é “[...] a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido”, demonstrando que o afeto é o liame, mas que a sua mera presença não configura a relação de parentesco. (Grifo nosso). Portanto, depreende-se destas ideias que o afeto é o promotor inicial, é o liame, é ele que faz surgir a vontade de conviver, porém, nota-se também que ele sozinho não parece eficaz para a consolidação de uma relação familiar. Se assim fosse, qualquer relação em que houvesse afeição poderia ser considerada como parentesco, o que é um tanto arriscado, posto que família não é uma mera relação de amizade.

Conforme assevera Jacques Godbout¹¹⁰, dissertando acerca da harmonização entre liberdade individual (esta cada vez mais crescente e presente na família) e vínculo familiar, que há na família a característica da *incondicionalidade*. Desse modo, se uma relação livre como a de amizade não é incondicional, ela não pode substituir a família.

Percebe-se, então, que a família está para além de apenas o amor, se assim o fosse, uma mera relação de amizade poderia substituí-la, mas as relações familiares admitem uma

¹⁰⁸ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014. passim.

¹⁰⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Direito das família: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18.

¹¹⁰ GODBOUT, Jacques. *O espírito da dádiva*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. passim.

incondicionalidade. Se no parentesco biológico essa incondicionalidade é anterior, natural e vinculada, no parentesco socioafetivo ela se constrói com a relação, estimulada também pelas trocas dadasivas.

Silvana Maria Carbonera¹¹¹ afirma: “[...] uma família harmônica se constrói na confluência de amor, indivíduo e relação”, esse posicionamento ajuda a entender que para além do amor, é preciso, na construção familiar, o relacionamento, aqui fazendo o papel da convivência.

Desse modo, baseado na ideia supracitada, em que o afeto sozinho não é bastante para a formação do parentesco, é que começam os estudos de como se daria esta formação, chegando-se à conclusão da necessidade também um labor para que ocorra a materialização da parentalidade.

Exatamente por esse fator que a convivência entra como requisito de existência da parentalidade afetiva, porque é nela que se coloca à prova a afeição. Se é na convivência onde se testará o afeto, será nela que se desenvolverá as relações de família entre os indivíduos que não possuem um vínculo biológico entre si.

A construção de uma convivência estreita exigirá dos entes familiares mútuo esforço em diversos sentidos, uma vez que apenas o afeto não é capaz de caracterizar o parentesco socioafetivo. Nesse sentido, e corroborando com o entendimento que aqui se busca construir, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando afirmou no julgado infra-cologado que: “[...] a relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de *solidariedade* entre pessoas geneticamente estranhas”.

Apelação. Negatória de paternidade. Anulação do reconhecimento de filho. Vício de vontade não comprovado. Irrevogabilidade. Paternidade socioafetiva configurada. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretroatável, e não cede diante de inexistência de vínculo biológico, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para desconstituir o vínculo voluntariamente assumido. 2. A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do art. 1593 do Código Civil. Precedentes. Negaram provimento. Unânime. (TJRS; AC 8805-49.2011.8.21.7000; Sobradinho; Oitava

¹¹¹ CARBONERA, Silvana Maria. Reserva de intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 apud CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

Câmara Cível; Rel. Dês. Luiz Felipe Brasil Santos; j. 7.4.2011; DJERS 18.4.2011).¹¹²

Portanto, observa-se que o cuidado, a solidariedade e a atenção constante são alguns dos fatores importantes para a convivência, e por consequência, para a formação da parentalidade socioafetiva. Estes fatores, estando presentes no requisito da convivência, colaboram para que esta seja forte de modo a facilitar a configuração do sólido vínculo afetivo e até mesmo conferindo-lhe esta solidez. Se não houver reciprocidade e solidariedade, não haverá cuidado, porque, se assim for, a tendência é o afastamento, a individualização, o desafeto, o que culmina no esfacelamento das relações familiares e das relações em geral, que aqui não serão tratadas.

Demonstrada a importância da reciprocidade dentro dos requisitos de configuração da parentalidade socioafetiva, sobretudo no âmbito do requisito da convivência, que aponta diretamente para a formação do sólido vínculo afetivo, parte-se então para a tentativa de revelar como a Dádiva pode ajudar nesse percurso.

A Dádiva em seu operar gera reciprocidade e estimula a solidariedade que, por seu turno, estimulará o cuidado, fortalecendo assim o vínculo de afeto e colaborando para a configuração da parentalidade socioafetiva, pois quanto mais sólido é o vínculo afetivo, mais facilmente se vislumbra o parentesco.

Após explicitar a maneira como a Dádiva opera, daqui em diante buscar-se-á explicar como a Dádiva poderá atuar no auxílio da construção da convivência familiar afetiva, de modo que, se assim for, estará auxiliando também na afirmação do parentesco socioafetivo.

3.3.2 A Dádiva como fortalecedora da convivência e afirmadora do afeto

Marcos Lanna¹¹³, estudando o *Ensaio sobre a Dádiva*, de Marcel Mauss, afirma que “[...] há um fio condutor no **Ensaio**: a noção de aliança”. Apenas com esta noção e também considerando o que já foi abordado sobre a Dádiva, prontamente se pode perceber que ela se correlaciona com a formação do parentesco socioafetivo, pois este também pressupõe uma

¹¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70040760118/RS**. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 07 de abril de 2011.

¹¹³ LANNA, Marcos. Notas sobre Marcel Mauss e o ensaio sobre a dádiva. In: **Revista de Sociologia Política**, Curitiba. Nº 14. 2000. p. 175.

aliança, que neste caso não provem da consanguinidade. O pensador continua a explicar, nas seguintes palavras:¹¹⁴

Ora, o argumento central do Ensaio é de que a dádiva produz a aliança, tanto as alianças matrimoniais como as políticas (trocas entre chefes ou diferentes camadas sociais), religiosas (como nos sacrifícios, entendidos como um modo de relacionamento com os deuses), econômicas, jurídicas e diplomáticas (incluindo-se aqui as relações pessoais de hospitalidade). Posteriormente, as pesquisas de inúmeros antropólogos revelaram a amplitude – já intuída por Mauss – das noções de dádiva e de aliança. Entre eles, Lévi-Strauss (1949) fez dessas noções o fundamento das estruturas elementares do parentesco.

Observa-se na citação acima, de modo a ratificar a conexão da Dádiva com as relações de parentesco, que Lévi-Strauss pesquisando sobre o tema, já em 1949, fez das noções de aliança e Dádiva o fundamento das estruturas elementares do parentesco. Portanto, se para a existência do parentesco socioafetivo, é necessário estar presente um sólido vínculo de afeto, construído na convivência, que deve buscar o estreitamento, é nítido que esta existência presume uma aliança.

Para começar a convivência é necessário um prévio afeto, mas a solidificação do vínculo afetivo se dá no âmbito relacional do convívio. É na convivência duradoura que o vínculo se solidificará, portanto, é nela que reside a chave para a configuração de um parentesco que é construído, diverso do que ocorre com o biológico.

A Dádiva, desse modo, operacionaliza a solidificação do vínculo afetivo, no sentido de que ela desenvolve a reciprocidade que, por seu turno, estimula a solidariedade e o cuidado, de modo que a proximidade na convivência tenda a aumentar, formando por consequência a solidificação do vínculo. Em meio a esse contexto, a pergunta que surge é a seguinte: como a Dádiva operacionalizará a solidificação do vínculo afetivo através da melhoria na convivência?

A resposta está no cuidado, no ato de responsabilizar-se e dedicar-se ao parente e à instituição familiar. Entregar, receber e retribuir cuidados, de um modo que a convivência entre num ciclo virtuoso de reciprocidade. Marcos Lanna¹¹⁵ propõe uma reflexão esclarecedora a esse respeito:

¹¹⁴ LANNA, Marcos. Notas sobre Marcel Mauss e o ensaio sobre a dádiva. In: **Revista de Sociologia Política**, Curitiba. Nº 14. 2000. p. 175.

¹¹⁵ LANNA, Marcos. loc. cit.

Voltando à tese principal do Ensaio: nele se postula um entendimento da constituição da vida social por um constante ‘dar-e-receber’. Mostra ainda como, universalmente, dar e retribuir são obrigações, mas organizadas de modo particular em cada caso. Daí a importância de entendermos como as trocas são concebidas e praticadas nos diferentes tempos e lugares, de fato que elas podem tomar formas variadas, da retribuição pessoal [...].

Nas relações familiares o que se considera objeto das trocas dadivosas é o cuidado, entendido aqui como toda atenção devotada ao outro na pretensa relação de parentesco. Em consonância com Jacques Godbout, Marcos Lanna¹¹⁶ assevera: “[...] Mauss já definia a dádiva de modo amplo. Ela inclui não só presentes como também visitas, festas, comunhões, esmolas, heranças, um sem-número de ‘prestações’”.

A posição de Nilson José Machado também ajuda a explicar a inclusão do cuidado como objeto dadivoso, corroborando o entendimento que aqui se segue acerca do sentido dado ao termo Dádiva. Explica o referido autor¹¹⁷:

Utilizaremos a palavra — dádiva —, significando tudo o que circula na sociedade e que não está ligado ao mercado, nem ao sistema distributivo do Estado, nem à violência física que o roubo, por exemplo, representa. Em resumo, tudo o que circula em nome do laço social.

Portanto, pode-se concluir que, através das trocas dadivosas de cuidado, onde a reciprocidade se apresenta, tendo por consequência o aumento da voluntariedade das trocas e a diminuição da sua obrigatoriedade jurídico-mercadológica, a relação se torna cada vez mais próxima, melhorando a convivência e aumentando a cumplicidade.¹¹⁸ Partindo dessa premissa, ocorrerá também o fortalecimento do vínculo afetivo e desse modo resta nítida a contribuição da Dádiva para a formação do parentesco socioafetivo. Assim, a Dádiva ajuda a responsabilizar o convívio, exatamente porque estreita os laços através da solidariedade, tendo por consequência o aumento da solidez do vínculo afetivo. Para melhor entendimento, são importantes os ensinamentos de Jacques Godbout¹¹⁹:

¹¹⁶ LANNA, Marcos. Notas sobre Marcel Mauss e o ensaio sobre a dádiva. In: **Revista de Sociologia Política**, Curitiba. Nº 14. 2000. p. 175.

¹¹⁷ MACHADO, Nilson José. Notas para uma antropologia da dádiva. In: **Conhecimento e Valor**. São Paulo: Moderna, 2004. p. 38.

¹¹⁸ GODBOUT, Jacques. **O espírito da dádiva**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 70.

¹¹⁹ Ibid. p. 71.

A família se fundamenta ela própria numa dádiva, na criação de um vínculo de dádiva; a união de dois estranhos para formar o núcleo daquilo que será o lugar menos estranho, o lugar da própria definição do que é estranho: a família. 'Não é exagero dizer que a lei da exogamia é o arquétipo de todas as outras relações que tem como base a reciprocidade' (Lévi-Strauss, 1967: 551). Esse encontro entre dois estranhos que produz o núcleo da família é o 'centro' incontornável da relação de dádiva, o ponto onde explode toda tipologia, o impensado do vínculo social, e não apenas biológico, como no vínculo entre pai e filho. A transmutação de um estranho em familiar é o fenômeno básico da dádiva, que permite em seguida a reciprocidade [...].

Resta claro, portanto, que a Dádiva é elemento essencial para as relações familiares. Contudo, se nas relações biológicas de parentesco ela atua na integração dos laços formados pela consanguinidade, nas relações de parentalidade socioafetiva a Dádiva participa da própria formação do parentesco.

Se no vínculo biológico há uma dada incondicionalidade de parentesco, ou seja, uma obrigatoriedade natural, na parentalidade socioafetiva essa obrigatoriedade é construída, é concomitante, já nascendo reciprocidade. Desse modo, o parentesco socioafetivo só se configura em caso de haver a recíproca convivência.

Enquanto no parentesco consanguíneo a reciprocidade não é certeza, podendo vir a surgir, no parentesco socioafetivo ela é a própria razão de existir, é a condição *sine qua non*, sendo a Dádiva sua mola propulsora. Então, se a parentalidade socioafetiva tem por requisito de existência a convivência recíproca e duradoura, com intuito de solidificar o vínculo de afeto, é a Dádiva, através do seu estímulo à reciprocidade e à solidariedade nas trocas dadas, que instrumentaliza a afirmação dos requisitos de existência e, conseqüentemente, o próprio parentesco.

A Dádiva é, portanto, o próprio instrumento para solidificar uma relação que é entendida naturalmente como fluida. É ela que pode proteger e pavimentar a afeição, transportando-a a outro patamar, qual seja o de relação familiar e de parentesco, criando e estimulando a incondicionalidade, característica familiar já mencionada anteriormente.

Assim, resta aqui demonstrado que a Dádiva age na própria formação do parentesco socioafetivo, dentro de seus requisitos de existência, contrária ao que ocorre nos vínculos de parentela biológica, na qual a Dádiva atua como afirmadora das relações familiares já existentes. Nesse contexto, conclui-se então ressaltando a importância da Dádiva como esteio das relações familiares. As trocas dadas, ocorridas voluntariamente, criam um cenário que favorece a criação ou afirmação da parentalidade.

Conforme exposto, os requisitos de existência do parentesco socioafetivo são importantes, exatamente porque impõem à configuração deste parentesco, regras que vão para além de um mero laço afetivo. Assim, para que a parentalidade socioafetiva seja reconhecida o afeto deve ser posto a prova no seio convivência.

Entende-se que o melhor meio, pelo qual, no âmbito do referido convívio, floresça um sólido vínculo afetivo, é pela Dádiva. Posto que, ela estimula a reciprocidade, que estimula a solidariedade, que estimula o cuidado. Se tudo isso, prestado voluntariamente e assim também retribuído, for vislumbrado num caso concreto, a tendência é que o parentesco esteja ali configurado sólido e límpido.

Nessa seção foi evidenciado que a Dádiva é importante fator de consolidação dos laços afetivos, ajudando a transformar esses laços em uma relação mais coesa que se equipara à de parentesco, e realmente é. A seguir será abordado como a ética do cuidado atua nesse mesmo sentido.

3.4 A ética do cuidado e a permanência da família

Leonardo Boff distingue duas dimensões do cuidado, a ontológica e a afetiva-antropológica. Segundo ele, em sua dimensão ontológica, “o cuidado é condicionador prévio de tudo o que existe e o norteador antecipado de toda prática. Sem o cuidado prévio o ser não irrompe, a inteligência não se abre e a liberdade não se exercita”.¹²⁰ Sendo assim, sem o cuidado, a prática deixa de ser consciente e, por isso, humana, daí poder dizer-se que o cuidado pertence à essência da humanidade.

Na dimensão afetiva-antropológica, que se expressa por duas formas interligadas entre si, o cuidado é por um lado atitude e por outro preocupação e inquietação. Enquanto atitude, o cuidado é desvelo, solicitude, afeição e amor, já enquanto preocupação, o cuidado é responsabilidade que carrega quem se sente envolvido afetivamente.¹²¹

Nesse sentido, e coadunando-se com as lições do tópico anterior, o cuidado estabelece sempre uma relação recíproca entre quem cuida e quem é cuidado. Segundo o referido

¹²⁰ BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In.: **O cuidado como valor jurídico**. (Coord.) Tânia da Silva Pereira [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6.

¹²¹ BOFF, Leonardo. op. cit. p. 7.

pensador, o órgão do cuidado é o afeto, o sentimento profundo, o *pathos* no sentido da capacidade de afetar e ser afetado.¹²²

Ocorre que, por muito tempo, a expressão do afeto e do cuidado foi esquecida ou reprimida, tanto pelos antigos, quanto pelos modernos. Porém, nas palavras de Leonardo Boff¹²³:

Hoje sabemos, pela tradição psicanalítica e pelos estudos empíricos da nova antropologia como a de David Goleman em seu livro *A inteligência emocional* ou da reflexão de muitos pensadores contemporâneos que se referem à razão sensível (eu preferiria chamar de sensibilidade racional) que o afeto, a sensibilidade, a passionalidade e o sentimento são camadas mais profundas e determinantes do humano. Biologicamente estão ligadas à emergência dos mamíferos há 125 milhões de anos quando irrompeu o cérebro límbico. É o cérebro do cuidado e da proteção da cria, do sentimento materno e filial. Nunca devemos esquecer que somos do gênero dos mamíferos e por isso perpassados de emoção e de cuidado. Somente nos últimos 5-7 milhões de anos surgiu, no processo de evolução, o neo-cortex que responde pela racionalidade, pelas conexões formais e conceituais. Ele é jovem demais para se igualar em importância ao vasto campo ocupado pelo cérebro das emoções, dos afetos e dos cuidados.

É, então, através da afeição que o homem se insere na seara dos valores, é pela afeição que o homem se move. O agir ético é, desse modo, uma inclinação de ordem emocional, ante a qual pouco importa os argumentos, valendo mais, para o estímulo neste agir, o desenvolvimento de habilidades, atitudes e do desejo de fazê-lo e este estímulo vem pelo afeto.¹²⁴ Para que o cuidado seja efetivo, ele precisa vir acompanhado de racionalidade, mas seu nascedouro não reside na razão, e sim, no afeto. Expressando um conceito de ética do cuidado Leonardo Boff aduz¹²⁵:

Há um dado de base que é a inclinação natural de cuidar e o desejo de ser cuidado. Esse é o dado ontológico prévio que perpassa toda a existência humana enquanto humana. É o caráter de universalidade desta ética. É o “bem” buscado pela ética, se quisermos falar na linguagem ética de justiça. Ela se realiza em todo ser humano, mas ganha proeminência na mulher, a portadora privilegiada do cuidado.

Para que se alcance a estatura ética, esse dado ontológico prévio precisa ser assumido conscientemente como projeto de vida e propósito da vontade de querer cuidar e que aceita ser cuidado. Isto implica um empenho ético, político, pedagógico de criar e manter as condições do cuidado, para que seja predominante, possa se

¹²² BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In.: **O cuidado como valor jurídico**. (Coord.) Tânia da Silva Pereira [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 8.

¹²³ BOFF, Leonardo. loc. cit.

¹²⁴ BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In.: **O cuidado como valor jurídico**. (Coord.) Tânia da Silva Pereira [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 9.

¹²⁵ BOFF, Leonardo. loc. cit.

desenvolver e florescer. Aqui tem seu lugar devido a razão que reforça a vontade de cuidar e de ser cuidado de maneira a dar consistência a esta tendência natural, consciente e racionalmente assumida.

Pelos ensinamentos de Leonardo Boff, verifica-se que o afeto e o cuidado se inter-relacionam. Um alimenta o outro. Conforme já se mencionou anteriormente, e também baseado nas palavras acima, os laços familiares se alimentam e se retroalimentam desses dois fatores. Desse modo, o querer cuidar é proveniente do afeto, mas o afeto se desenvolve e se mostra com o cuidado.

Assim sendo, questiona-se: a ética do cuidado não é o fundamento próprio da viabilidade do parentesco socioafetivo? Ao sedimentar o entendimento de que a parentalidade é mais sociocultural do que naturalmente biológica, Leonardo Boff ensina que o cuidar e o cuidado são, ao 'ser', enquanto 'ser', ontologicamente naturais, posto que a necessidade de cuidados está em todos, mas, ao mesmo tempo, são racionalmente assumidos, de modo a se reforçarem como expressão da vontade humana.

Verifica-se, então, que o parentesco biológico, inflado em sua importância pelos antigos e pelos modernos, não se autossustenta. Nesse sentido, baseado nesse entendimento e em tudo já mencionado, entender que a família hoje foca mais nas pessoas do que nas coisas, é entender também que, aos poucos, vai mudando o vínculo ao qual se dá maior importância, vai mudando a ética das relações familiares e vai se criando um novo entendimento do que seja viver e permanecer em família.

Nesse sentido, explanadas as transformações nas interações familiares e tendo verificado que estas interações hoje se pautam mais pela afetividade e menos pela patrimonialidade, é mister abordar como a família contemporânea se relaciona com o patrimônio e a herança.

3.5 A família contemporânea e sua relação com o patrimônio e com a herança

François de Singly, estudando os ensinamentos de Émile Durkheim, afirma que este pensador estava convencido do resultado de sua análise, onde apontava a personalização

como caminho certo para as relações de família, a ponto de apontar que este movimento não seria um acidente passageiro, mas, ao contrário, se acentuaria cada vez mais.¹²⁶

Some-se a isso o crescimento do espaço da afetividade entre os entes familiares e a consequente despatrimonialização das interações de família e tem-se um esboço de como seria a relação da família contemporânea com a sucessão e a herança. Ou seja, a individualização faz com que, cada vez mais, o próprio indivíduo queira regulamentar a transmissão de sua herança, estando esta regulamentação intimamente ligada à qualidade das relações. Segundo François de Singly¹²⁷:

Na família moderna, a transmissão da herança, segundo as probabilidades teóricas e posto que as coisas perdem o seu primado e mesmo o seu interesse nos assuntos de família, de verua ser, de um lado, subordinado à qualidade das relações pessoais e, de outro, desaparecer. Organizando suas notas de curso, Marcel Mauss notou que Émile Durkheim insistiu no fato de que, em certas profissões, a transmissão intergeracional já era impossível: “existe uma categoria de trabalhadores que não podem mais transmitir a seus filhos o resultado de seu trabalho; são aqueles para quem o trabalho só traz honra e consideração, mas sem fortuna”.

Atento à eventualidade de que a individualização pode levar a família ao enfraquecimento de seu horizonte intergeracional, ou seja, a independência total do indivíduo, podendo conduzi-lo a se considerar em si o seu próprio fim, ocasionaria uma destruição da integração entre os entes familiares.¹²⁸

Essa vertente da personalização é arriscada porque levando o indivíduo a considerar-se um fim em si mesmo, cessaria a vontade de trabalhar, uma vez que o que o liga ao trabalho é o fato de que através do labor se conseguirá enriquecer o patrimônio doméstico e aumentar o bem-estar dos filhos, exatamente o que a individualização exacerbada bloquearia quando nubla o horizonte intergeracional.¹²⁹

Sendo assim, é outro lado da individualização o interessante para a análise da relação da família contemporânea com a herança, que, novamente em consonância com François de Singly, citando Émile Durkheim, seria a valorização do mérito. Conforme assinala Durkheim há que se elevar o entendimento de que “a cada um segundo seus méritos, e não segundo sua

¹²⁶ SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 37

¹²⁷ SINGLY, François de. loc. cit.

¹²⁸ Ibid. p. 38.

¹²⁹ SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 37.

herança”, de modo que o Direito Sucessório estaria destinado a desaparecer progressivamente.¹³⁰

Em nossa compreensão, a valorização do mérito no modo em que é referida acima, apontando para a diminuição progressiva do Direito das Sucessões, apenas analisa o mérito quanto à condição social, ou seja, quanto às desigualdades exteriores nas quais são colocados os indivíduos. Porém, vislumbrando as características jurídico-sucessórias ainda vigentes, entendemos que o mérito deve ser considerado no interior da sucessão, levando o critério do cuidado como requisito necessário para verificar o modo de participação na sucessão. Desse modo, assim como já referido supra, a vocação hereditária estaria subordinada à qualidade das relações pessoais.

O que aparece com certa nitidez se considerado as interações familiares atuais já debatidas neste trabalho (mais afetivas e pessoais e menos patrimonializadas) é que a herança não constitui uma condição *sine qua non* para assumir um lócus social. A família é cada vez mais o espaço para a construção e aprimoramento da personalidade, sobretudo dos filhos, com os pais empenhados em proporcionar educação e todas as condições para que seus herdeiros possam assumir as rédeas de suas vidas independente da herança. Novamente se fazem necessárias as palavras de François de Singly¹³¹:

Com a ampliação do trabalho assalariado, a herança não é mais, pelo menos diretamente, um suporte para início da carreira profissional. Nesse nível, a suposição de Émile Durkheim foi realizada em grande parte: com o capital escolar, a ideologia do mérito desvalorizou a herança. Contudo a herança se conservou nas famílias relacionais e por duas razões: ela pode testemunhar, pelo menos no espaço de uma geração, a existência de um elo afetivo com o beneficiário; ela pode favorecer, também, [...] o acesso aos bens, sobretudo os imobiliários, ainda considerados indispensáveis para uma boa vida de família.

Conforme revela o autor, portanto, mesmo que a herança caminhe progressivamente para a diminuição de sua importância, ela ainda se conserva nas famílias relacionais contemporâneas. Contudo, já assume nova faceta, que não a mantenedora de um status social. A família não é mais seu patrimônio, o patrimônio não é mais o fim, mas sim o meio para a promoção do bem estar.

¹³⁰SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 38.

¹³¹ Ibid. p. 108.

O mérito é critério que deve ser difundido, sobretudo, sob uma avaliação de que o critério de equidade das cotas hereditárias, atualmente vigente, bastando que exista a parentalidade para participar da sucessão, não necessariamente exprime Justiça, posto que a qualidade das relações ainda não é considerada.

A força e a utilidade da rede familiar não se opõem às relações afetivas entre os membros do grupo, elas podem contribuir para construir novas unidades familiares e lhes garantir certa autonomia. A permanência do papel econômico dos pais nas famílias contemporâneas não implica que este tenha a mesma significação que antes.¹³²

Nas famílias antigas, as relações intergeracionais eram focalizadas no problema da transmissão do patrimônio que fixava o valor da linhagem. A relação de dependência mudava de sentido no momento da transmissão: os pais perdiam todo o poder; os filhos, por sua vez, poderiam tirar a desforra. As ajudas e os serviços na família contemporânea, não tem esse mesmo objetivo.¹³³

Na época contemporânea, as relações intergeracionais tem uma tonalidade diferente. Os pais ajudam os adultos para mostrar afeição, inscrevendo os vínculos nas práticas, ao mesmo tempo para lhes permitir que vivam a sua vida. A intenção de colocar o cuidado como requisito para participar da sucessão é exatamente a tentativa de inserir uma prática para a existência do vínculo sucessório.¹³⁴

¹³² SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 109.

¹³³ SINGLY, François de. loc. cit.

¹³⁴ Ibid. p. 109-110.

4 O DIREITO BUSCA RESPONDER À REALIDADE: UM NOVO OLHAR JURÍDICO SOBRE AS RELAÇÕES FAMILIARES

Neste capítulo, assim como o título já informa, a busca é por demonstrar como o Direito, e mais especificamente o Direito das Famílias, respondeu ao impacto de todas as mudanças aqui já tratadas (do paradigma epistemológico geral e das relações sociais e familiares), estando elas totalmente concretizadas ou não.

Além desse desiderato, a intenção é delinear o caminho do afeto dentro do Direito. Mostrando que a afetividade, enquanto instituto, chegou ao Direito no Brasil após o advento da Constituição Federal de 1988 e se desenvolveu até chegar a ser considerado paradigma fundante de parentesco.

Longe de querer afirmar que o sistema atual é perfeito e completo, tratar-se-á aqui das tantas evoluções que os mecanismos jurídicos sofreram para se adequar à atual realidade das relações familiares, debruçando sobre elas intensos estudos e elevando sua importância no cenário judicial.

O Direito não poderia estar ao largo de todas essas mudanças. Por conta disso, levantaram-se – e ainda se levantam – grandiosos esforços na tentativa de trazer o Direito de Família ao foco que ele deveria e deve assumir, qual seja: o de corpo jurídico interessado em promover a dignidade, a igualdade e a afetividade nas relações familiares, abandonando o sectarismo de outrora.

Nesse caminho ocorreu a constitucionalização do Direito das Famílias e, conseqüentemente, firmou-se também sua principiologia e a mudança na essência de sua atenção. Se antes era focado principalmente no patrimônio, agora se volta à qualidade das relações familiares, buscando promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Assim, se o Direito das Famílias passa a convergir concentração na qualidade das relações familiares, parece um tanto lógico que, naturalmente, acarretaria em estudos sobre os vínculos parentais, posto que, o parentesco motivado unicamente por questões econômicas tornar-se-ia incompatível com a realidade de solidariedade e afeto que emergia.

Portanto, resta clara a importância de estudar o parentesco socioafetivo no contexto de transformações do Direito das Famílias, posto que, se o Direito deve refletir a sociedade, e é

exatamente para uma convivência cada vez mais calcada no afeto que a sociedade caminha, deve sobre ela se interessar.

É o que se passa a fazer com mais profundidade a partir de agora, sendo inicialmente necessário tratar acerca de como o Direito de Família se apresenta atualmente, até a entrada definitiva na análise jurídica desta “nova” espécie de liame parental.

4.1 O Direito de Família atual

Falar em Direito de Família atual é falar em dignidade, igualdade, afetividade, solidariedade e permeabilidade. Conforme já tratado anteriormente aqui, o paradigma científico moderno deu ao Direito enorme segurança e ordem, mas carregava consigo o entendimento de que era completo. Isso fez com que ele recaísse num engessamento e na incapacidade de evoluir. Esta é a marca do período das codificações.

No Brasil, essa referida lógica se corporificou no Código Civil de 1916, o qual subordinava a legitimidade da família ao casamento civil, consagrando uma compreensão matrimonializada, patriarcal, hierarquizada e patrimonialista da família. Assim sendo, a legislação referente à família contida nesta codificação estipulava a prevalência da instituição sobre os membros que a compunham.

O marco divisor de águas no tratamento jurídico dispensado às famílias no Brasil é a Constituição Federal de 1988, posto que modificou a ética valorativa da proteção judicial das relações familiares e retirou da codificação o comando primaz sobre a operação do Direito de Família. Assim também afirma Silmara Domingues Araújo Amarilla, na passagem a seguir¹³⁵:

As mudanças pontuais atinentes ao Direito de Família, realizadas pela Constituição Federal de 1988 não refletem, contudo, seu maior mérito. Este fica reservado à carga axiológica assegurada pelos princípios constitucionais dirigidos à estrutura familiar e parental, carga que desempenhou e vem desempenhando o relevante mister de inspirar e legitimar uma nova leitura de todo o sistema normativo subjacente à Carta, a partir da promoção da dignidade humana e da solidariedade, em todas as nuances e vertentes.

¹³⁵ AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 51.

Sem dúvida que a CF/88 inaugura um novo momento para o sistema jurídico como um todo, por óbvio, contudo, com seu perfil garantista, para o Direito de Família, sua importância é grandiosa, mormente, em se tratando da busca da democratização das relações familiares, isso sem falar na influência que exerceu na construção do Código Civil de 2002, cujo Projeto inicial data do ano de 1972. Assim, a CF/88 cria as condições para a trajetória de colocação do afeto como paradigma da parentalidade, ordem que começa a se afirmar no Direito de Família, buscando posicioná-lo na pós-modernidade jurídica. Sobre tal assunto, esclarecedoras se fazem as palavras de Gustavo Tepedino¹³⁶:

A Constituição de 1988, centro reunificador do direito privado, disperso diante da proliferação da legislação especial e da perda de centralidade do Código Civil, consagrou, em definitivo, uma nova tábua de valores no ordenamento brasileiro. O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração do papel atribuído às entidades familiares e, sobretudo, na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve na base do sistema. A reflexão sobre o impacto dessa ruptura axiológica torna-se indispensável para que se compreenda o sentido hermenêutico a ser atribuído às sucessivas leis especiais, e, especialmente, ao Código Civil de 2002 no que tange ao direito de família.

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro de tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

É a CF/88, portanto, que inicia todo o câmbio valorativo do Direito de Família no Brasil, abrindo margem à construção de toda uma nova principiologia que engloba, dentre outros, o princípio da dignidade humana, do melhor interesse da criança/adolescente, da igualdade e respeito às diferenças, da autonomia e da menor intervenção estatal, da solidariedade e, por fim, da afetividade.

Guiado por todas essas mudanças e arejamentos, o Direito de Família no Brasil caminha para a colocação do afeto como paradigma da parentalidade, ou seja, segue no sentido de dar cada vez menos importância ao vínculo apenas biológico como afirmador do parentesco, estimulando que a família seja marcada por mais do que somente laços sanguíneos que, em verdade, não são suficientes para garantir a existência e a vivência familiar.

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 420-421.

À luz do texto constitucional, a tentativa é de que se entenda a entidade familiar como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade. Afinal, a outra conclusão não se pode chegar do que ali resta consagrado. Isso não significa dizer que os conflitos e os desentendimentos não existirão, mas que, também com e por eles, a família é o ambiente de desenvolvimento da personalidade e do aprimoramento moral.

É compreensão consonante entre diversos pensadores do Direito de Família que os valores acolhidos na CF/88 permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições, uma vez que muitas delas visaram, em *ultima ratio*, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção.¹³⁷

Nessa trajetória de constitucionalização e compreensão das características da família contemporânea, o Direito de Família, como já mencionado no início deste tópico, tem buscado se tornar cada vez mais permeável. Essa faceta assume essencial importância, porque ajuda sobremaneira na apreensão da realidade fática, aproximando o Direito e a Justiça. É neste sentido, por exemplo, a busca pela interdisciplinaridade e pela mediação na resolução de contendas que acabam por chegar à esfera judicial.

A interdisciplinaridade impõe a aproximação do Direito com outras áreas do conhecimento humano, fazendo que a ciência jurídica se comunique com a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia, a Medicina, entre outros, para ajudar na sua compreensão da realidade e promover a solução dos conflitos familiares.

Além da interdisciplinaridade, outro importante mecanismo é o da mediação familiar. Sem dúvida que esse é um importante passo para o aprimoramento da resolução de conflitos, posto que estimula o diálogo e o acordo entre as partes, empenhando-se na manutenção da convivência pacífica. A título de melhor conceituação, explica-se que a mediação, diferentemente da arbitragem e da conciliação, utiliza uma terceira pessoa neutra para *auxiliar as partes conflitantes a despertar seus esforços pessoais*, afim de que consigam transformar o conflito, chegando a uma solução.¹³⁸

A conciliação, por seu turno, é um mecanismo de extinção do embate através de acordo entre as partes, não buscando necessariamente a continuidade ou retomada da convivência pacífica. Quanto à arbitragem, esta mais utilizada em casos notadamente

¹³⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 240.

¹³⁸ BARBOSA, Águeda Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

patrimoniais, ocorre a eleição, como propriamente diz sua denominação, de um árbitro que irá decidir o enfrentamento de per si.

Deve-se, então, salientar que os instrumentos da interdisciplinaridade e da mediação são decorrências da colocação da afetividade como paradigma do Direito de Família. Isso porque, claramente, busca a solução do embate não apenas pelo império da lei fria. Ante todos esses fatores não há como deixar de afirmar que a afetividade está acolhida na CF/88 e, por isso, se esparrama por todo o ordenamento do Direito de Família em influência clara do texto constitucional, apesar de não se encontrar referência direta a este instituto na Carta Magna.

No entanto, aprofundando a discussão, Paulo Luiz Netto Lobo¹³⁹ afirma que a intensidade do acolhimento da afetividade pela Constituição é de tal monta que, mesmo não estando explícita, ela chega mesmo a se constituir em princípio jurídico, a partir dos preceitos e valores adotados pela própria CF/88 em matéria de Direito de Família.

Reitera o mencionado autor, já admitindo a afetividade como princípio, que esta especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, além de se entrelaçar com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.¹⁴⁰

Ricardo Lucas Calderón¹⁴¹ comenta a compreensão da afetividade como princípio constitucional implícito e suas consequências, nos seguintes termos:

É singular o enfoque que a leitura da afetividade como princípio implícito a partir da Constituição Federal acarreta na análise do direito de família. Sua aceitação como princípio jurídico indica sua assimilação quando da análise de todo o ordenamento infraconstitucional. O conceito de família, a definição do que se entende por entidade familiar, o reconhecimento da relação paterno/materno-filial, os institutos da guarda e da visitação, os critérios para a estipulação de famílias substitutas, os casos de dever alimentar, enfim, todas as categorias de direito de família são afetadas pelo princípio da afetividade.

Destarte, é este o Direito de Família atual. Intentando se acoplar aos arranjos familiares contemporâneos voltados ao desenvolvimento da personalidade de seus entes. Dessa maneira, busca afirmar a dignidade, a igualdade, a afetividade e a solidariedade, além

¹³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

¹⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. loc. cit.

¹⁴¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 241-242.

de se manter permeável para não se afastar da Justiça e responder à realidade fática com um novo operar.

Esse novo operar é iluminado pelo farol da afetividade, agora admitida como princípio constitucional a se espalhar por todo ordenamento. Após abordar como se apresenta atualmente o Direito das Famílias, explicitando sua maior preocupação com a pessoa humana, é exatamente no estudo mais aprofundado deste princípio que se deterá o próximo tópico, no intuito de seguir apresentando o caminho do afeto dentro do Direito, posto que, se passa a exercer tamanha influência, certamente gerará efeitos jurídicos.

4.2 Da recepção jurídica da afetividade: o princípio da afetividade e suas decorrências (o afeto alcança a discussão da condição jurídica de parente)

Conforme visto no tópico anterior, o Direito de Família atual é constitucionalizado e totalmente permeado pelo afeto, porém, também fora informado que a afetividade não resta consagrada explicitamente no sistema jurídico, apesar de amplamente estudada e aplicada no trato judicial brasileiro atualmente. Assim sendo, é preciso reconhecer que a afetividade já havia ganhado *status* de princípio, até que esse entendimento surgisse, em decorrência do que a CF/88 reconheceu como valores da sociedade.

A Carta Magna em vigor traz em seu corpo o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), o princípio da solidariedade (art. 3º, I), da autonomia e da menor intervenção estatal (arts. 3º, I; 4º, III e IV; e 5º, caput), da pluralidade das formas de família (art. 226, §4º) e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Desse modo, percebe-se uma relação de simbiose entre estes valores afirmados na Constituição e a afetividade. O afeto enquanto instituto decorre destes totens ético-morais, mas, quanto ao Direito de Família, é quem os amarra. É como se um necessitasse do outro, os primeiros só fazendo sentido se costurados pelo segundo. O entendimento é tal que, nas relações de família apenas teria coerência falar-se em dignidade da pessoa humana, solidariedade, autonomia, pluralidade, melhor interesse da criança e do adolescente se tudo isso levar em conta o afeto, se tudo isso estiver intimamente relacionado com o afeto.

Se a família contemporânea é o local primordial da promoção do desenvolvimento e aprimoramento de seus membros, como fazê-lo sem a presença de afeto e afeição. Estar afetado de amor, carinho e vontade de cuidar e conviver pelo próximo é que estimula a

indulgência e dá sentido à vida em comunhão. Como bem disse o apóstolo, é só o amor que conhece o que é verdade.

Desse modo, tendo demonstrado como e porque a afetividade fora acolhida pelo Direito, é aqui importante grifar que, além desta acolhida, é extremamente significativo que a afetividade, enquanto instituto jurídico, tenha ganhado status de princípio.

É consabido que as ‘normas-regra’ não conseguem acompanhar a evolução social como deveriam, estando sempre atrasadas quanto à realidade fática, ainda mais tratando-se de mudanças ligadas à família, as transformações acontecem ainda com mais constância. Observando que a vida e as relações sociais são muito mais ricas e complexas do que pode prever e conter uma legislação, as normas de conteúdo aberto ganham enorme importância no labor da atualização dos institutos legais e da operação do Direito, na tentativa de aproximar ao máximo a ciência jurídica do resultado Justiça. Sobre essa temática, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁴² ensina o seguinte:

Entre todas as fontes do Direito, nos “princípios” é onde se encontra a melhor viabilização para a adequação da justiça no particular e especial do Direito de Família. É somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes.

Os princípios exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem positivados, ou não, isto é, expressos ou não expressos.

Por todas essas razões é que se reveste de tamanha importância o afeto ser acolhido pelo Direito e ainda mais ter assumido no ordenamento jurídico a qualidade de norma princípio, colocado como valor a permear todo o sistema, e, portanto, gerando efeitos jurídicos os mais diversos, até mesmo o de constituinte de relação jurídica de parentesco.

Realmente não é da máxima importância que a afetividade não esteja expressa em forma de princípio no texto constitucional, isto porque a própria CF/88 adota a hermenêutica tópico-sistemática, a qual parte da noção de sistema jurídico como um todo, que é formado por diversos elementos normativos. Para além disso, esta hermenêutica também não se limita

¹⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57-58.

a ler os textos expressos de lei, uma vez que sua análise envolve também o conteúdo que está subjacente a tais normas jurídicas.¹⁴³

Escorado nesses fatores é que se pode afirmar que a afetividade é sim um princípio do sistema jurídico brasileiro, estando apta a gerar seus mais possíveis efeitos. Tanto assim o é, que se observa nos últimos tempos diversas alterações legislativas fazendo referência ao afeto e à afetividade. Sem mencionar o art. 226, §8º, da CF/88¹⁴⁴, que ao priorizar a necessidade de realização da personalidade dos membros da família, desinstitucionalizando-a, afirma a família-função, em que subsiste a afetividade, que por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar.¹⁴⁵

Como mencionado, diversas alterações legislativas processadas nos últimos tempos abordam a afetividade, à guisa de exemplo se pode citar: a chamada *Lei Maria da Penha*¹⁴⁶ (2006), que em seu art. 5º, III, faz referência expressa à relação afetiva ao definir as relações com incidência de suas disposições. Podem, também, ser referidas a *Lei da Guarda Compartilhada*¹⁴⁷ (2008), que ao estipular novos requisitos para a definição do regime de guarda, afirma um deles ser o afeto; a *Nova Lei da Adoção*¹⁴⁸ (2009), que cita expressamente a afetividade como critério de identificação da família extensa ou ampliada; e ainda a *Lei de Alienação Parental*¹⁴⁹ (2010), que ao estabelecer punições aos casos de alienação parental, inclui entre os fatores que a caracterizam, atos que prejudiquem a relação de afeto dos filhos com um dos genitores.

Desse modo, resta clara a consagração jurídica da afetividade, não cabendo mais sustentar que ela não é acolhida pelo ordenamento, seja como princípio, seja como valor a influenciar o trato das relações familiares.

Nesta marcha de transformações da família, de compreensão jurídica de tal fenômeno e de absorção do afeto pelo Direito, parece natural que tais circunstâncias chegassem ao debate acerca da desbiologização da parentalidade, exatamente porque, no mundo da vida, há muito tempo as interações parentais não são exclusividade do vínculo consanguíneo. É

¹⁴³ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 255.

¹⁴⁴ Art. 226, §8º, CF/88: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

¹⁴⁵ PEREIRA, R. da C.. Op. Cit. 2012. p. 214.

¹⁴⁶ BRASIL, Lei Federal nº 11.340 de 07-08-2006. Art. 5º, III.

¹⁴⁷ BRASIL, Lei Federal nº 11.698 de 13-06-2008.

¹⁴⁸ BRASIL, Lei Federal nº 12.010 de 03-08-2009.

¹⁴⁹ BRASIL, Lei Federal nº 12.318 de 26-08-2010.

preciso reconhecer que existem interações pessoais tão próximas, afetivas e solidárias que chegam a serem consideradas, ou mesmo são, relações de parentesco.

Em verdade, o que impera ainda hoje em nosso sistema – e que começa a mudar como será abordado doravante –, é o condicionamento jurídico-estatal da parentalidade, ou seja, a apropriação pelo Estado, este travestido de sua imposição normativa, da condição de ser pai, ser mãe e ser filho. Por isso, é que Rodrigo da Cunha Pereira afirma o seguinte¹⁵⁰:

Uma das mais relevantes consequências do princípio da afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Isto porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas, sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos. Como anotou João Batista Villela, “a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”. Essa é a atual verdade da filiação, muito mais relevante do que os vínculos biológicos, pois é capaz de contribuir de forma efetiva para a estruturação do sujeito.

Para que um filho verdadeiramente se torne um filho, ele deve ser adotado pelos pais, tendo ou não vínculos de sangue que os vinculem. A filiação biológica não é nenhuma garantia da experiência da paternidade, maternidade, ou da verdadeira filiação.

O que se verifica, portanto, é que a afetividade atingiu o centro da imposição legal acerca da parentalidade e filiação. Amplamente aceita e divulgada em toda a ramificação jurídica de família, passou-se a questionar – coadunada ao paradigma da desbiologização da determinação do que é ser pai, mãe, ou filho – a ontologia da parentalidade, enquanto sua sobrevivência só existisse se respeitado o padrão legal. Assim, constatando que entre a procriação e a verdadeira paternidade/maternidade, aquela que deseja realmente oferecer-se à promoção da dignidade do filho, existe um abismo de diferenças, e que, a convivência afetuosa e solidária pode gerar vínculo tão mais coeso que o consanguíneo, só restou ao Direito conhecer/reconhecer a existência do parentesco socioafetivo. Acerca dessa temática, Silmara Domingues Araújo Amarilla¹⁵¹ assinala o que segue:

Apenas aceitando a família enquanto núcleo cultural (e não natural), no qual homens, mulheres, e prole se associam afetivamente, edificando um espaço, sobretudo de ordem psíquica, em que cada um ocupa um lugar e exerce uma função, sem que, unindo-os necessariamente exista um vínculo biológico, será possível compreender que, sob a perspectiva civil-constitucional o desejo de ser filho

¹⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215.

¹⁵¹ AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 196-197.

somente poderá ser vivenciado em sua plenitude e traduzir a dignificação do *ser desejoso*, à medida que a ele corresponder o desejo de ser pai ou mãe.

Totalmente em consonância com a atual configuração do Direito de Família, o parentesco socioafetivo cinge-se perfeitamente aos valores ora resguardados por este ramo do Direito, tendo sido tais valores averiguados e pinçados todos do atual momento sociofamiliar.

O reconhecimento do parentesco socioafetivo, amparado pela recepção judicial da afetividade, conforme já escrito aqui, é a mais, ou uma das mais, importantes consequências jurídicas desta recepção. Isso porque, na existência fática, é ampla a ocorrência de variados modos de interações convivenciais, que se configuram em verdadeiras famílias, independente do laço sanguíneo que possa existir entre os entes ali envolvidos.

Os casos, por exemplo, dos filhos de criação – assim considerados por terem sido criados sob a condição de filhos, sem que tivessem o laço consanguíneo – que inicialmente despertaram os juristas para o parentesco socioafetivo, são bons demonstrativos de uma realidade onde é irrefutável a relação parental/filial, produzindo seus mais variados efeitos, mas que não estão legitimadas, posto que a lei não abriga tais casos como de interação parental.

Outro bom exemplo está nas nominadas “adoções à brasileira”, que são casos nos quais uma pessoa registra como seu, um filho que sabe não o ser biologicamente. Trata-se de prática ilícita, porque contrário à norma jurídica, não podendo ser equiparado ao ato formal e solene da adoção.¹⁵²

No entanto, mesmo configurando ato ilícito, é interessante o exercício de imaginar que, não tendo sido perquirida a ilicitude, se estabeleceu a filiação e, por conseguinte, os laços de afeto e a convivência. Passado o tempo, num caso onde quem registrou a criança, sabendo não ser seu filho, seja aquele que permanece exercendo a posição paterna, suponha-se que o pai biológico venha a reclamar a sua condição. Num evento dessa natureza a questão que se impõe é a seguinte: como ficará a relação afetiva que resta consolidada entre pai (registral/afetivo) e filho, sendo que ambos não desejam vê-la cindida? E mais, é capaz o Direito de dizer que pelo fato de o registro ser nulo, não há ali um vínculo que gera múltiplos

¹⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 925.

efeitos. Acerca dessa problemática, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald¹⁵³ ensinam o seguinte:

O fato, todavia, desperta interesses muito mais vivos e pulsantes para o Direito das Famílias. É que estabelecido o vínculo afetivo, depois de uma pessoa ter registrado como seu um filho que sabia não ser, será possível vislumbrar uma relação jurídica paterno-filial decorrente do vínculo socioafetivo, não se recomendando, às vezes, a sua extinção sob pena de comprometimento da própria integridade física e psíquica do reconhecido.

Tendo em vista tais exemplos, é indubitável afirmar que a afetividade atinge o centro da temática jurídica da parentalidade, não cabendo mais ao Direito fechar os olhos para tais interações, mas sim conhecê-las, entendê-las e reconhecê-las como fator capaz de criar/afirmar parentesco.

Assim, lembrando que a ideia inicial dessa seção era demonstrar que a afetividade está recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio e gerando diversas decorrências, inclusive na questão da parentalidade, é que se torna de grande importância apontar como o Direito reagiu e vem reagindo à consequência mais importante da recepção jurídica do instituto do afeto, qual seja: o parentesco socioafetivo, o que se fará no tópico que se segue.

4.3 O parentesco socioafetivo no mundo jurídico e como o enxergam a doutrina e a jurisprudência: sobre a necessidade de o direito conhecê-lo/reconhecê-lo

Não resta dúvida da tamanha importância do acolhimento da afetividade como princípio constitucional, mesmo que implícito. Colocada como valor constitucional, a afetividade se espalhou pelo ordenamento a influenciar mudanças e inovações. Já tendo assinalado que a afetividade atinge a questão dos vínculos parentais, ter ela ingressado na principiologia da CF/88 ressoa ainda mais relevante quando se verifica que simplesmente o critério biológico para definir o que é ser pai/mãe/filho já não garante a absorção da realidade pelo Direito. Assim o é porque, sabendo que o Direito é lento em seu câmbio, a vida não espera e, apesar dos milhares de casos e decorrências do parentesco socioafetivo, ainda não existe na Lei Civil previsão expressa de que o parentesco pode ter origem no afeto, na convivência e no cuidado, daí a grande importância da previsão constitucional da afetividade.

¹⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. loc. cit.

As relações de parentesco são tratadas pelo Código Civil, que em seu artigo 1.593 estabelece que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Assim sendo, verifica-se que a codificação civil não deixou gravado com afirmação o parentesco socioafetivo, ao contrário disso, determina de modo expreso apenas a consanguinidade como forma de parentesco, este natural.

Quando a norma colacionada menciona a expressão “outra origem” faz referência às modalidades de parentesco civil, estando aí se referindo à adoção e ao parentesco por afinidade, que é aquele estabelecido entre o cônjuge ou companheiro e os parentes (naturais ou civis) do outro consorte ou convivente.¹⁵⁴ Assim sendo, é exatamente na brecha legal deixada pela abertura semântica da expressão “outra origem” que se apegam os defensores do parentesco socioafetivo, afirmando que nesta expressão está contida a intenção do legislador em acolher outros vínculos formadores de parentesco, dentre eles, e especialmente, o vínculo socioafetivo.

Ocorre que, conforme já explicado neste trabalho, não é mais tempo de adotar apenas o critério legalista para creditar o acolhimento jurídico de uma matéria, fato ou instituto. Nesse sentido, assevera Rodrigo da Cunha Pereira¹⁵⁵:

Não é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expreso, não obstante a incidência do art. 1593 do CC. Daí a importância e suma relevância da interpretação por meio de princípios, mormente o princípio da afetividade, que é o veículo propulsor do reconhecimento jurídico de tal instituto. A inclusão do afeto como valor e como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos.

Um outro exemplo de que o ordenamento jurídico assimilou o afeto como valor jurídico é o art. 1597, V, do CC. A partir do momento em que foi admitida a presunção de paternidade de filho advindo de reprodução artificial heteróloga – cujo material genético é de terceiro – desprezou-se o vínculo biológico, privilegiando-se, por conseguinte, o afetivo, pois é a autorização do pai que garante a filiação e todas as responsabilidades a ela inerentes, inclusive advindas do poder familiar.

Verifica-se, desse modo, que ainda hoje não resta expreso no Código Civil a previsão do vínculo socioafetivo como promotor de parentesco. Apesar disso, é possível observar que, a partir da CF/88, aqui já mencionada como marco de modificação do paradigma valorativo

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 529.

¹⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 217.

do Direito de Família no Brasil, e a previsão do princípio da afetividade, há um crescente acolhimento da teoria do parentesco socioafetivo.

No entanto, a discussão sobre as relações de parentesco para além da verdade biológica são ainda anteriores à Constituição Federal de 88. Foi na década de 70 que João Batista Villela, conforme consta desse trabalho, tratou com propriedade do tema, apontando a diferença entre a parentalidade e a procriação, afirmando que o mero fato de existir identidade biológica apenas confirmava a procriação, não necessariamente atestando a relação de paternidade/maternidade/filiação.

Já na década de 90, após o advento da CF/88, apareceu com mais força a investigação, aplicação e proposição judicial das questões relativas ao parentesco socioafetivo. Até mesmo o surgimento do termo “socioafetividade” é posterior à Constituição.

Era recorrente, em tempos atrás, e mesmo ainda hoje, casos em que mulheres expostas a condições sociais de carência, sem estruturação psicológica, familiar ou financeira para serem mães, entregavam seus filhos para que outras pessoas os criassem. Foram eventos como esse, os primeiros que chegaram ao Poder Judiciário, colocando frente a frente o vínculo biológico e afetivo. A esse respeito, Maria Berenice Dias¹⁵⁶ ensina que:

Foi o impacto da realidade da vida que impôs a primazia da filiação socioafetiva frente a verdade biológica. As primeiras sinalizações neste sentido ocorreram na disputa entre a mãe, que havia entregado o filho e posteriormente se arrependido, com aqueles que o haviam criado. De um lado existia o vínculo biológico e de outro um vínculo afetivo construído com o passar do tempo: o cuidado, a dedicação e o amor fazia com que a criança os reconhecesse como pais, e se identificasse como seu filho.

Foram ocorrências como essas que abriram o caminho do reconhecimento do parentesco socioafetivo pela jurisprudência brasileira. Tal reconhecimento é um esforço contínuo de estudo da matéria pela doutrina, aprofundando cada vez mais a discussão e levando-a aos Tribunais, que por seu turno, entenderam a necessidade de compreensão e legitimação da realidade fática.

De há muito tempo, o juiz não pode ser a mera boca da lei, devendo usar a atividade jurisdicional para fazer Justiça independente de previsão legal expressa e explícita de uma

¹⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 139.

dada matéria. Dessa forma, chegando aos magistrados variados casos que discutem o parentesco socioafetivo, não poderiam deixar de analisar e decidir fundamentadamente.

Assim foi surgindo a jurisprudência acerca da matéria, posto que os Tribunais e seus membros julgadores começaram a entender que para além do vínculo biológico existia outro liame capaz de ensejar a existência de relações de parentesco, isso verificado pela clareza dos fatos levados a juízo.

O marco doutrinário que influenciou sobremaneira a mudança de entendimento sobre a afetividade como origem de parentesco data do início da década de 90. De acordo com Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹⁵⁷, “o grande marco doutrinário, que gerou uma verdadeira revolução no tratamento jurídico do tema, foi a tese do professor, hoje ministro do STF, Luiz Edson Fachin, escrita nos anos 90”.

Ainda segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹⁵⁸, nessa tese de Luiz Edson Fachin é que “foram construídos e sistematizados os parâmetros técnicos que permitiram à jurisprudência, especialmente na década seguinte, acolher a socioafetividade como fonte de parentesco”. O autor prossegue sua explicação da seguinte forma:¹⁵⁹

Fachin partiu de um conceito clássico: a posse do estado de filho, que era pensada apenas como prova subsidiária do parentesco, como fonte de aparência e de presunções, para alçá-lo ao patamar de critério constitutivo desse parentesco, mesmo à margem do vínculo biológico, tendo denominado esse parentesco de socioafetivo.

Daí em diante estava aberto o caminho para o reconhecimento jurídico da teoria do parentesco socioafetivo. O Código Civil de 1916 trazia em seu art. 349, recepcionado no CC/2002 pelo art. 1605, que em caso de defeito no registro de nascimento, poderia provar-se a filiação ‘quando existissem veementes presunções resultantes de fatos já certos’¹⁶⁰.

Quando da elaboração do Código Civil de 1916 sequer já existia o Exame de DNA, criado em 1985, portanto, a codificação estipulou, vislumbrando a possibilidade de erro ou

¹⁵⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsk. **A afetividade como origem da filiação**. Ministério Público do Paraná – Artigos.

¹⁵⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsk. **A afetividade como origem da filiação**. Ministério Público do Paraná – Artigos.

¹⁵⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsk. **A afetividade como origem da filiação**. Ministério Público do Paraná – Artigos.

¹⁶⁰ Art. 349 CC/1916 e 1605 CC/2002: Na falta, ou defeito do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito:

I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

defeito no termo de nascimento (o que determinaria sua nulidade), que a condição fática da filiação seria capaz de prová-la. Assim, a letra da lei faz entender, exatamente ao admitir a possibilidade de considerar ‘veementes presunções resultantes de fatos já certos’ para efeito de comprovação da filiação, que esta poderia ser provada pela incontestável realidade fática ou, em melhores palavras, pela demonstração da irrefutável posse do estado de filho (veementes presunções resultantes de fatos já certos).

A posse do estado de filho servia, portanto, como fonte de aparência e de presunções acerca do parentesco, mas Luiz Edson Fachin propôs outro entendimento. Vislumbrou o referido autor no início da década de 90, já sob a égide da Constituição Federal de 1988 e do espargimento da distinção entre procriação e parentalidade, que se a condição fática de filho era usada como matéria de presunção, poderia ir além.

Nesse diapasão, propôs o referido autor que, se a lei aceitava considerar a realidade da vida (a convivência e a publicidade/notoriedade) na averiguação da filiação, é porque aceitava que a filiação não dependia apenas do critério biológico/registral. Desse modo, alçou a posse do estado de filho a critério constitutivo de parentesco, elevando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia, da pluralidade das formas de família, da igualdade entre os filhos, do melhor interesse da criança/adolescente e da solidariedade.

Pronto, o Direito brasileiro já tinha o caminho para disparar o conhecimento/reconhecimento judicial do parentesco socioafetivo. Frente a isso, a doutrina se aprofundou em estudos diversos e interdisciplinares sobre o tema e os Tribunais foram aos poucos reconhecendo a verdade socioafetiva da parentalidade.

Diversas decisões começaram a estourar em todo o país, alargando-se ainda mais na década de 2000. Casos dos mais variados tipos foram levados a juízo no intuito de obtenção de reconhecimento judicial da parentalidade socioafetiva para buscar algum efeito jurídico dela decorrente, como, por exemplo, fazer constar o nome do pai ou mãe socioafetiva no registro de nascimento. Em meio a todas essas mudanças, em 2007 a matéria foi conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Se até então o que havia eram julgamentos esparsos pelos Tribunais de todo o país, o julgamento do STJ, por se tratar de tribunal superior, cravou entendimento sobre a matéria e repercutiu sua cognição para que todas as outras instâncias a acompanhassem.

No Recurso Especial nº 878.941-DF, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do STJ reconheceu por unanimidade o vínculo socioafetivo como constitutivo

de parentesco.¹⁶¹ Tratava-se de Ação Declaratória ajuizada em outubro de 2001 por O. de S.B., irmã de M.S.B., pretendendo a enunciação da inexistência de parentesco. Para isso, O. de S.B. alegou que A.C.M.B. não era sua sobrinha biológica e que o reconhecimento feito pelo irmão antes de seu falecimento teria sido simulado, caracterizando falsidade ideológica.¹⁶² O TJDF julgou o pedido procedente para anular o registro civil e determinar a retirada do sobrenome paterno e a exclusão do nome dos avós paternos. A.C.M.B. interpôs embargos de declaração que foram rejeitados pelo Tribunal. No Recurso Especial, ajuizado no STJ, A.C.M.B., sustentou que, enquanto o TJDF reconheceu a ausência de paternidade biológica como causa suficiente para a anulação do registro civil, outros Tribunais teriam considerado tal fato irrelevante quando ausentes quaisquer vícios do ato jurídico, como erro, dolo, simulação, coação e fraude, mas presente a filiação socioafetiva.¹⁶³ O STJ, através da relatoria da Ministra Nancy Andrighi¹⁶⁴, promoveu então julgamento luminar quando resolveu o seguinte:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.

- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrário sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

Recurso conhecido e provido.

REsp 878.941-DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. 21/08/2007. DJ 17/09/2007 p. 267.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências. **Diário de Justiça**. Brasília, 17 de setembro de 2007.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. loc cit. . Jurisprudências. Diário de Justiça. Brasília, 17 de setembro de 2017.

¹⁶³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências. **Diário de Justiça**. Brasília, 17 de setembro de 2017

¹⁶⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. loc. cit.

Estava assim juridicamente consagrado o vínculo socioafetivo no Brasil, conhecido e reconhecido estava também, como consequência do mencionado julgamento, o parentesco socioafetivo, como decorrência lógica da consagração do liame derivado do afeto, da convivência e do cuidado. Decidia o STJ que a parentalidade não resulta apenas da consanguinidade. Essa decisão se reveste de importância porque nela, pela primeira vez, um tribunal superior reconheceu uma relação parental derivada do vínculo socioafetivo, o que, pela capacidade de uniformização e padronização que possuem esses tribunais, fez esse julgado influenciar todo o sistema judicial.

Portanto, apesar da não existência de lei reconhecendo o parentesco socioafetivo, o que se constata é sua ampla aceitação nos Tribunais. Na doutrina, não há que se discutir acerca da assimilação desse instituto, mesmo ainda existindo nomes que não concordam, estudiosos como Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Giselda Hironaka, Rodrigo da Cunha Pereira, Christiano Cassetari, Flávio Tartuce, Caio Mário da Silva Pereira, Rolf Madaleno, Rodolfo Pamplona, Pablo Stolze Gagliano, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf etc., apenas para citar alguns, estão entre os que afirmam pelo reconhecimento da socioafetividade.

Além da já exposta decisão do STJ, reconhecendo a parentalidade/filiação socioafetiva, para que não houvesse mais dúvida de que este instituto está albergado pelo sistema jurídico pátrio, o Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2016, no julgamento do RE 898.060-SP, com repercussão geral reconhecida, considerou que tanto vínculos de filiação construídos pela relação entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação.¹⁶⁵

Entendeu o plenário do STF que a existência de paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico e, por maioria de votos, negou provimento ao citado Recurso Extraordinário em que um pai biológico recorria contra acórdão que estabeleceu sua paternidade, com efeitos patrimoniais, independentemente do vínculo com o pai socioafetivo.¹⁶⁶

O caso levado a juízo versava sobre a tentativa de um pai biológico sustentar a preponderância da paternidade socioafetiva sobre a biológica, a fim de impedir que a conveniência de um indivíduo, seja o filho ou o pai, opte pelo reconhecimento ou não da

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. **Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF**. Quarta-feira, 21 de setembro de 2016 .

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. loc. cit.

paternidade apenas em razão de possíveis efeitos materiais que seriam gerados, *e que tal fato não representa fuga de responsabilidade*.¹⁶⁷

O IBDFAM, atuando na qualidade de *amicus curiae*, defendeu, pela pessoa de Ricardo Lucas Calderón, que as paternidades socioafetiva e biológica fossem reconhecidas como jurídicas em condições de igualdade material, sem hierarquia, em princípio, *nos casos em que ambas apresentem vínculos socioafetivos relevantes*. Considerou, ainda, que o reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva, consolidada na convivência familiar duradoura, não pode ser impugnada com fundamento exclusivo na origem biológica.¹⁶⁸

O procurador-geral da República, Rodrigo Janot, se manifestou no sentido de que *não é possível fixar em abstrato a prevalência entre a paternidade biológica e a socioafetiva*, pois os princípios do melhor interesse da criança e da autodeterminação do sujeito reclamam a referência a dados concretos acerca de qual vínculo deve prevalecer. Segundo ele, *a análise deve ser realizada em cada caso concreto para verificar se estão presentes elementos para a coexistência dos vínculos ou para a prevalência de um deles*.¹⁶⁹

No entendimento do Procurador-Geral, é possível ao filho obter, a qualquer tempo, o reconhecimento da paternidade biológica, com todos os consectários legais. Considera, ainda, que é possível o reconhecimento jurídico da existência de mais de um vínculo parental em relação a um mesmo sujeito, pois a Constituição não admite restrições injustificadas à proteção dos diversos modelos familiares.

Feitas tais ponderações, decidiu a Corte no tema de Repercussão Geral 622, de relatoria do Ministro Luiz Fux, 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".¹⁷⁰

A decisão supracitada merece devida contextualização. Tratando-se de repercussão geral, o STF não podia especificar o comando que seria exarado do teor da proposição aprovada, portanto, preferiu por consolidar, em termos universais, que a tese é a da convivência das modalidades de parentesco, sem que uma se sobreponha à outra.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. loc. cit.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. **Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF**. Quarta-feira, 21 de setembro de 2016.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. loc. cit.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. **Diário de Justiça**. Brasília, 22 de setembro de 2016.

Desse modo, fora negado provimento ao Recurso Extraordinário, posto que nele o pai biológico invocou a prevalência do parentesco socioafetivo para se eximir de suas responsabilidades para com o filho. Então, compreende-se o seguinte: não é que o parentesco socioafetivo não possa prevalecer sobre o biológico, ficando defeso que isso ocorra para ensejar a exclusão da responsabilidade do pai biológico.

Tanto assim o é que o Ministro Gilmar Mendes afirma que a tese sustentada pelo pai biológico apresenta “cinismo manifesto”. Declarou o Ministro que: “[...] a ideia de paternidade responsável precisa ser levada em conta, sob pena de estarmos estimulando aquilo que é corrente porque estamos a julgar um recurso com repercussão geral reconhecida”.¹⁷¹

A presidente da Suprema Corte, Ministra Carmem Lúcia, corrobora tal cognição ao destacar que “[...] amor não se impõe, mas cuidado sim e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso da paternidade e maternidade responsável”.¹⁷²

O Ministro Luiz Edson Fachin também ajuda a entender o caso, ao divergir do Relator e votar pelo parcial provimento do recurso, afirma que realmente ambos os liames devem conviver, porém, para o vínculo biológico do mesmo modo que para o socioafetivo, é necessária a dimensão relacional.¹⁷³

Portanto, compreende Luiz Edson Fachin que o vínculo biológico só interessa, vale e faz sentido se também nele existir a afetividade e o cuidado, não cabendo persegui-lo apenas por questões materiais. Em suas palavras: “[...] o vínculo biológico, com efeito, pode ser hábil, por si só, a determinar o parentesco jurídico, desde que na falta de uma dimensão relacional que a ele se sobreponha, e é o caso, no meu modo de ver, que estamos a examinar”.¹⁷⁴

Prevaleceu, então, a universalidade, como não podia deixar de ser, na tese da repercussão geral, visto que esta é incapaz de prever todas as nuances dos casos concretos. Porém, é importante tratá-la com ressalvas, sendo necessário contextualizá-la em cada aplicação. Foi exatamente por isso que o Ministro Luiz Fux a propôs de modo diverso, nas palavras a seguir¹⁷⁵:

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. **Diário de Justiça**, Brasília. 22 de setembro de 2016

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. **Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF**. Quarta-feira, 21 de setembro de 2016

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. loc. cit.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. loc. cit.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arquivo. **Diário de Justiça**, Brasília Voto. 22 de setembro de 2016.

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, *salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais.* (Grifos nossos).

É interessante a colocação do Ministro quando escreve que a paternidade socioafetiva não impedirá o reconhecimento do vínculo biológico, salvo nos casos em que, também em relação ao pai por consanguinidade, exista afeto e cuidado por parte do filho ou, caso não haja esta relação, que isto não se tenha dado por vontade ou escusa do mesmo. Luiz Fux, com esta assertiva, busca chamar atenção aos casos em que a busca pelo reconhecimento de ambos os vínculos não se dê apenas visando consequências patrimoniais, mesmo sabendo que das responsabilidades de ser pai, não se pode fugir. O cerne da questão do caso em comento, é que o parentesco socioafetivo fora usado, divergindo de sua natureza, para negar um vínculo (ainda mais sendo proposto pelo pai, ao qual não é dado se afastar do amparo material ao filho), e é isso que não se permite.

Veja que a posição do IBDFAM, enquanto *amicus curiae*, e do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, seguem alinhados com essa percepção, exatamente quando dizem, respectivamente, que: “[...] as paternidades socioafetiva e biológica sejam reconhecidas como jurídicas em condições de igualdade material, sem hierarquia, em princípio, *nos casos em que ambas apresentem vínculos socioafetivos relevantes*”; e que, “[...] *não é possível fixar em abstrato a prevalência entre a paternidade biológica e a socioafetiva, devendo a análise ser realizada em cada caso concreto para verificar se estão presentes elementos para a coexistência dos vínculos ou para a prevalência de um deles*”. (Grifos nossos).

Desse modo, quanto à completa intelecção da decisão exarada no RE 898.060-SP, faz-se saber que a regra geral é a da convivência entre os parentescos socioafetivo e biológico, porém, ressalva-se, ante a imensurável gama de possibilidades casuísticas, no sentido da necessidade de sempre estar atento às circunstâncias de cada evento concreto. Do contrário, o Direito recairá no antigo erro de pretender que o binômio fato-norma dê conta da complexidade das relações sociais contemporâneas.

A título de curiosidade, uma possibilidade que se vislumbra seria a imposição de que, reconhecida a convivência dos vínculos, os efeitos jurídico-sucessórios do parentesco biológico apenas se perfariam se averiguada e comprovada judicialmente, no momento da transmissão da herança, que a relação de afeto, cuidado e convivência tenha existido também

para com o pai biológico. Devendo-se grifar que isto sendo admitido somente nos casos em o reconhecimento tenha partido do filho.

Essa proposta coaduna-se, inteiramente, com o entendimento tão tratado aqui do que seja a vida em família nos tempos atuais. É totalmente coerente que esta regra seja aplicada, observando-se que a família cambiou da versão patrimonialista para a versão personalista, passando a ser o local da convivência afetiva, do cuidado, da dignidade e do desenvolvimento e aprimoramento da personalidade de seus entes. Mas este é tema a ser tratado mais adiante e com mais profundidade.

Agora, devem-se trazer à discussão os principais efeitos da citada decisão do STF ou ao menos os efeitos já inicialmente aparentes, uma vez que ainda não houve tempo para maiores repercussões, nem se criou ainda uma casuística baseada no julgado. Ensinam Ricardo Lucas Calderón¹⁷⁶ e Flávio Tartuce¹⁷⁷ que os principais reflexos dessa decisão do STF são os que seguem: a) o reconhecimento jurídico da afetividade; b) vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia; e c) possibilidade jurídica da multiparentalidade.

Conforme informado, o caso concerto promotor da avaliação da matéria pela Suprema Corte versava sobre a tentativa de um pai biológico em fazer o parentesco socioafetivo se sobrepor ao consanguíneo para, assim, negar seu vínculo com a filha e se eximir de suas responsabilidades. O STF não aceitou a tese do pai, entendendo que se tratava de “cinismo manifesto” suas alegações. Assim compreendendo, o plenário julgou no sentido de que a existência concomitante de paternidade socioafetiva, não exime de responsabilidade o pai biológico. A consequência lógica desse julgado, que é seu primeiro e inequívoco reflexo, é o reconhecimento jurídico da afetividade. Ora, se o STF diz que a existência de paternidade socioafetiva não obsta o reconhecimento da paternidade biológica, é porque reconhece a validade/viabilidade do vínculo parental derivado do afeto. Portanto, o reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva é uma presunção lógica do fato de que o Direito deve legitimar aquilo que contem validade e que, se o STF admitiu juridicidade ao fato da convivência afetuosa e duradoura, esta possui validade jurídica.

A afetividade, que era um fato da vida, passa agora a comportar juridicidade, porque é capaz de criar relações que também importam ao Direito. De acordo com Caio Mário da Silva

¹⁷⁶ CALDERÓN, Ricardo L. Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e a multiparentalidade. **Conjur.** Colunistas. 2016.

¹⁷⁷ TARTUCE, Flávio. Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva. **Jusbrasil.** Notícias. Ano da publicação.

Pereira¹⁷⁸, baseando-se nos ensinamentos de Savigny: “[...] fato jurídico são os acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam ou se extinguem as relações *jurídicas*”. Desse modo, a afetividade teve reconhecida sua juridicidade e o parentesco derivado dela também. Discorre neste sentido Ricardo Lucas Calderón¹⁷⁹ quando da sua análise acerca dos reflexos da decisão em comentário:

Resta consagrada a leitura jurídica da afetividade, tendo ela perfilado de forma expressa na manifestação de diversos Ministros. No julgamento da repercussão geral 622 houve ampla aceitação do reconhecimento jurídico da afetividade pelo colegiado, o que resta patente pela paternidade socioafetiva referendada na tese final aprovada. A afetividade inclusive foi citada expressamente como princípio na manifestação do Ministro Celso de Mello, na esteira do que defende ampla doutrina do direito de família. Não houve objeção alguma ao reconhecimento da socioafetividade pelos ministros, o que indica a sua tranquila assimilação naquele tribunal.

Outro reflexo da decisão do STF é a colocação do vínculo socioafetivo e o biológico em igual grau de hierarquia. Assim, os ministros elevaram ao mesmo patamar de importância as duas modalidades de parentesco, consagrando através do julgamento os valores que permeiam a família na contemporaneidade.

Flávio Tartuce infere que, com o entendimento firmado pela Suprema Corte, a paternidade socioafetiva firmou-se como forma de parentesco civil (nos termos do art. 1.593 do CC), em situação de igualdade com a paternidade biológica. Não havendo, desse modo, hierarquia entre uma ou outra modalidade de filiação. Chegando-se, assim, a um razoável equilíbrio.¹⁸⁰

Assim, não restam dúvidas acerca da relevância da proclamação da equivalência entre as formas de parentesco, uma vez que, entre outros fatores, prestigia o princípio da igualdade entre os filhos, expresso na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre isso, fala Ricardo Luis Calderón¹⁸¹:

Esta equiparação é importante e se constitui em um grande avanço para o direito de família. A partir disso, não resta possível afirmar aprioristicamente que uma

¹⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Vol. I. Rio de Janeiro : Forense , 2014. p. 384.

¹⁷⁹ CALDERÓN, Ricardo L. Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e a multiparentalidade. **Conjur**. 2016.

¹⁸⁰ TARTUCE, Flávio. Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva. **Jusbrasil**. Notícias. 2016.

¹⁸¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. loc. cit.

modalidade prevalece sobre a outra, de modo que apenas o caso concreto apontará a melhor solução para a situação fática que esteja em análise.

Havia dissenso sobre isso, até então imperava a posição do Superior Tribunal de Justiça, que indicava uma prevalência do vínculo biológico sobre o socioafetivo nos casos de pedido judicial de reconhecimento de paternidade apresentados pelos filhos.

Além desses dois efeitos já apresentados, pode-se citar ainda um terceiro reflexo, mas não menos importante, da decisão ora questionada. Trata-se da possibilidade jurídica da multiparentalidade. Este tema será tratado aqui de modo breve, posto que será aprofundado mais adiante. A multiparentalidade ou pluriparentalidade é a possibilidade jurídica de coexistência de mais de um pai ou mãe. Assim ocorre, por exemplo, nos casos em que o pai/mãe socioafetiva e a biológica exercem ambos a paternidade/maternidade, constando ambos no assento de nascimento na mesma posição. Novamente, é relevante a contribuição de Ricardo Lucas Calderón que, inclusive, participou pessoalmente do julgamento¹⁸²:

Esta aceitação da possibilidade de concomitância de dois pais foi objeto de intenso debate na sessão plenária que cuidou do tema, face uma divergência do Min. Marco Aurélio, mas restou aprovada por ampla maioria. Com isso, inequívoco que a tese aprovada acolhe a possibilidade jurídica da multiparentalidade.

O voto do ministro Luiz Fux é firme no sentido do reconhecimento da pluriparentalidade, com um amplo estudo a partir do direito comparado. Em um dado momento, afirma: “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.(...) Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade ”.¹⁸³

O tema da multiparentalidade será tratado, mais especificamente, em seguida. Por ora, vale saber que o instituto já se encontra albergado pelo sistema jurídico, podendo produzir os mais variados efeitos. Ressalta-se, então, que é esta a atual situação do parentesco socioafetivo no mundo jurídico. Já reconhecido judicialmente, o instituto é amplamente debatido, divulgado e aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Desse modo, ciente de que o Direito, através da doutrina e da jurisprudência, inclusive com decisão do Supremo Tribunal Federal, já reconhece a modalidade de parentesco derivado do afeto, faz-se necessário apresentar o conceito jurídico desse parentesco e os requisitos jurídicos para sua configuração, o que será feito a partir de agora.

¹⁸² CALDERÓN, Ricardo L. Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e a multiparentalidade. **Conjur.** Colunistas. 2016.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arquivo.** Íntegra de voto. **Diário de Justiça**, Brasília. 22 de setembro de 2006.

4.3.1 Conceito e requisitos jurídicos para a averiguação/configuração do vínculo parental socioafetivo

Neste trabalho amplamente se debateu acerca da natureza do parentesco socioafetivo. A conclusão a que se chega é a de que não se pode considerar qualquer relação afetiva como se de parentalidade fosse. Pensando assim, e atento às funções integradoras/unificadoras, pacificadoras e legitimadoras do Direito, foi necessário criar um conceito do que fosse o parentesco socioafetivo, com o intuito de evitar demandas frívolas acerca do tema, bem como separar o que é e o que não é vínculo de afeto que chega a ensejar parentesco. Tal posicionamento é de suma importância quando se atenta ao fato de que uma relação de parentesco é algo muito sério e profundo e gera diversos efeitos nas múltiplas áreas do Direito, como a obrigação alimentícia e a legitimação para suceder, para citar aqui apenas dois.

Desse modo, considerando os ensinamentos de Christiano Cassettari¹⁸⁴, “[...] tem-se que a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre eles”.

Tal conceito, porém, de acordo com nossas convicções, merece ressalva. Isto porque, quando afirma que a parentalidade socioafetiva é um vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, discordamos. Em nosso entender, também em casos onde já existe um vínculo biológico, é possível a concretização de uma maternidade ou paternidade socioafetiva, como, por exemplo, situações onde uma tia cria uma sobrinha como se filha fosse.

Nesse caso aventado, entre a tia e a sobrinha já existe um vínculo consanguíneo, porém, este parentesco entre elas não enseja diversos efeitos jurídicos decorrentes da maternidade que a tia, verdadeiramente, exerce. Sendo assim, não vemos qualquer impedimento para que seja reconhecida a parentalidade em episódios como esse, sempre grifando sobre a importância de averiguação da real existência do vínculo paternal/maternal/filial.

¹⁸⁴ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

Deve-se dizer também que, certamente, esse forte liame afetivo só pode ser averiguado caso a caso, mas sem dúvida, compreendendo o sentido de viver em família, este vínculo tem que envolver a convivência (não confundir com coabitação) e todas as suas decorrências, como a solidariedade, o esforço comum e, porque não, os dissabores, pois neles também é construída a família.

Já acerca dos requisitos jurídicos para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, é importante dizer que se entende por requisito ou requisitos aqueles fatores que necessariamente devem estar presentes para que algo exista e contenha validade jurídica. À guisa de exemplo, tem-se como necessidade irrevogável no contrato de compra e venda de bem imóvel, para que ele exista e seja válido, a presença de partes e que elas sejam capazes, o objeto e que ele seja lícito, o preço e que ele seja certo e determinado, a forma e que ela seja a adequada prescrita em lei e ausência de vício ou nulidade.

A necessidade de estipular requisitos para tal reconhecimento é importante no sentido de que, para o Direito, o afeto enquanto sentimento subjetivo sem exteriorização não merece enquadramento. Assim, a parentalidade socioafetiva é produtora de efeitos pela aparência de parentesco que gera decorrente da socioafetividade. Os requisitos se encontram exatamente nessa aparência, ou no que é exteriorizado.

É indiscutível o fato de que existem milhares de casos em que pessoas vivem relações parentais onde os papéis de mãe, pai e filho são desenvolvidos normalmente, independente do vínculo consanguíneo, sendo salutar que estejam ligados pelo afeto. Já quanto à parentalidade socioafetiva, quando o Direito reconhece o vínculo fruto desse afeto como parental, o que lhe interessa exatamente é o seu efeito (o parentesco), posto que sobre ele recaem os requisitos.

O cerne da questão para o mundo jurídico é a relação parental (o atuar como mãe, pai ou filho, exercer essa função). O afeto como sentimento, nas relações familiares socioafetivas, é a mola propulsora da união daquelas pessoas, afinal, imagina-se que ninguém gostaria de se relacionar com outrem motivado por ódio. No entanto, ao Direito interessa mais é a consequência dessa união afetiva, ou seja, a parentalidade que ela forma, a ponto de continuar tutelando-a até caso finde o afeto. O afeto em si é mais importante para o Direito quando visto como valor a se considerar.

Ao contrário do parentesco biológico, no qual o vínculo é uma consequência da concepção, do existir, no parentesco socioafetivo, o vínculo é uma consequência da relação. A socioafetividade, como fundadora de parentesco, importa ao Direito justamente pelo resultado

que ela cria que é a interação em moldes parentais. É nesse ponto que colide a necessidade de demarcar requisitos, esses requisitos não são para averiguar o afeto que fez das pessoas se unirem, mas para poder afirmar que elas vivem como se parentes fossem.

Dito dessa maneira, pode parecer insignificante todo o trabalho de apresentação do afeto, primeiro como paradigma epistemológico, segundo como valor jurídico relevante, mas não é. Isso porque o reconhecimento jurídico da socioafetividade, como fundadora de parentesco, só foi possível dado o câmbio ideológico e social retratado nos capítulos anteriores, além de sua colocação como princípio constitucional no ordenamento pátrio.

Ver reconhecido o parentesco socioafetivo é fruto, exatamente, da colocação do afeto como valor jurídico, que por sua vez é decorrência de mudanças sociais e da despatrimonialização das relações de família. Sem entender porque o afeto tomou a importância atual, fica difícil de compreender o motivo de o Direito não poder mais se esquivar de legitimar o parentesco socioafetivo. Colaboram para essa compreensão Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues¹⁸⁵:

O princípio da afetividade não comanda o dever de afeto, porquanto se trata de conduta de foro íntimo, incoercível pelo Direito. O grande desafio é que, por mais que se queira negar, o afeto consiste em um elemento anímico ou psicológico. E, sob um certo aspecto, que urge ser pontuado, é um fator metajurídico que não pode ser alcançado pelas normas das ciências jurídicas, mas apenas pela normatividade da Moral. [...] o afeto só se torna juridicamente relevante quando externado pelos membros das entidades familiares através de condutas objetivas que marcam a convivência familiar, e, por isso, condicionam comportamentos e expectativas recíprocas e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade dos integrantes da família *vinculando as relações jurídicas com deveres de solidariedade e igualdade*. (Grifos nossos).

Portanto, considerando tais apontamentos e introjetando que os requisitos para o reconhecimento do parentesco socioafetivo desaguam sobre a exteriorização de condutas objetivas dos partícipes da relação, tem-se que a sua verificação num caso concreto é imprescindível para que reste reconhecida e validada esta modalidade de parentesco.

Nesse diapasão, Christiano Cassetari menciona os seguintes requisitos: o laço de afetividade; o tempo de convivência; e o sólido vínculo afetivo.¹⁸⁶ O laço de afetividade é exatamente o fator pelo qual existirá a relação parental, é o fato de estarem ligados pelo afeto.

¹⁸⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova figura de parentesco na contemporaneidade. **A Revista Brasileira De Direito Civil**. V. 4, abr.-jun./2015. p. 18.

¹⁸⁶ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014. passim.

Para o referido autor, discordando da classificação aqui já tratada, o laço de afetividade é indispensável para a configuração do parentesco socioafetivo. Já em nosso entender o afeto é o gatilho que enseja a união, mas não é ele que vai determinar a configuração jurídica do parentesco.

Desse modo, ele afirma que é necessário o laço de afetividade para que o parentesco se constitua, colocando o afeto no plano de existência, fazendo deduzir que, em casos onde finda o afeto, resta findado também o parentesco. O mesmo não valendo para os efeitos do parentesco, sobre os quais nada afirma.

Em contrapartida, Rodrigo da Cunha Pereira traz um importante esclarecimento para o Direito, quando diz que o afeto não é apenas um sentimento ou uma manifestação subjetiva. Ele se exterioriza e é alcançável pelo mundo jurídico nas condutas objetivas de cuidado, solidariedade, exercício dos deveres de educar, assistir etc., demonstradas nos relacionamentos de convivência familiar.¹⁸⁷

Para muitos doutrinadores a parentalidade socioafetiva é uma construção que nasce na “posse do estado de filho” ou “estado de filho afetivo”, e é nessa noção que se encontram seus requisitos. A posse do estado de filho se encerra na máxima: quem se apresenta como filho, é assim tratado no âmbito da família e da sociedade, filho é!

De acordo com Maria Berenice Dias, historicamente, a posse de estado de filho se caracteriza pela presença de três elementos: *Tractatus*, *Nomem* e *Fama*: “*Tractatus* – quando a pessoa é tratada pela família como filha; *Nomem* – o uso do sobrenome da família; *Fama* (ou *reputatio*) – a reputação, a notoriedade de ser reconhecida no meio social como filha.”¹⁸⁸ (Grifos nossos).

Nesse diapasão, propõe-se, então, que a posse de estado de filho, unida à continuidade e à convivência corporificam os requisitos jurídicos para a configuração do parentesco socioafetivo. Luiz Edson Fachin¹⁸⁹ contribui com importante lição:

Apresentando-se no universo dos fatos, a posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se assim, a regra jurídica da realidade. Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado de filho são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco. A

¹⁸⁷ Revista Ibdfam Famílias E Sucessões. Vol. 9. Rodrigo Da Cunha Pereira. **Parentalidade Socioafetiva: O Ato Fato Que Se Torna Relação Jurídica.**

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 49.

¹⁸⁹ FACHIN, Luis Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 57.

notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade que nem sempre exige atualidade, deve apresentar certa duração que revele estabilidade. Os fatos, enfim, dos quais se extrai a existência da posse do estado não devem causar dúvida ou equívoco.

Algumas ressalvas, porém, devem ser apontadas. O fato de o filho nunca ter usado o patronímico, não enfraquece a posse de estado de filho, desde que estejam presentes os demais elementos, ou seja, o trato e a fama, a confirmarem a verdadeira paternidade/maternidade. Sendo esses dois últimos elementos suficientes à caracterização da posse de estado.¹⁹⁰ Quanto à continuidade, afirma-se que é a necessidade de apresentar certa duração no tempo que revele estabilidade, não cabendo precisar quanto tempo é suficiente para estabelecer o parentesco, mas sendo certo que quanto maior for o tempo, maior será a certeza sobre a existência do vínculo. Sobre a convivência, Luiz Edson Fachin e Ana Carla Harmatiuk Matos explicam que a filiação socioafetiva se relaciona com a posse de estado de filho sem, contudo, confundir-se. Em suas palavras:

O tema da filiação não se restringe à noção de posse de estado, caminhando as transformações para a chamada filiação socioafetiva. Nesta, a convivência é o dado mais marcante. Não havendo o reconhecimento registral, não há o elemento *nomem* presente na posse de estado de filho. A filiação socioafetiva tem na posse de estado de filho um parâmetro, mas não absolutamente necessários os mesmos requisitos para a sua configuração. A posse de estado de filho é um importante referencial, contudo, não se pode ter a exigência enclausurada da sua configuração sob pena de mais uma vez se operar exclusões.¹⁹¹

Pois bem, para a relação afetiva ser reconhecida pelo Direito, deverá preencher tais requisitos, mas não deve estar engessada apenas neles, sendo necessária ampla verificação da realidade fática momento em que, mesmo não se percebendo esses requisitos, poderá se concluir pela configuração da parentalidade.

Assim, lembrando que nessa seção se tratou do conceito jurídico de parentesco socioafetivo, bem como dos requisitos necessários para sua configuração no Direito, se faz necessário reafirmar que é completamente possível que ele conviva harmonicamente com o parentesco biológico, ou seja, é amplamente possível que uma pessoa tenha dos pais/mães um socioafetivo outro consanguíneo, inclusive ambos podendo gerar efeitos sucessórios. Trata-se

¹⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Vol. I. Rio de Janeiro : Forense , 2014. p. 384.

¹⁹¹ FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação socioafetiva e alimentos. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 551-563. p. 557.

da multiparentalidade, possível decorrência da socioafetividade, e que será apresentada agora mais profundamente.

4.4 Multiparentalidade: parentesco socioafetivo e parentesco biológico, da importância da coexistência de ambos

A multiparentalidade surge exatamente ante as possibilidades que se abrem a partir do reconhecimento do parentesco socioafetivo. Existe a necessidade, por parte das novas relações parentais, de expressar a verdade de suas convivências, quando, por vezes, a parentalidade derivada do afeto ganha maior importância. Esses são, por exemplo, os casos de conviverem mais de um vínculo de paternidade ou maternidade, coexistindo o vínculo biológico e o afetivo. Como bem cita Christiano Cassettari¹⁹², essa hipótese é viável em várias oportunidades, tais como nos casos em que for possível somar a parentalidade biológica e socioafetiva, sem que uma exclua a outra. Acerca da multiparentalidade explica Maria Berenice Dias¹⁹³:

Agora surge a expressão famílias pluriparentais ou **mosaico**, que resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões. A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família-mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores.

A pluriparentalidade é uma decorrência do reconhecimento jurídico do parentesco socioafetivo. Quando o Direito afirma restar configurado, num dado caso, a parentalidade derivada do afeto e da convivência, é uma consequência inafastável a coexistência dos dois vínculos. Isso porque o parentesco consanguíneo existe por natureza e, mesmo que não seja exercida ali a paternidade/maternidade, não se pode dele escapar. Vislumbrando essa realidade é que, como já mencionado anteriormente, o STF afirmou a possibilidade de multiparentalidade, sendo essa a mais importante repercussão do julgamento do Recurso Extraordinário 898060. O acolhimento da possibilidade dessa multiplicidade de vínculos

¹⁹² CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 147.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

familiares, exclusivamente pela via de uma decisão da nossa Corte Constitucional, coloca, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal na vanguarda do direito de família.¹⁹⁴

Essas situações de manutenção de dois pais ou duas mães já vinham sendo objeto de algumas decisões judiciais e estavam figurando com intensidade na doutrina. Há, inclusive, um enunciado do IBDFAM aprovado sobre o assunto: enunciado nº 09 – “*A multiparentalidade gera efeitos jurídicos*”, do X Congresso Brasileiro de Direito de Família, ficando esse instituto expressamente declarado também na Tese de Repercussão Geral 622 do STF.¹⁹⁵

Sem dúvidas que haverá casos em que o parentesco socioafetivo se sobreporá ao parentesco consanguíneo, exatamente porque a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade, sempre cogitada no parentesco socioafetivo constituindo-se inclusive em sua razão de existir. Porém, ainda assim, não há que se falar na exclusão da dimensão biológica da filiação.

O art. 227, § 6º, da Constituição Federal é que dá fundamento à necessidade de coexistência das filiações socioafetiva e biológica. O mencionado artigo traz declaradamente a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer discriminação relativa à filiação. Esse artigo, apesar de se referir inicialmente a discriminações contra os ditos filhos bastardos, deve ser transportado para a atual realidade da multiparentalidade.

A rigor, o que vale mesmo é que haja verdade na relação. Quando se diz ‘verdade na relação’ trata-se da necessidade de que o relacionamento materno/paterno/filial seja permeado pelo afeto, pelo cuidado e pela solidariedade. Dessa maneira, carregando uma convivência que traduza realmente o sentido de viver em família na contemporaneidade, uma família que vá além da tradição patrimonial, onde o mote seja cada vez mais o desenvolvimento da personalidade de seus entes.

Do contrário, não há porque pretender a afirmação da multiparentalidade, se esta verdade estiver presente apenas na relação socioafetiva, e voluntariamente não for buscada com relação ao vínculo biológico. Em nosso entendimento, para que haja a multiparentalidade, é necessário haver verdadeira relação entre filhos e pais/mães, com o intuito de resguardar que essa grande evolução doutrinária e jurisprudencial ocorrida no Brasil

¹⁹⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e a multiparentalidade. **Conjur**. Colunistas. 2016.

¹⁹⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e a multiparentalidade. **Conjur**. Colunistas. 2016.

acerca do tema, não seja usada de maneira equivocada, com pretensões meramente patrimoniais, por exemplo.

Desse modo, *a priori*, deve existir a multiparentalidade, fazendo conviver os dois vínculos mas, novamente conforme nossas convicções, caso haja relação apenas em um deles – vislumbre que na parentalidade socioafetiva também pode ser cindida a relação e, ainda assim, permanecer a prolação de efeitos, uma vez já configurada por algum tempo – deve prevalecer este que persistir.

Essa prevalência na hipótese aventada é imprescindível para evitar demandas frívolas, com fundamento que foge da realidade que se pretende construir nas relações de família atuais. A sobreposição de vínculos, à qual se refere, faria cessar ou relativizar os efeitos jurídicos concernentes à parentalidade/filiação daquele vínculo onde findou ou mesmo não existiu a relação, desde que essa cisão tenha ocorrido por voluntariedade.

Merece ressalva, no entanto, que essa cessação ou relativização, em nossa inteligência, não é cabível quanto às obrigações decorrentes da condição de ser mãe/pai, como, por exemplo, a alimentícia. Essas são inafastáveis, exatamente por serem obrigatórias, só se admitindo falar dessa compreensão para os efeitos jurídicos que são deveres decorrentes não da parentalidade, mas meramente de imposição legal, como é no Brasil o direito de herança.

Desse modo, compreende-se que estão assentados os pressupostos para a entrada na discussão central deste trabalho, que é o modo e a participação na sucessão nos casos de multiparentalidade, discussão diretamente ensejada pela possibilidade que se abre pela multiparentalidade, de uma pessoa receber duas ou mais heranças.

Nesse capítulo, buscou-se demonstrar o caminho da recepção da afetividade pelo Direito, desde sua colocação como princípio constitucional implícito, decorrente da plêiade de valores que a CF/88 resguarda, até sua afirmação como instituto jurídico demarcador de vínculo parental. Aceito o parentesco socioafetivo e resguardado o mandamento de que ele deve conviver com o parentesco biológico, condição que faz surgir a multiparentalidade, com todas as suas conseqüências dentro do Direito.

Sabendo dessas conseqüências e vislumbrando a possibilidade de alguém receber múltiplas heranças com intenção meramente patrimonial é que se alerta para a necessidade de impor na averiguação da vocação hereditária mais do que o critério do parentesco. Desse tema se tratará mais detidamente a partir de agora.

5. DA SUCESSÃO NOS CASOS DE MULTIPARENTALIDADE – O CUIDADO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO PARA HERDAR

As mudanças nas relações e no sentido de viver em família perpassaram toda a construção deste trabalho. Apresentou-se, desde o início, a importância do afeto nas relações modernas e até mesmo no fazer científico, justificando a necessidade de avanço da construção da juridicidade e do modo de aplicação do Direito às complexas interações sociais contemporâneas, sobretudo às de família.

Desse modo, a colocação do afeto como categoria epistêmica, em contraponto ao paradigma racional moderno, ensejou e enseja diversas modificações na construção e na análise jurídica. Entre essas mutações encontra-se a parentalidade socioafetiva, totalmente inserida no cenário de tentativa de enxergar e manejar o Direito sob uma ótica não exclusivamente legalista.

Essa dita transição do paradigma puramente racional para a inclusão do afeto como categoria epistêmica faz sentido quando se observa que a percepção da realidade apenas pela racionalidade não é capaz de apreender as diversas vertentes e nuances de um dado fato, ainda mais se tratando de casos de família.

Trazer todas essas informações a este trabalho não foi por acaso. Quando se vislumbra a inserção do cuidado como critério para participar das sucessões, aponta-se para a quebra de uma lógica exclusivamente racional-legalista-biológica na legitimação para herdar, posto que, é esse um critério subjetivo desconsiderado pelo ordenamento atualmente.

Conforme se abordará mais detidamente em tópico específico, é imprescindível para compreender o cuidado como critério para herdar que, não necessariamente, igualdade representa Justiça. Desse modo, o sistema vigente por vezes se traduz em injusto quando coloca o critério objetivo apenas da parentalidade e, até pouco tempo, somente do parentesco biológico, para suceder.

Em nossa percepção, se o Direito de Família aponta para a elevação do afeto como valor principal e, inclusive, já reconhece uma modalidade de parentesco derivado da convivência afetiva, também quanto às relações sucessórias, é essencial cambiar o sistema atual.

Conforme ficou aqui escrito, na linha de afirmação da parentalidade, como uma construção social derivada do afeto, determinando requisitos para o seu reconhecimento

jurídico, afirmou-se, baseado em consagrada doutrina, que é da maior importância nessa verificação a demonstração da convivência e de condutas objetivas de cuidado e solidariedade.

Nesse sentido, se a família aponta para a despatrimonialização de suas relações, colocando a sua razão não na perpetuação do patrimônio, mas sim na qualidade das interações entre seus entes e no desenvolvimento da dignidade e da personalidade de cada um, o critério puramente parental para participar da sucessão passa a ser um contrassenso.

No cenário atual, vê-se que os pais, cada vez mais, devotam todo seu empenho na construção da personalidade dos filhos, buscando lhes dar total acesso à informação e educação técnica para que assumam as rédeas de suas vidas com total liberdade de escolha, mesmo com todas as pressões sociais, para serem quem realmente são, independente da posição dos pais.

É passado o tempo em que o sobrenome e a posição da família deveria se perpetuar pelas gerações, sem levar em consideração as escolhas e as aptidões dos filhos. Na nova conjuntura que se desenha, claro, não prevalecendo para a totalidade das famílias, a relação das pessoas com o patrimônio é diferente, deixando ele de ser fim, para se tornar meio.

Por tudo isso, muda também a relação das famílias com a herança. Se antes a herança parecia uma obrigação, agora ela parece começar a ser apenas a necessidade de transição da propriedade do patrimônio, consequência da morte do sucedido, o que não evita os tão prolatados conflitos sucessórios, sobretudo quando os herdeiros ainda não conseguiram estabilidade financeira.

Desse modo, se a busca dos pais, sob a égide do princípio da paternidade responsável, é cada vez mais pela promoção da plena personalidade dos filhos, dando-lhes liberdade de escolha de caminho de vida o qual seguir, estando tal fator alinhado à crescente democratização das relações de família aqui tão mencionada, além do fato de a realidade da família estar cada vez mais calcada na afetividade e na solidariedade, surge inevitavelmente a pergunta: por que o critério para suceder é determinado apenas pelo fato de ser filho independente da origem da filiação?

Se há o princípio da paternidade responsável, haverá de existir também o princípio da filiação responsável, a fim de equilibrar a balança do cuidado. No sistema atual, os herdeiros necessários (dentre eles os descendentes, além dos ascendentes e cônjuges), não têm qualquer obrigação que deva ser cumprida para que admitam vocação hereditária, ou seja, legitimidade

para herdar, bastando, com algumas discussões acerca do tema, ser nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão.

Ora, exercer a paternidade/maternidade com responsabilidade é uma obrigação, mas deixar herança não o é. Colocar o cuidado como requisito para herdar ou como base de cálculo da porcentagem da herança a ser recebida, nos parece representar adequação da realidade jurídico-sucesória à atual configuração da vida em família.

É necessário mencionar, a título de curiosidade, o exercício de imaginar o quanto essa medida evitaria, por exemplo, casos de abandono de idosos. Esse fator nos faz pensar além, na seguinte cognição: que não é apenas o cuidado que deve ser requisito, mas sim um cuidado qualificado, permeado pelo afeto, afinal, nem quando se diz que “cuidou como se fosse seu”, não há garantia de bom cuidado.

Esse cenário já tão intrincado ganha ainda mais reverberação quando se vislumbra casos de multiparentalidade que, sem sombra de dúvidas, já são uma realidade. Em casos dessa natureza podem facilmente ocorrer demandas sucessórias sem que tenha havido qualquer relação de convivência, apenas movidas por intenções patrimoniais, indo de encontro ao fundamento de afirmação da parentalidade socioafetiva.

Feitas essas importantes digressões e apontamentos basilares, parte-se para aprofundar o tema central deste trabalho que é primeiramente a discussão da legitimidade para suceder, ocasião onde se introduzirá logo a seguir a análise crítica dos atuais requisitos para tanto e posteriormente se proporrá a colocação do requisito do cuidado.

5.1 Participação na sucessão – da legitimidade para suceder

A legitimidade para suceder, que é a capacidade específica para participar da sucessão, não pode ser confundida com a capacidade geral aquela que se assume quando adquirida a personalidade jurídica e que, somada à capacidade de fato ou de exercício, resulta na capacidade civil plena.¹⁹⁶ Porém, a legitimação traduz uma capacidade específica, de modo que, nem toda pessoa capaz pode estar legitimada para a prática de um determinado ato

¹⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115-116.

jurídico, não havendo, portanto de se confundir capacidade e legitimidade. Sendo assim, bem explicam Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano¹⁹⁷:

Aplicando essa linha de raciocínio para o campo do Direito Sucessório, temos que, para se inserir na relação jurídica hereditária, o sujeito deve ter uma pertinência subjetiva juridicamente autorizada, ou, em outras palavras, legitimidade sucessória passiva para receber a herança. Não é toda pessoa, pois, que pode ser chamada a suceder. Deverá haver legitimidade para receber a herança, o que se estuda no âmbito da “vocação hereditária.

Portanto, para participar da sucessão   necessária uma capacidade jurídica específica, que é a legitimidade para suceder, a qual se denomina de “vocação hereditária”. É o art. 1.798 do Código Civil que traz a regra geral que regulamenta esta legitimação. De acordo com esse artigo, têm vocação hereditária as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. A despeito de existirem ainda situações mais específicas de legitimação, previstas no art. 1.799 CC, em geral a regra   esta apontada acima.

Assim, falar em vínculo sucessório é tratar de legitimidade para suceder, ou seja, a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido, como bem explica Caio Mário da Silva Pereira.¹⁹⁸

Desse modo, conforme se observa da intelecção da norma descrita, em termos simplificados, qualquer pessoa viva pode herdar. Ocorre que, no Brasil, divide-se a sucessão em duas modalidades, são elas: a sucessão legítima e a testamentária. Na modalidade testamentária, o autor da heranç  – ainda vivo (por óbvio) –, expressa a autonomia de sua vontade através de ato jurídico negocial, especial e solene, denominado testamento, que deve atentar a regras de ordem pública.¹⁹⁹

No testamento, o testador tem a liberdade de escolher, novamente grifando a necessidade de respeitar regras de ordem pública, aqueles ou aquele a quem beneficiar, momento em que poderá determinar parte do patrimônio   pessoa alheia daquelas de seu rol de parentes. Essa manifestação da vontade, em benefício de pessoa alheia ao rol de seus herdeiros necessários – ascendentes, descendentes e cônjuge, não pode ultrapassar a razão de

¹⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

¹⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 24.

¹⁹⁹ Ibid. p. 43.

50% do total do patrimônio, isso ocorrendo por força de lei. A essa parte indisponível do patrimônio nomeia-se cota legítima ou somente legítima.²⁰⁰

Assim, tem-se que, em casos onde o *de cujus* não deixa testamento ou, em outras palavras, não deixa expressão de sua vontade – maioria esmagadora no Brasil – a sucessão será regida pela lei, é a sucessão legítima (que não se confunde com a cota legítima). Nesta modalidade, a transmissão do patrimônio é feita, devendo respeitar dada ordem, exclusivamente a parentes, também aqui ressalvada a cota obrigatória de 50% do patrimônio aos herdeiros necessários, especificamente, os ascendentes, descendentes e cônjuge, ou seja, parentes mais próximos, como já escrito anteriormente. De acordo com o art. 1829 do Código Civil²⁰¹:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III- ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais.

Portanto, conforme se depreende do texto legal, na sucessão legítima, a vocação hereditária deve respeitar uma ordem de distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, nas quais estão exclusivamente parentes. Novamente pelas palavras de Caio Mário da Silva Pereira²⁰², afirma-se:

A ideia predominante na matéria é o parentesco, não para significar uma exclusividade, pois que os sucessíveis não se restringem aos parentes, porém no fito de esclarecer que a distribuição dos convocados não o perde de vista. O elemento básico e informativo da sucessão é, pois, o parentesco.

Nesse sentido, se o elemento básico e informativo da sucessão é o parentesco, inclui-se nesse rol, qualquer tipo de parentesco. Quanto aos parentes biológicos nunca sobreveio qualquer dúvida quanto à sua legitimidade para participar da sucessão, ocorre que, com a

²⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 183

²⁰¹ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

²⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 71.

compreensão de que a parentalidade pode também ser proveniente de relações sociais, tal fato já estando inclusive reconhecido pelo STF em julgamento já explanado anteriormente.

É necessário trazer que, tendo em vista o critério do parentesco para suceder, e o reconhecimento do parentesco socioafetivo pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 1.593 CC é que informa quem são os parentes exatamente quando diz: que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem, se encaixando o parentesco socioafetivo nesta “outra origem”. Portanto, considerando que a socioafetividade cria sim relação de parentesco, passa ela então a atender à vocação hereditária, gerando assim a possibilidade de o filho por socioafetividade suceder nos mesmos parâmetros que aqueles dos demais vínculos parentais.

De acordo com Christiano Cassettari²⁰³, no que tange a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, conclui-se que serão aplicadas todas as regras sucessórias à parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito. Assim, também já entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁰⁴:

Direito processual civil – Direito de família – Ação de investigação de maternidade, cumulada com retificação de registro e declaração de direitos hereditários – Impossibilidade jurídica do pedido – Art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil – Extinção do processo sem resolução do mérito. Dá-se a impossibilidade jurídica do pedido, quando o ordenamento jurídico abstratamente vedar a tutela jurisdicional pretendida, tanto em relação ao pedido mediato quanto à causa de pedir. Direito Civil – Apelação – Maternidade Afetiva – atos inequívocos de reconhecimento mútuo – testamento – depoimento de outros filhos parentesco reconhecido – recurso desprovido. A partir do momento em que se admite no Direito Pátrio a figura do parentesco socioafetivo, não há como negar, no caso em exame, que a relação ocorrida durante quase dezenove anos entre a autora e a alegada mãe afetiva se revestiu de contornos nítidos de parentesco, maior, mesmo, do que sanguíneo, o que se confirma pelo conteúdo dos depoimentos dos filhos da alegada mãe afetiva e do testamento público que esta lavrou, três anos antes de morrer, reconhecendo a autora como sua filha adotiva (TJMG; Ap. Cível 1.0024.03.186.459-8/001; 4ª C.C.; Rel. Des. Moreira Diniz; publicado em 23.3.2007).

Sendo assim, conclui-se, conforme tudo o quanto exposto que, em linhas gerais, o parentesco define a vocação hereditária, ou seja, são os vínculos parentais que determinam quem será legitimado a participar da transmissão de bens do *de cuius*. Não restando quaisquer

²⁰³ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014. p.119.

²⁰⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Jurisprudência. **Diário da Justiça**. Belo Horizonte. 23 de março de 2007.

dúvidas de que, também quanto ao parentesco socioafetivo, vale esta regra, incabível toda possível tentativa de não extensão das regras sucessórias a esses casos.

Ocorre que o reconhecimento do parentesco socioafetivo abriu as portas para a multiparentalidade, ou seja, a coexistência de dois vínculos parentais, ensejando casos em que, por exemplo, um filho pode ter dois pais, sendo um biológico e um socioafetivo, possibilidade que entendemos completamente possível, defendendo que não recaia sobre ela qualquer impedimento, pois tais situações refletem ocorrências da vida que já se tornam corriqueiras nestes tempos.

A possibilidade de existirem dois pais ou mães, de vínculos parentais diferentes, devendo conviver essas duas modalidades de parentesco conforme entendimento do STF, enseja, no entanto, a seguinte questão: o filho socioafetivo deve herdar como o biológico, posto que, não há diferença entre essas modalidades de parentesco, porém, recaindo sobre a mesma pessoa a filiação consanguínea e a socioafetiva, está essa pessoa estaria legitimada a participar das duas sucessões e receber herança de dois pais ou duas mães?

É esse questionamento que basicamente motiva este trabalho e será enfrentado detidamente nos próximos tópicos, porém desde logo se aponta que, em nossa opinião, não deve haver qualquer impedimento para que alguém receba múltiplas heranças, inclusive é esta a orientação do STF, porém, ressaltamos que o recebimento dessas heranças deve decorrer de uma situação real de parentesco, e não serem motivadas apenas pela intenção meramente patrimonial.

5.2 A sucessão nos casos de multiparentalidade

A Tese de Repercussão Geral 622 do STF afirma o seguinte: "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".²⁰⁵

Da redação da tese se extraem as subseqüentes premissas: a primeira informa que a paternidade socioafetiva e a biológica podem e devem coexistir e conviver e a segunda anuncia que, em casos dessa natureza, de coexistência dos vínculos, serão admitidos os efeitos jurídicos próprios a ambos.

²⁰⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. **Diário de Justiça**. Brasília, 22 de setembro de 2016.

Desse modo, se na coexistência dos vínculos forem a eles admitidos os efeitos jurídicos próprios de cada um, a conclusão evidente é que, sendo a sucessão uma consequência jurídica própria do parentesco, aquele que cumular a filiação socioafetiva e biológica está legitimado a suceder em ambas.

Quando se avista casos onde a pretensão de reconhecimento da multiparentalidade é motivada exclusivamente pela satisfação da dignidade de uma dada pessoa, como, por exemplo, quando uma filha cujos pais são socioafetivos, sendo criada por eles em razão da morte durante o parto da mãe biológica, e a filha busca fazer constar o nome da mãe biológica em seu registro por homenagem a quem lhe trouxe à vida; não sobrevêm maiores questionamentos, posto que a causa de tal pretensão parece imensamente justa.

Ocorre que, quando a motivação do reconhecimento da multiparentalidade envolve aspiração propriamente patrimonial-sucessória, tudo muda de figura. O reconhecimento que poderia ser pacífico se torna uma contenda típica das questões que envolvem patrimonialidade, sobretudo porque, havendo conflito, fica evidenciado que a tentativa de reconhecimento não deriva de uma situação normal da vida.

Porém, independente dessas discussões, a regra é de que, vislumbrando a importância da coexistência dos vínculos já afirmada pelo STF, não cabendo, a priori, um se sobrepor ao outro, em casos de multiparentalidade, não há qualquer impedimento para que uma pessoa receba herança do pai/mãe socioafetiva e do pai/mãe biológico.

5.3 Sucessão hereditária – discutindo a não obrigação de deixar herança e o fato do parentesco ser o requisito único para herdar

A intenção deste tópico é apresentar o fato de que não há obrigação de deixar herança, e que o parentesco não deve ser o requisito único para herdar. Faz sentido falar acerca desse tema porque, pensando que um dos intuitos deste trabalho é sugerir a colocação de outro requisito para participar da sucessão, ou para calcular a cota sucessória, é importante demonstrar que se não há obrigação de deixar herança, aquele que deseja fazer jus a ela deve ter merecimento para tanto.

Em outras palavras, lembrando, conforme já dito, que pela regra atual o único critério para participar da sucessão é basicamente ser parente. O entendimento é de que tal

critério é insuficiente para aferir a condição de herdeiro, isso se dando exatamente pela não existência de obrigação de deixar herança.

Nas relações obrigacionais, o único requisito necessário para que o devedor preste algo em favor do credor é a existência da própria obrigação. Exatamente por isso, que uma das características das obrigações jurídicas é a sua coercitividade, ou seja, a capacidade implícita de se fazer opor a outrem. É assim, por exemplo, na obrigação alimentar, quando basta que seja verificada a filiação para que a obrigação se imponha do pai/mãe devedor em relação ao filho credor, pouco importando a qualidade da interação entre pais e filhos.

Ocorre que, tratando-se da sucessão hereditária, apesar de não existir a obrigação de deixar herança, como há a obrigação de alimentar, o simples fato de ser parente já habilita a pessoa a herdar, parecidamente com o dever alimentício que se impõe também exclusivamente pela condição de ser parente (ascendente ou descendente). Isso é ensejado pelo sistema sucessório atual e sua natureza, conforme se explicará a seguir.

Inicialmente, é necessário trazerem-se noções do conceito do Direito Sucessório, que nada mais é que o conjunto de normas que disciplina a *transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte*, ou seja, é a modificação da titularidade de bens que é o objeto de investigação deste ramo do Direito, estando, portanto, intimamente vinculado ao Direito de Propriedade, resguardando a propriedade privada para além da morte.²⁰⁶

Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze²⁰⁷ ensinam que “[...] a sucessão hereditária ou mortis causa dá-se quando, em virtude do falecimento de alguém, seu patrimônio é transferido a determinadas pessoas, legitimadas a recebê-lo, as quais, assim, substituem-no na titularidade desses bens ou direitos”. Devendo-se considerar, para tanto, a natureza imobiliária da herança e o fato de que um patrimônio jamais poderá remanescer sem titular.

Do conceito do Direito Sucessório extrai-se, portanto, a seguinte noção: falar em sucessão é falar em transferência do patrimônio de uma pessoa, em função de sua morte. Essa transferência do patrimônio do autor da herança é gratuita e incondicionada ao herdeiro, não sendo necessária, nos casos de sucessão legítima, a manifestação de vontade do *de cujus* e não tendo o herdeiro que comparecer com qualquer contraprestação para a aquisição do patrimônio, ressalvadas as taxas e os impostos públicos, estes, devidos ao Estado.

²⁰⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil**: direito das sucessões. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32-34.

²⁰⁷ Ibid. p. 43.

Assim o é, porque no Brasil se adota o Sistema Sucessório da Divisão Necessária, quem explica acerca desse sistema é Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho²⁰⁸:

De acordo com esse modelo, o autor da herança teria apenas uma relativa margem de disponibilidade dos seus bens, caso existissem herdeiros considerados necessários. Vale dizer, em havendo sucessores dessa categoria, parte da herança obrigatoriamente lhes tocara, não sendo permitido ao seu titular, mesmo em vida, dispor da quota reservada.

Nas palavras acima se revelam dois fatos importantes: o primeiro é a mitigação da autonomia da vontade em matéria sucessória no Brasil; e o segundo é a obrigatoriedade criada pela lei de que metade do patrimônio já está garantida aos herdeiros necessários, sem que nada necessitem fazer para isso.

A lei brasileira, além de não permitir que o proprietário do patrimônio disponha dele como bem quiser, entrega metade deste patrimônio aos herdeiros necessários. Isso sem falar que quanto à metade disponível, caso não haja estipulação em vida do autor da herança acerca da destinação deste montante, também ele será designado aos herdeiros necessários, respeitando a ordem de vocação da sucessão legítima.

Nesse sentido, tem-se duas premissas: uma é a de que a lei brasileira estipula a transmissão gratuita e incondicionada de patrimônio aos herdeiros em casos sucessórios, ocorrendo uma substituição de pessoas na propriedade dos bens; a segunda é a de que pouco importa a autonomia da vontade do autor da herança para que seus parentes o sucedam, posto que em vida só poderá dispor da metade do patrimônio, e em morte transfere-se automaticamente aos herdeiros legítimos.

É interessante traçar o seguinte paralelo, em casos de transmissão da propriedade de um dado patrimônio, geralmente, ou há onerosidade, ou condição, ou ao menos manifestação da vontade. A exemplo disso, tem-se o contrato de compra e venda, onde há uma substituição na propriedade do bem, porém, apenas mediante o pagamento do preço, sendo esse um caso de transmissão onerosa.

No entanto, há ocorrências de transmissão de propriedade não onerosa além da sucessória, são, por exemplo, os casos de doação, que apesar de serem gratuitas, podem ter impostas condições, e, além disso, dependem de manifestação da vontade de quem doa,

²⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil**: direito das sucessões. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

imaginando-se que certamente essa doação terá motivo justo, que não o mero fato de alguém ser parente, e mesmo que seja feita a parente, ante sua liberalidade, acredita-se que será feita a um congênere que seja estimado pelo doador.

Diante de tudo o quanto exposto, portanto, constata-se que, em verdade, não existe obrigação de deixar patrimônio aos sucessores. O que há – não querendo aqui discutir a respeito, mas apenas a título de informação necessária a este trabalho – é a decorrência de uma escolha legal e sistêmica para a proteção da propriedade privada deixada pelo falecido, não permitindo que ela pereça e assegurando a sua manutenção.

A não existência de obrigação de deixar patrimônio aos sucessores tem por resultante o fato de o recebimento da herança ser gratuito e incondicionado, não dependendo de preço, manifestação de vontade (ressalvados alguns casos), condição, ou qualquer esforço de quem sucede em prol de quem é sucedido. Caso houvesse essa obrigação, estaria resolvido o debate sobre a capacidade de o parentesco ser requisito suficiente para herdar, posto que, conforme já mencionado, o devedor de uma obrigação deve cumpri-la, independente da condição do credor, diferindo, por exemplo, da doação, quando, muito provavelmente, a personalidade do donatário importará na decisão de doar, afinal é difícil alguém doar a quem odeia.

Porém, mesmo não existindo tal obrigação e sendo a transmissão do patrimônio do *de cuius* fruto da proteção e manutenção da propriedade, ainda assim, visando combater injustiças, haveria de guardar outros requisitos, posto que, em nossa visão, entendendo o patrimônio como o fruto do esforço de uma vida, ele ser transmitido a uma pessoa apenas pelo simples fato de ela ser parente, é esquecer-se do valor do trabalho, do esforço, do cuidado, ou da convivência para impor como valor apenas a perpetuação da propriedade.

Na prestação alimentícia, obrigação fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, faz todo sentido a existência da imposição legal, visto que essa imposição visa salvaguardar a sobrevivência e a construção da personalidade do filho, funcionando a lei como elemento coercitivo de uma atitude que deveria ser espontânea.

No entanto, esta máxima valer ainda hoje para os casos sucessórios é dissonante com a realidade da concepção de vida familiar que se busca hoje em dia, na qual a relação com o patrimônio deixou de ser fim para ser meio. A família caminha para não se determinar por

suas posses, mas sim pela qualidade de suas interações e pela busca da satisfação e do aprimoramento da personalidade de seus entes. Nas palavras de Clóvis Bevilacqua²⁰⁹:

Juristas e filósofos há, para os quais o direito hereditário é uma criação obnóxica da lei, que deve, quanto antes, ser eliminada. MONTESQUIEU achava que ‘a lei natural ordenava aos pais que alimentassem seus filhos, mas não os obrigava a fazê-los herdeiros’. AUGUSTO COMTE, julgando imoral a sucessão legítima, dizia, por seu turno, que, no estado normal da civilização, os filhos, ‘depois de receberem uma educação completa, não deviam esperar dos pais, qualquer que fosse a sua fortuna, senão o auxílio indispensável para a honrosa inauguração da carreira que escolhessem’.

Não que entendamos que o patrimônio, em caso de morte de seu proprietário, deva ser convertido em proveito da sociedade, sob o argumento de que a origem da riqueza é social. Mas o que vislumbramos é a possibilidade de o merecimento ser parte dos requisitos para herdar, contemplado pela lei, quando não houver disposição de vontade do sucedido, ou estipulado livremente pelo autor da herança, sem qualquer imposição. Sendo que em nossa proposição, este merecimento seria derivado do cuidado assim como será explicado adiante.

Ao avançarmos na discussão, faça-se o esforço de imaginar todo esse questionamento acerca dos moldes da sucessão hereditária quando no âmbito da multiparentalidade. Com certeza, se elevará ao quadrado ou ao cubo as intercorrências e multiplicar-se-ão as interpelações sobre os valores da sociedade e do sistema jurídico.

Isso porque, se pode parecer injusto receber uma herança pelo simples fato de ser parente, projeta-se que as discussões sobre a injustiça da possibilidade de receber inúmeras, serão ainda maiores. Porém, como visto, a multiparentalidade é uma realidade, assim como a chance de receber herança de dois pais ou mães, um biológico outro socioafetivo.

A questão, então, é perseguir a adequação dessa realidade à configuração das relações de família que se estimula hoje em dia. Se a herança é benefício gratuito e incondicionado estipulado pela lei em favor dos parentes sobreviventes, sem a necessidade da manifestação de vontade do *de cuius*, por que não colocar o requisito do cuidado para participar da herança, já que se nos fosse dada a possibilidade de escolha livre de quem gostaríamos que nos sucedesse e do modo de nossa sucessão, certamente escolheríamos aqueles que nos são mais caros.

²⁰⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Sucessões. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1945, p. 14-15. *Apud.* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: direito das sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2014.

5.4 O cuidado como requisito sucessório – do conceito de cuidado e sua posição no mundo jurídico

No sistema jurídico sucessório atual, assim como já explicado, em linhas gerais, o requisito para estar legitimado a receber herança é o vínculo de parentesco, não necessitando haver da parte do sucessor qualquer merecimento para assumir a propriedade do patrimônio remanescente.

A proposta deste trabalho é, então, a colocação do cuidado como requisito da participação na sucessão, ou seja, que a cota sucessória seja calculada a partir do cuidado prestado. Essa proposição se aplicaria para a resolução dos casos conflituosos de sucessões multiparentais.

A princípio, para explicar como o cuidado atuará como tal requisito, é necessário conceituá-lo. Roberta Tupinambá²¹⁰ ensina que, com relação à terminologia do cuidado, “muitos estudiosos entendem que esta palavra é derivada do latim – “cura” e que outros afirmam que advém de *cogitare – cogitatus*, cujo sentido é o mesmo de “cura” – mostrar interesse, ter atenção, atitude de desvelo, preocupação, bom trato”.

Da etimologia da palavra ‘cuidado’, portanto, já muito resta apresentado do que se pretende ver consagrado como valor jurídico considerado quando da legitimação a herdar. Falar em merecimento nesses casos é exigir uma atuação positiva (um fazer), ou seja, averiguar se o postulante a receber herança teve, perante o sucedido, uma atitude de cuidado (mostrar interesse, ter atenção, desvelo, preocupação, bom trato).

Leonardo Boff²¹¹ define a terminologia do cuidado do seguinte modo:

O que se opõe ao descuido e ao descaso é o cuidado. Cuidar é mais que um ato; é uma atitude. Portanto, abrange mais que um momento de atenção, de zelo e de desvelo. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro.

²¹⁰ TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva. [et. al.] (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 362.

²¹¹ BOFF, Leonardo. **Saber cuidar. Ética do humano – compaixão pela terra**. Rio de Janeiro: Vozes, Petrópolis, 2004. p. 33.

Desse modo, a atitude (de cuidado) seria uma fonte geradora de atos, localizando-se como uma situação de fato. Essa compreensão é muito importante, posto que, para aceitar o cuidado como condição para herdar, é fundamental seja feita sua quantificação, em outras palavras, o mais significativo não é o cuidado enquanto sentimento, mas sim, como atitude, consubstanciada em atos. Daí porque Leonardo Boff reconhece que o cuidado seria um *modo-de-ser essencial*²¹².

Elevar o cuidado a requisito para dimensionar a participação na sucessão coaduna-se completamente com tudo que já foi expresso nesse trabalho. Demonstrado o movimento de despatrimonialização das relações familiares, a proposição do cuidado, este intimamente ligado à afetividade, como condição de legitimação para herdar, faz todo sentido ante o que se vislumbra como novo rumo das interações de família.

É importante mencionar que o cuidado já recebe amplo abrigo no ordenamento jurídico pátrio. Com o advento da Constituição Federal de 1988, assim como já dito aqui, foram causadas significativas mudanças no âmbito do Direito, mais especificamente no âmbito dos princípios jurídicos e do conceito de família, exatamente na esteira dessas modificações, que se identifica a inserção do cuidado como valor jurídico em nosso ordenamento, ligado diretamente à promoção da dignidade da pessoa humana.

Sem dúvida que os vetores atuais das relações familiares são cada vez mais a afetividade e o cuidado. O cuidado está presente na razão de ser de vários institutos e princípios jurídicos, como por exemplo, o princípio da paternidade responsável, a indenização por abandono afetivo, além de diversas passagens do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.

A partir da percepção e convencimento de que o afeto e as relações socioafetivas foram reconhecidos de forma significativa no Direito de Família, não se pode afastar a possibilidade de também incluir o cuidado no âmbito do Direito, chegando inclusive ao Direito Sucessório, o ramo jurídico mais hermético e impassível de mudanças.²¹³

Um exemplo claro de reconhecimento do cuidado como valor jurídico foi a decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça que concedeu, de forma precursora, uma reparação por abandono afetivo. Este acórdão, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no

²¹² BOFF, Leonardo. **Saber cuidar. Ética do humano – compaixão pela terra**. Rio de Janeiro: Vozes, Petrópolis, 2004. p. 34.

²¹³ PEREIRA, Tânia da Silva. Prefácio. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REsp 1.159.242/SP, utilizou o cuidado como ponto nodal da supracitada decisão judicial. *A partir do descumprimento do dever jurídico de cuidado apuram-se as demais conseqüências jurídicas, culminando com a caracterização do abandono afetivo.* A Ministra foi taxativa ao afirmar o cuidado como valor jurídico neste julgado.²¹⁴

Mais do que valor ou princípio, o cuidado deve mesmo ser entendido como um dever jurídico. Se assim admitido fica fácil compreender sua colocação como requisito para participação ou modo de participação na sucessão. O cuidado passa a ser reconhecido como tarefa, e receber herança passa a pressupor merecimento derivado de ações positivas.

Deve-se mencionar também que, além da íntima ligação entre cuidado e afetividade, há uma estreita conexão entre o cuidado e o princípio da solidariedade. A solidariedade, antes concebida apenas como dever moral, compaixão ou virtude, passou a ser entendida como princípio jurídico após a Constituição Federal de 1988, estando expressamente disposta no art. 3º, I.²¹⁵

Este princípio está implícito em outros artigos do texto constitucional, ao impor à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) a proteção da entidade familiar, da criança e do adolescente e ao idoso (arts. 226, 227 e 230 CF), respectivamente. A solidariedade, enquanto princípio, advém claramente do dever civil de cuidado ao outro. É resultante da superação do individualismo jurídico, como ocorria na sociedade dos primeiros séculos da modernidade e se preocupava predominantemente com os interesses patrimoniais e individuais.²¹⁶

A legislação sucessória vigente reflete essa preocupação patrimonial não por acaso. Uma breve investigação faz constatar que o ramo jurídico que menos mudou com o advento do Código Civil de 2002 foi exatamente o ramo hereditário, ou seja, a normatização relativa às sucessões são quase idênticas às do Código Civil de 1916, cujo projeto data de ainda antes. Desse modo, é fácil afirmar que o Direito Sucessório de hoje expressa valores do final do século XIX e começo do século XX.

É um contrassenso a normatização hereditária ainda não estar em acordo com os valores expressos pela CF/88. Em nosso humilde entender, a colocação do cuidado como

²¹⁴ CALDERÓN, Ricardo. Afetividade e cuidado sob as lentes do direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva [et. al.] (Org.). **Cuidado e afetividade**. São Paulo, Atlas, 2017. p. 518-519.

²¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 224.

²¹⁶ CALDERÓN, Ricardo. Afetividade e cuidado sob as lentes do direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva [et. al.] (Org.). **Cuidado e afetividade**. São Paulo, Atlas, 2017. p. 518-519.

requisito para suceder, buscando retirar o foco da noção unicamente patrimonial, caminharia no sentido de aproximar o Direito Sucessório dos princípios elevados a protagonistas do ordenamento jurídico pátrio após a Carta Magna em vigência.

A legislação, no entanto, já comporta alguns institutos que em sua caracterização se assemelham de algum modo com o fato de condicionar a participação na sucessão ou a transmissão de patrimônio à atitude de cuidado do herdeiro em relação ao autor da herança, ou do adquirente em relação ao transmitente.

São os casos, por exemplo, da Doação Remuneratória e da Doação Contemplativa ou Meritória. Explica Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que a doação remuneratória é aquela realizada em retribuição aos serviços prestados pelo beneficiário, sem exigibilidade jurídica de pagamento. Trata-se de uma liberalidade que se conecta com serviços prestados anteriormente pelo donatário ao doador, uma espécie de recompensa.²¹⁷

A doação remuneratória está intimamente conectada com as obrigações naturais, nas quais há um débito moral, mas inexistente uma responsabilidade jurídica. Ou seja, podem ser pagas pelo devedor, mas não são exigíveis pelo credor. Considere-se o caso de uma enfermeira que cuida de seu paciente com zelo maior do que aquele que exige seu dever profissional, e o paciente, enxergando tal situação, lhe confere uma doação remuneratória.²¹⁸

O enorme zelo da enfermeira, para além de sua obrigação, não pode ser por ela cobrado judicialmente, posto que, em sua essência não contém patrimonialidade, é gratuito, mas o paciente, acreditando ter para com ela um débito moral, acha por bem fazer-lhe uma doação. Nesse exemplo, albergado pela legislação, resta reconhecida a importância das relações de cuidado, a ponto de elas serem recompensadas.

Porém, cabe aqui uma ressalva, as doações remuneratórias mais se aproximam de um pagamento de uma obrigação natural, e mesmo que ele seja espontâneo, não é esta a qualificação que se deseja dar ao cuidado enquanto requisito para herdar. O que vale mesmo nesse exemplo é o fato de o Direito já ressaltar situações onde o cuidado ganha importância, no entanto, não entendemos que a herança deva assumir caráter de remuneração, o intuito é de que a herança continue a ser gratuita, de modo que o cuidado seja um encargo, e não uma contraprestação.

²¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 781-782.

²¹⁸ Ibid. p. 782.

O encargo é uma restrição à liberdade, pois não implica uma contraprestação do donatário ao doador (o que causaria o desvirtuamento do negócio), mas a imposição de um pequeno sacrifício ao donatário. Exemplificando, se uma pessoa destina gratuitamente um apartamento à outra, com o encargo de esta auxiliar as obras de caridade da Igreja local, não há contraprestação, mas uma imposição de cumprimento de uma tarefa.²¹⁹

Desse modo, mais se aproxima, ainda assim não se igualando de nossa proposta, as Doações Contemplativas ou Meritórias. Novamente são Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenlvad²²⁰ que explicam:

Para além da possibilidade de doação com encargo ou sob termo ou condição, é possível que o doador queira justificar o motivo da prática da liberalidade. Cuida-se de doação contemplativa ou meritória, enunciada na primeira parte do art. 540 do *Codex* e realizada com espeque em alguma virtude do beneficiário. É, pois, uma liberalidade pura e simples, sem condição, na qual o benfeitor expressa a sua admiração pelo beneficiário.

Sendo assim, a doação meritória aproxima-se da proposta deste trabalho, quando não caracteriza uma contrapartida, uma recompensa de serviço prestado e, também, quando premia a quem já realizou certa atividade significativa ao doador, distinguindo-se neste tópico da promessa de recompensa, a qual anuncia benefício a pessoa que ainda executará certa tarefa.²²¹

Contudo, se nossa proposta é de que a sucessão continue sendo uma transmissão gratuita de patrimônio, porém, com encargo (este realizado em favor próprio), que não se pode confundir com contraprestação (esta realizada em proveito alheio), também a doação meritória não se iguala a ela, apenas se assemelhando, posto que, como visto, esta espécie de doação é pura e simples, não exigindo a prova de que o donatário faz por merecer a Dádiva.²²²

Além desses dois institutos que já reconhecem um embrião de consequências jurídico-patrimoniais ao cuidado, também na legislação sucessória podem se verificar regramentos com proposta semelhante à desse trabalho, devendo aqui ser citados para demonstrar que o cuidado já é abrigado pelo direito de algum modo.

²¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** contratos. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 780.

²²⁰ Ibid. p. 783.

²²¹ Idem 220.

²²² Idem 220.

Os arts. 1.962, IV, e 1963, IV²²³, do Código Civil trazem hipóteses de deserdação por desamparo. Nesses casos o herdeiro será deserddado por desamparo em circunstâncias de alienação mental ou grave enfermidade, promovida a desproteção tanto pelo filho em relação ao pai, quanto pelo pai em relação ao filho, afinal pai também pode herdar de filho.

Vê-se claramente nessas previsões legais a preocupação com o descuido, a ponto de a norma impor a exclusão da sucessão daqueles que promoverem desamparo. Porém, o *Codex* prevê esta deserdação por descuido apenas em casos extremos de deficiência mental ou grave enfermidade, exatamente por este fator que é possível nossa proposta, do contrário o cuidado já estaria colocado como requisito para participar da sucessão.

Ocorre que a lei limitou as causas de deserdação por desamparo, a esses casos extremos, e este trabalho propõe que, para além disso, não só o cuidado para com a deficiência mental e a grave enfermidade seja levado em consideração no momento de avaliar a legitimação para herdar, mas, também, que o cuidado (ou falta dele) diferencie as cotas sucessórias.

Desse modo, chega-se então à seguinte premissa: *a participação na sucessão admitirá para tanto o cumprimento do encargo do cuidado, consubstanciado em atitudes de cuidar, sejam elas quais forem (mostrar interesse, ter atenção, atitude de desvelo, preocupação, bom trato, responsabilidade), podendo o total descuido consciente e voluntário ensejar a exclusão do herdeiro. A atitude de cuidado determinará também, para além da legitimação sucessória, o modo de herdar, devendo o quinhão hereditário ser calculado com atenção ao empenho em cuidar, sempre considerando as capacidades e as possibilidades de cada um, sendo este o parâmetro para o cálculo da cota a ser herdada.*

Assim sendo, a proposta é de que a atitude de cuidado (esta permanente) e os atos de cuidado (estes pontuais) sejam colocados como encargo a ser cumprido para que alguém possa herdar, a exigência é, portanto, que se cumpra uma tarefa de fazer, por isso mesmo que se fala em encargo (imposição de um pequeno sacrifício) e não em contraprestação, permanecendo o caráter gratuito da transmissão de patrimônio por *mortis causa*. A participação na sucessão passará a admitir caráter híbrido, de fato jurídico natural ordinário (o fato de ser parente), e de ato jurídico em sentido estrito (cumprimento da obrigação/encargo).

²²³ “Art. 1.962, CC. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963, CC. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.”

Não resta dúvida acerca da dificuldade do Direito para averiguar – digamos – a quantidade de cuidado. Fosse o Brasil um país onde as pessoas tivessem o hábito de deixar testamento, talvez fosse até desnecessário discutir a colocação do cuidado como requisito para herdar, uma vez que ninguém melhor do que aquele que deixará a herança para saber das relações de cuidado existentes entre si e seus herdeiros. Nesses casos, sendo injusto o autor do testamento, poderia o herdeiro que se entendesse injustiçado se opor, apresentando as provas da parcialidade do sucedido e dos cuidados a ele empenhados, para contestar a divisão.

Em verdade, no sistema atual já há a possibilidade de o autor da herança, usando da parte disponível de sua herança e através de disposição de sua vontade no testamento, premiar – chamemos assim – aquele herdeiro que empenhou para consigo o que aqui designamos, usando denominação de Leonardo Boff, como atitude de cuidado (aquela permanente preocupação, responsabilidade) que se corporifica nos atos de cuidado (atos pontuais).

Contudo, conforme já mencionado, no Brasil o testamento não é comum, se dando a maioria das sucessões pelas disposições legais, ou sucessão legítima, onde os herdeiros são todos objetivamente iguallados para efeito do cálculo de suas cotas hereditárias. Posicionar o cuidado como requisito para herdar seria quebrar com essa igualdade objetiva que impõe a lei, ocasião em que se passaria a avaliar cada um dos herdeiros conjugando o binômio: ações e possibilidades de cuidado.

Ocorre que, pensando no Processo de Inventário, reconhecemos a complexidade ainda maior para a aplicação desta teoria ante a dificuldade de provar o empenho em cuidar. Desse modo, a proposta seria a seguinte: *havendo processo de inventário, aqueles que se apresentassem à sucessão seriam considerados, por presunção, cumpridores do encargo do cuidado, cabendo àqueles herdeiros que se entendessem injustiçados, alegar e provar a não ação de cuidado, ou a ação incompatível com as possibilidades de outro dado herdeiro que estaria participando de modo igual ao dos demais, isso levaria a comprovação do cuidado a uma fundamentação negativa, ou seja, se provaria, ao invés das ações próprias, as não ações alheias.*

Vislumbramos que essa seria a melhor maneira de consagrar o cuidado como requisito para participar da sucessão, sempre salientando que esse cuidado referido só poderá ser avaliado pelo Direito se materializado em atitude e atos, posto que, ao sistema jurídico não cabe sopesar sentimentos. Portanto, assim como no reconhecimento da união estável e do parentesco socioafetivo, valer-se-á, nesses casos, da teoria da aparência, para ponderar acerca da qualidade e da quantidade de cuidado.

Faça-se o esforço de imaginar a hipotética questão adjacente: um filho que recebeu todo o amparo dos pais até sua formação profissional, após se colocar na vida laboral e conquistar estabilidade, resolve se afastar definitivamente da convivência familiar, sem justo motivo, se eximindo de qualquer responsabilidade para com os pais, sendo dos filhos aquele que mais possui possibilidades.

Após quase quatro décadas de afastamento, ao tomar conhecimento do falecimento dos pais, resolve o desertor se interpor na sucessão dos genitores baseado no vínculo parental existente, único requisito exigido para se legitimar a participar das heranças, para receber cota hereditária idêntica à de seus irmãos. Analisando esse caso hipotético, fica mais palpável o entendimento do que ora se propõe. O senso de injustiça dessas situações aflora quando se vislumbra tal cenário, e é inevitável perguntar a si mesmo acerca da correção da norma que iguala objetivamente os herdeiros exclusivamente pela sua condição de parente do autor da herança.

Tudo o quanto exposto até então ganha especial repercussão quando dos casos de multiparentalidade onde reconhecidamente devem conviver duas modalidades de parentesco, ambas consumando seus mais diversos efeitos jurídicos, inclusive os efeitos sucessórios, oportunidade em que uma pessoa poderá herdar tanto do pai/mãe socioafetivo, quanto do biológico.

Se a tentativa aqui é de, em certos parâmetros, combater a pretensão isoladamente patrimonial da sucessão, nas situações em que há a possibilidade de múltiplas heranças a uma mesma pessoa, a proposta de eleger o cuidado como requisito para participar da sucessão ganha notável repercussão, assim como se discutirá no tópico a seguir, devendo rememorar que, nesta seção, preocupou-se em explicitar o conceito de cuidado e seu lugar já afirmado no Direito, o que de certo modo tranquiliza para a realização da proposta deste trabalho.

5.5 As implicações sucessórias da multiparentalidade e o cuidado como requisito para suceder

A multiparentalidade é uma consequência da necessidade de coexistência entre os vínculos parentais socioafetivo e biológico, inclusive reconhecida pelo Supremo Tribunal

Federal nos termos em que já se tratou aqui. Conforme ensina Christiano Cassettari²²⁴, “[...] deverão ser aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito”.

Sendo assim, depara-se com a situação de que, existente a multiparentalidade, uma pessoa poderá participar de múltiplas sucessões. Desde já, é bom salientar que não se tem qualquer objeção a essa possibilidade acima mencionada, de uma pessoa receber múltiplas heranças, porém, é necessário debater o fundamento desta perspectiva com o intuito de combater as pretensões meramente patrimoniais.

A fim de ilustrar, cita-se novamente um caso hipotético aqui já trazido: ocorrida a morte da genitora no ato de parto, a criança fora criada pelos padrinhos, havendo a chamada “adoção à brasileira”, que é o ato de registrar filho de outrem como se seu fosse. A referida criança cresce sob os cuidados dos pais afetivos e nutrindo a certeza sobre sua condição de filha do casal. Entretanto, ao completar maior idade, resolve homenagear a mulher que lhe houvera trazido ao mundo, pretendendo incluir em certidão o nome desta mãe, na correta posição de mãe biológica.

Para tanto, se apoiando exatamente no argumento de que o vínculo afetivo e o biológico poderiam coexistir, consegue legitimar a multiparentalidade para fazer constar em seu assento de nascimento duas mães, aquela que a criou (socioafetiva) e aquela que a gerou (biológica). Nesse exemplo aventado é plenamente compreensível o pedido, uma vez que a multiparentalidade é requerida apenas a título de homenagem, se tratando de questão meramente emocional.

Ocorre que, quando no caso em tela há discussão patrimonial, o problema se agrava, e a coexistência dos dois vínculos deve ser analisada com mais cautela. Se um indivíduo é criado sabendo-se filho de um dado casal, com vínculo unicamente afetivo, por eles é cuidado e deles cuida, parece mais natural que possa sucedê-los, e aqui é mais fácil admitir a igualdade entre as filiações e a justiça desta possibilidade.

Porém, nos casos em que coexiste a filiação biológica e afetiva, ou mesmo mais de uma filiação afetiva, é que mais se questiona quanto à justiça de tais cenários. Novamente segundo Christiano Cassettari²²⁵:

²²⁴ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 137.

²²⁵ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 254.

[...] é necessário deixar claro que não somos contrários a uma pessoa receber duas heranças, desde que isso decorra de uma situação normal da vida, em que há realmente a coexistência das duas parentalidades, biológica e afetiva, com a possibilidade de se ter uma convivência com ambos os pais ou mães.

A proposta de inserir o cuidado como requisito para participar da sucessão poderia ajudar a dirimir os conflitos derivados dos efeitos jurídico-sucessórios da multiparentalidade, posto que evitaria que a pretensão sucessória fosse exclusivamente patrimonial. Ou seja, nos casos onde houver o pleito por uma segunda herança derivada, a título de exemplo, do vínculo socioafetivo, posterior ao recebimento de herança originada pelo liame consanguíneo, nenhuma objeção haveria desde que demonstrada a relação de cuidado entre o sucessor e sucedido.

Aplicando-se a premissa do cuidado como requisito para suceder, provavelmente, se evitaria os casos de pretensão meramente patrimonial nas sucessões multiparentais. Segundo a asserção anteriormente elaborada, é importante rememorar, para participar da sucessão, o herdeiro deveria realizar o encargo do cuidado, sendo exceção à regra os casos onde a ausência da relação de cuidado ou descumprimento do encargo for motivada consciente e voluntariamente por aquele alvo do amparo (o sucedido), o que exime o herdeiro da responsabilidade e permite que ele participe da sucessão.

Desse modo, a desproteção só ensejaria a exclusão do herdeiro se fosse total, consciente, voluntária e ensejada pelo próprio, excluídos os casos em que for motivada também consciente e voluntariamente pelo sucedido. Ocorre que se vê a necessidade de chamar atenção para importante matéria que pode gerar confusão com esse ponto da discussão, trata-se do debate acerca da obrigatoriedade ou não do consenso entre pais e filhos no parentesco socioafetivo.

Esse referido debate ocupa-se de entender se há ou não a obrigatoriedade de consenso entre pais e filhos sobre a existência do parentesco socioafetivo. Em outras palavras, a discussão é se, não havendo mais o afeto da parte de um dos entes em relação ao outro, deve permanecer o parentesco.

Christiano Cassettari²²⁶, apoiando-se também em outros doutrinadores, afirma sobre a necessidade do consenso, reconhecendo que não cabe falar em permanência do parentesco socioafetivo caso não exista afeto recíproco. Assim sendo, aponta que a renúncia à parentalidade deveria ser possível, para que não fosse necessário se carregar o fardo do parentesco sem afeto.

Esse entendimento, portanto, assevera acerca da extinção da parentalidade, não devendo se confundir este tema com a obrigatoriedade do cumprimento do encargo do cuidado para participar da sucessão. Nesse caso, não há que se falar em extinção da parentalidade, apenas de não participação ou diferente participação na sucessão, persistindo o parentesco.

É importante grifar que, mesmo sendo difícil acontecer, é possível haver parentesco socioafetivo e não haver relação de cuidado. Novamente afirma-se, ocorrendo a cisão do afeto, é caso para extinguir o parentesco e ocorrendo o descuido é caso para modificar a vocação hereditária.

Por isso, no parentesco socioafetivo, em casos que se enquadrem na exceção à impossibilidade de participar da sucessão quando o descuido for ensejado exclusivamente pelo sucedido, provavelmente o afastamento que não permitiu a relação de cuidado será motivado pelo desafeto que gerará a extinção do vínculo. Sendo assim, mesmo o sucessor estando habilitado a herdar na ausência da relação de cuidado ante a exceção mencionada, não herdará pela extinção do parentesco.

Outra importante particularidade que merece ser tratada com atenção são os casos onde a ausência da relação de cuidado não é ensejada por nenhuma das partes da sucessão. Explica-se: pode haver situações onde, por exemplo, após a morte do pai biológico que desconhecia completamente a existência de um filho, este filho (que conhecia outra pessoa como pai, relação socioafetiva) descobre sobre o parentesco.

Numa situação dessa natureza o descumprimento do encargo do cuidado não seria motivado nem pelo pai, nem pelo filho. O pai não teve a oportunidade de se deixar cuidar, nem o filho teve a oportunidade de cuidar, ambos por não saberem da existência do outro. Grife-se que o pai não tinha qualquer conhecimento da vida do filho, do contrário, este filho,

²²⁶ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68-73.

por se encaixar na exceção de escusa da impossibilidade de cuidar motivada pelo pai, participaria da sucessão.

Em situações como essa, mesmo ante a impossibilidade de existir a relação de cuidado, não entendemos ser possível avaliar a vocação hereditária apenas pelo critério do parentesco. Posto que, se a intenção é evitar a pretensão meramente patrimonial da sucessão, entendemos que mesmo nesses casos, não caberá se falar em participação na sucessão de tal herdeiro, devendo ele ser excluído da sucessão ou participar com cota a menor para privilegiar aqueles que se empenharam em cuidar e não tem qualquer responsabilidade pelo pai e o filho não se saberem.

Imaginando que este filho biológico tenha sido criado por pai socioafetivo e dele tenha herdado, permitir que ele participe da sucessão derivada do vínculo biológico, apenas pelo fato de existir este vínculo, é premiar o enriquecimento sem causa e o desmerecimento, lembrando que para pleito patrimonial restam consagradas outras possibilidades, bem como a indenização. Vejamos a história do “Caso H. Stern”, como a mídia denominou. Christiano Cassettari²²⁷ explicita:

Um processo que dois irmãos movem pelo direito à parte da fortuna do fundador da rede de joalherias H. Stern, que colocou em evidência a disputa travada por duas formas de interpretação acerca da parentalidade socioafetiva.

Nelson, 54, e Milton Rezende Duarte, 52, descobriram, depois de exame de DNA, ser filhos de Hans Stern, fundador da joalheria, morto em 2007. A pista surgiu de depoimento da mãe, que, logo após a morte do fundador da H. Stern, disse a Milton ter certeza de que o irmão dele era filho do empresário. O objetivo de Nelson e Milton, reconhecido o vínculo biológico, é, segundo seu advogado Flávio Sveiter, garantir o direito à herança.

Para os advogados do escritório Andrade & Fichtner, que representa a H. Stern, o pedido é injustificado, pois afirmam que o entendimento que deve prevalecer é o da prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica nesses casos, justamente para evitar demandas de cunho unicamente patrimonial, sobretudo porque os dois irmãos formaram parentalidade socioafetiva com o responsável por sua criação, de quem inclusive já haviam herdado.

Este é um caso semelhante à última particularidade apresentada supra. Entendemos que faz todo sentido aplicar nele, e em situações como as dele, o requisito do cuidado para resolver a demanda. Portanto, o requisito do cuidado pode ter ampla importância e aplicação, sobretudo se vislumbrarmos os valores consagrados na CF/1988. Nos casos de

²²⁷ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014. p. 137.p. 253-254.

multiparentalidade ganha especial amplitude quando do intuito de não permitir demandas de cunho exclusivamente patrimonial que não se baseiam na verdade convivencial da relação.

A seguir, na tentativa de justificar a proposta de diferenciar os herdeiros baseado em suas obras e suas possibilidades conjugadas, tratar-se-á do conceito de Justiça.

5.6 Igualdade não necessariamente é Justiça

Conforme tratado nos tópicos anteriores, o critério para suceder exprime a compreensão de igualdade entre os herdeiros, bastando para a comprovação desta condição a prova do parentesco. O sistema atual adota, portanto, critério objetivo, onde existindo a parentalidade, haverá a vocação hereditária.

Ocorre que, assim como será tratado neste tópico, não necessariamente Igualdade equivale a Justiça. Sabendo das mudanças nas interações familiares e nas relações da família com a herança, entendemos que a qualidade destas relações deverá ser considerada quando da aferição da capacidade sucessória, inserindo o mérito de cuidar como requisito para aquisição de patrimônio por causa *mortis*.

Desse modo, valer-se-á do filósofo belga Chaim Perelman que em sua obra, *Ética e Direito*, inicia a abordagem, desde o primeiro capítulo, analisando a noção de Justiça. É exatamente no contexto desta análise, com intuito de formular um conceito totalizante da noção de Justiça, que esse pensador trará as contribuições para o entendimento da necessidade de inserir o cuidado/possibilidade de cuidar/mérito como requisito para participar da sucessão.

Na tentativa de conceituar Justiça, o filósofo adverte, desde o início, sobre a necessidade de os leitores estarem atentos às suas pretensões, que caminham para além da colocação de um conceito de ‘Justiça’ suscitado no raciocínio, quando da mera menção a esta palavra. Esse fator, nas palavras do autor, pode ser nomeado por ‘emotividade do conceito’.

Dessa maneira, Chaim Perelman sabe que cada ser carrega uma noção de Justiça e a formula de acordo com suas vivências, conhecimentos e convicções, portanto, o que ele deseja é transpor essa noção subjetiva, para galgar um conceito totalizante que não seja baseado apenas no senso comum. É interessante trazer aqui as palavras do filósofo em referência, para se observar com qual clareza e beleza ele conduz sua narrativa:

O presente estudo tem por objeto a análise da noção de justiça. Ele não se propõe, de modo algum, a apelar à generosidade inata do leitor, ao seu bom coração, à parte nobre de sua alma, para levá-lo, de modo direto ou dissimulado, a conceber um ideal de justiça que se deva venerar mais do que todos.

Não se deseja em absoluto convencê-lo de que determinada concepção da justiça é a única boa, a única que corresponde ao ideal de justiça perseguido pelo coração dos homens, sendo todas as outras apenas embustes, representações insuficientes que fornecem da justiça uma imagem falsa e se servem de uma justiça aparente que abusa da palavra “justiça” para fazer que se admitam concepções real e profundamente injustas. Não, este estudo não pretende apelar para os bons sentimentos do público; não quer nem elevar, nem moralizar, nem indicar ao leitor os valores que dão à vida todo o seu valor.

Esta advertência parece constituir um preâmbulo, se não indispensável, pelo menos extremamente útil. Com efeito, todas as vezes que se trata de uma palavra com ressonância emotiva, de uma dessas palavras que se escrevem com letra maiúscula para mostrar bem claramente todo o respeito que se tem por elas, trata-se da Justiça, da Virtude, da Liberdade, do Bem, do Belo, do Dever, etc., é mister ficar alerta. Com demasiada frequência, nosso interlocutor, conhecendo o apreço que temos pelos valores que essas palavras designam, procurará fazer-nos admitir a definição que ele nos apresenta como a única adequada, a única admissível, da noção discutida. Às vezes, ele se empenhará em nos levar diretamente a aquiescer ao seu raciocínio, o mais das vezes usará de longos rodeios para nos conduzir ao objetivo que se propõe atingir.²²⁸

No caminho de formular um entendimento da noção de Justiça que não seja guiada exclusivamente por uma única ótica, seja ela classista, religiosa ou política, por exemplo, o filósofo enumera sentidos possíveis da noção de Justiça presentes na sociedade em geral e que, mesmo aparentemente exprimindo um sentido de Justiça, são guiados por uma lógica exclusivista.

Chaim Perelman aponta, então, para depois refutar, os seguintes sentidos da noção de Justiça que constituem as concepções mais correntes: 1) ‘a cada qual a mesma coisa’; 2) ‘a cada qual segundo seus méritos’; 3) ‘a cada qual segundo suas obras’; 4) ‘a cada qual segundo suas necessidades’; 5) ‘a cada qual segundo sua posição’; e 6) ‘a cada qual segundo o que a lei lhe atribui’.²²⁹

Ele indica essas concepções para demonstrar que há no senso comum da sociedade, ou de facções dela, noções de Justiça que são inconciliáveis, ou seja, impassíveis de uma aplicação geral, exatamente porque não se pretendem totalizantes e nem mesmo se dão conta disso. Por serem assim inconciliáveis, Chaim Perelman as refuta uma a uma, do modo a seguir.

Para o primeiro sentido, que trata a Justiça como ‘a cada qual a mesma coisa’, o autor afirma: “[...] segundo essa concepção, todos deveriam ser tratados da mesma forma, sem levar

²²⁸ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 3-4.

²²⁹ Ibid. p. 9.

em conta nenhuma das particularidades que os distinguem”.²³⁰ Como bem se pode observar no trecho citado, esse sentido de Justiça não deve ser levado adiante, posto que é nítido que não se consubstancia a Justiça dando a todos o mesmo tratamento. Um bebê não tem a mesma necessidade alimentar de um adulto, portanto, é justo alimentá-los de modos diferentes.

O segundo sentido, que traz a ideia de ‘a cada um segundo seus méritos’, logo causa estranheza, uma vez que parece um tanto errôneo a mensuração de méritos como critério de avaliação do justo. Chaim Perelman²³¹ refuta-o nas seguintes palavras: “[...] eis uma concepção de justiça que já não exige a igualdade de todos, mas um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, ao mérito da pessoa humana. Como definir esse mérito? Qual medida comum encontrar entre os méritos e deméritos de diferentes seres?”.

O terceiro sentido: ‘a cada qual segundo suas obras’, é igualmente refutável. Como pretender Justiça através da verificação das obras dos indivíduos, se eles não têm as mesmas condições para realizá-las. Como estipular um critério de valor das obras para recompensá-las? Mais pontos para as obras intelectuais, menos pontos para as obras físicas?

Aponta Chaim Perelman²³²:

Essa concepção de justiça tampouco requer um tratamento igual, mas um tratamento proporcional. Só que o critério já não é moral, pois já não leva em conta a intenção, nem os sacrifícios realizados, mas unicamente o resultado da ação.

O critério, ao abandonar as exigências relativas ao agente, satisfaz-nos menos do ponto de vista moral, mas se torna de uma aplicação infinitamente mais fácil e, em vez de constituir um ideal quase irrealizável, essa fórmula da justiça permite só levar em conta, o mais das vezes, elementos sujeitos ao cálculo, ao peso ou à medida. É nessa concepção, que, aliás, admite muitas variantes, que se inspiram os exames e os concursos em que, sem se preocupar com o esforço fornecido, levam-se em conta apenas o resultado, a resposta do candidato, o trabalho que apresentou.

No quarto sentido, que diz, ‘a cada qual segundo suas necessidades’, também está contida a impossibilidade de generalização do conceito, posto que: como determinar Justiça através das necessidades dos indivíduos, se estas são diversas? Segundo o filósofo:

Essa fórmula de justiça, em vez de levar em conta méritos do homem ou de sua produção, tenta, sobretudo, diminuir os sofrimentos que resultam da impossibilidade em que ele se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais. É nisso que essa fórmula da justiça se aproxima mais de nossa concepção de caridade. É óbvio que,

²³⁰ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 9.

²³¹ PERELMAN, Chaïm. loc. cit.

²³² PERELMAN, Chaïm. Op. Cit. p. 10.

para ser socialmente aplicável, essa fórmula deve basear-se em critérios formais das necessidades de cada qual, pois as divergências entre tais critérios ocasionam diversas variantes dessa fórmula.²³³

O quinto conceito de Justiça analisado é o que afirma: ‘a cada qual segundo a sua posição’. Esse parece ser o critério mais anacrônico, pois retira da própria pessoa a avaliação do justo, colocando-a sobre fatores que extrapolam a possibilidade do indivíduo em si lutar por elas. A esse respeito, o filósofo explica:

[...] eis a fórmula aristocrática da justiça. Consiste ela em tratar os seres não conforme critérios intrínsecos ao indivíduo, mas conforme pertença a uma ou outra determinada categoria de seres. *Quod licet non licet bovi*, diz um velho adágio latino. As mesmas regras de justiça não se aplicam a seres pertencentes a categorias por demais diferentes. Assim é que a fórmula “a cada qual segundo sua posição” difere das outras fórmulas de justiça no fato de ela, em vez de ser universalista, repartir os homens em categorias diversas que serão tratadas de forma diferente.²³⁴

No sexto e último sentido analisado, para o qual a concepção de Justiça seria: ‘a cada qual segundo o que a lei lhe atribui’, também é possível apontar falhas, uma vez que, como admitir que o justo está no que a lei atribui, se na própria lei estão contidos interesses diversos, sobretudo das classes dominantes, mais bem representadas no processo legislativo? Apenas por esse argumento se verifica que esta também não seria uma concepção de Justiça com sentido de completude.

Tendo em vista essas refutações de sentidos de Justiça mais comumente verificados na sociedade depara-se com a necessidade de afirmar novamente em que termos se daria a colocação do cuidado como requisito para herdar. De pronto aponta-se que a averiguação da vocação hereditária no sistema atual está ligada às concepções 1 (a cada qual a mesma coisa), 5 (a cada qual segundo sua posição) e 6 (a cada qual segundo o que a lei lhe atribui), contudo, elas, como já explicado, não ensejam um critério totalizante de Justiça e, portanto, não podem sozinhas entregar resultado justo.

No entanto, Chaim Perelman também contesta as noções de Justiça que propõem que a ideia do justo esteja nos méritos e nas obras (sentidos 2 e 3), noções estas que estão intimamente ligadas com a proposta deste trabalho de colocar o cuidado como requisito

²³³ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 10.

²³⁴ PERELMAN, Chaïm. Op. Cit. p. 11.

sucessório. Mesmo que os sentidos do mérito e das obras já compreendem uma proporcionalidade, não podem sozinhos, afirmar o justo, porque necessitam que seu ponto de partida, enquanto critério de Justiça, seja móvel, ou seja, alguém tem o mérito de executar um serviço mais rápido que outro, mas a avaliação deste mérito e desta obra deve considerar as condições de ambos para tal execução.

Por isso, então, é que a proposta deste trabalho de inserir o cuidado como requisito sucessório considera as possibilidades/empenho de cada partícipe da sucessão para valorar suas obras (aproximando-se dos atos de cuidado) e seu mérito (aproximando-se da atitude de cuidado).

Nesse sentido, Chaim Perealman propõe, então, um conceito formal de Justiça, fruto da busca pelo que há em comum nos conceitos que primeiramente refuta. Através deste conceito formal seria possível se atestar acerca da Justiça de um ato e este seria justo se imprimisse igualdade de tratamento a todos os membros de uma dada ‘categoria essencial’, que é a necessidade de haver identidade entre os indivíduos sobre os quais se aplicará o conceito formal.²³⁵

O conceito formal de Justiça, que não se deve confundir com um conceito de Justiça formal, é fruto mesmo da ruptura com os conceitos do senso comum e, também, do reencontro com estes, pois extrai daí a ideia de que para haver Justiça é preciso admitir diferenças entre os indivíduos, que é o que se verifica existir em universal entre os conceitos de senso comum refutados.

Esse conceito formal de Justiça, com o qual se alia este trabalho para que a proposta de inserir o cuidado como requisito sucessório seja universalizante e justa, se pudesse ser resumido em um enunciado pensamos que seria algo como: “[...] quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”, do modo que referendou Ruy Barbosa em sua ‘Oração aos Moços’.²³⁶

Portanto, no fundo, a intenção desse trabalho é tentar aproximar as regras sucessórias do justo, tornando-as mais ajustadas com as interações familiares atuais e com o modo como a parentela se relaciona com o patrimônio/herança. A busca é por inscrever a solidariedade como matéria do Direito Sucessório.

²³⁵ PERELMAN, Chaïm. Op. Cit. passim.

²³⁶ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro : Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 26.

6 CONCLUSÃO

A busca deste trabalho, desde o início, foi propor uma análise do Direito e de seu operar a partir da interdisciplinaridade. Para isso, procurou logo tratar da epistemologia jurídica propondo a colocação do afeto como paradigma em contraponto ao paradigma racional, suscitando que ambos devem andar lado a lado a fim de propor um resultado jurisdicional que seja mais próximo daquilo que a vida real exige.

Essa mudança de paradigma, fincada na transformação das relações sociais na Contemporaneidade, faz-se necessária no sentido de que a racionalidade, no modo cunhado pelos Modernos, uma vez instrumentalizada, já não é capaz de dar respostas mais adequadas para a resolução de lides cada vez mais complexas. Portanto, a proposta de inserção do requisito do cuidado para participar na sucessão é a tentativa de colocação da afetividade no Direito Sucessório, trazendo a este ramo do direito esse novo paradigma.

A preocupação inicial de questionar o operar jurídico é justificada quando se vislumbra que o requisito do cuidado enseja uma transformação nas regras sucessórias, no caminho de modificar a justificativa ético-moral da aplicação do Direito Sucessório. Neste ramo do Direito, ainda impera a dogmática fria, não havendo qualquer atenção às nuances do caso concreto ou à relação entre os herdeiros e o autor da herança, considerando ainda uma ideia de família que não prima pela qualidade de suas relações, já superada no sistema jurídico brasileiro.

No caminho de questionar o sistema vigente iniciou-se, no Capítulo 2, por apresentar um novo paradigma epistemológico, tratou-se da passagem da Modernidade para a Pós-Modernidade, da crise da razão e de instrumentalização da razão de matriz iluminista, da colocação do afeto como categoria epistêmica importante, do realizar científico na Pós-Modernidade e da influência no Direito do afeto enquanto tal categoria.

Uma das justificativas desta proposta de trabalho está na complexidade das interações familiares na Contemporaneidade. A família relacional é um mosaico de afetos, a razão da vida em família modificou, passa a ser centrada na qualidade das relações, na troca de afetos, na promoção da individualidade de seus membros.

Nesse contexto de mudança do porquê estar em família e da importância que o afeto ganha, naturalmente as relações de parentesco também seriam questionadas. Sendo assim,

tratou-se de toda a estrada traçada até a afirmação jurídica do parentesco derivado do afeto, afirmando que os laços de parentela não derivam apenas da consanguinidade.

No Capítulo 3 é que são tratadas tais mudanças e movimentos na vida e nas relações familiares. Nesta oportunidade é abordado o afeto como criador de vínculos e impulsionador das condições para a formação do parentesco socioafetivo, além de aprofundar-se no tema da viabilidade deste parentesco. No intuito de embasar ainda mais esta citada viabilidade discorre-se acerca do papel da dádiva e do cuidado na formação do parentesco socioafetivo, expondo a dádiva como fortalecedora da convivência e afirmadora do afeto, bem como a ética do cuidado, que realiza o mesmo papel. Por fim, neste capítulo, apresenta-se a relação da família contemporânea com a herança.

É bom que se diga que o ordenamento jurídico brasileiro já reconhece o parentesco socioafetivo, reconhecimento chancelado pelo Supremo Tribunal Federal que, inclusive, salientou a possibilidade de coexistirem o parentesco socioafetivo e o biológico, fazendo com que uma pessoa possa ter duas mães ou dois pais, e até mais de dois.

Esse reconhecimento é tratado no Capítulo 4, onde inicialmente delinea-se o Direito de Família atual, passando pela recepção jurídica da afetividade, inclusive da concepção deste instituto como princípio jurídico e todas as decorrências daí advindas. Avançando neste capítulo abordou-se como o afeto alcançou a discussão da condição jurídica de parente e a aceitação jurídica do parentesco socioafetivo, discorrendo sobre conceito e os requisitos desta modalidade de parentesco. Por último debate-se acerca da multiparentalidade, conseqüência da convivência entre o vínculo parental biológico e o socioafetivo.

Toda essa complexidade traz mudanças para o Direito Sucessório e não há qualquer dúvida das decorrências hereditárias do parentesco socioafetivo, não cabendo qualquer questionamento quanto à possibilidade do filho afetivo participar da sucessão, assim como o filho consanguíneo. Porém, a dificuldade de consenso aumenta quando se trata da eventualidade de alguém receber múltiplas heranças, como nos casos de multiparentalidade.

Nesse sentido, grifou-se a necessidade de atenção a tais casos para que não se abra campo para demandas meramente patrimoniais e salientou-se que não há qualquer oposição ao fato de alguém receber múltiplas heranças, desde que isso decorra de um evento natural, ou seja, que alguém seja mesmo herdeiro e não esteja propondo uma demanda frívola, fabricando uma relação que não existira apenas para buscar a conquista de bens.

Por tudo isso e, tendo em mente esses casos de sucessões multiparentais, com intuito de encontrar um modo para bloquear demandas sucessórias meramente patrimoniais além de adequar a norma sucessória à verdade das relações de família atualmente, é que se propôs a colocação do requisito do ter que cuidar para avaliação da capacidade para receber herança.

Assim o Capítulo 5 aborda as sucessões nos casos de multiparentalidade e o cuidado como critério de legitimação para herdar. Para tanto, inicialmente trata da participação estudando a legitimidade para suceder. Logo após enfrenta o modo como se dá a sucessão nos casos de multiparentalidade, discute a não obrigação de deixar herança e o fato de o parentesco ser o único requisito para herdar. Adiante se aprofunda no conceito de cuidado, explanando sobre sua posição no mundo jurídico, além de propor o cuidado como requisito sucessório e modo como se consubstanciaria tal instituto, inclusive aplicado aos casos de multiparentalidade. Finalizando debate o conceito de justiça no intuito de mostrar que este não se equipara a igualdade.

Na proposta de colocar o cuidado como requisito sucessório, a transmissão de patrimônio por *mortis* causa continua sendo gratuita, porém, o sucessor deverá cumprir o encargo do cuidado, através da atitude de cuidado (preocupação e responsabilidade permanente) e dos atos de cuidados (atos pontuais e corriqueiros), estes de fácil avaliação pelo Direito, uma vez que são externados.

A transmissão de patrimônio através da herança é justificada pela ideia da perpetuação do patrimônio familiar e da regra de que um patrimônio não pode restar acéfalo. Assim, elegeu-se exclusivamente o critério da parentalidade para avaliar a vocação hereditária, fazendo transmitir automaticamente e gratuitamente o patrimônio aos herdeiros.

No entanto, avalia-se que, em regra, a aquisição de patrimônio é fruto de esforço, o que não ocorre nos casos sucessórios. Entende-se que tal fato está em dissonância com as relações familiares atuais, não que a família desconsidere o patrimônio, mas acontece que os bens não são mais o fim, e sim o meio para a promoção do bem-estar, daí a necessidade de estipular o encargo do cuidado, posto que a solidariedade é valor cravado nas interações domésticas hodiernas.

Por fim, considerando que a igualdade não necessariamente é garantia de Justiça faz-se um estudo na busca de um conceito formal e universalizante de Justiça para demonstrar que a lei ao tratar os herdeiros como iguais, quando da avaliação exclusiva do critério objetivo do parentesco, pode promover injustiça.

Assim, ante a necessidade de gravar o merecimento nas regras de transmissão de bens causa *mortis*, propõe-se a colocação, ao lado do critério objetivo citado, do critério subjetivo do cuidado para avaliar conduta pessoal, mas sem o intuito de igualar as condutas, e sim desigualá-las, bem como os agentes, na medida em que se desigualam. Finalizando é importante mencionar que este trabalho pretendeu apresentar importante novidade ao campo do Direito Sucessório, no intuito de ensejar que se abra um novo viés de estudo e interpretação deste campo do Direito. A esperança é de que ele possa ser um contributo a novas pesquisas, com a possibilidade de atualização das regras de sucessão hereditária.

Levantada a hipótese de o cuidado ser um requisito para a participação na sucessão, acredita-se que ela foi confirmada, uma vez que restou demonstrado acerca da possibilidade de imposição de tal regra, buscando inclusive atestar o modo como se aplicaria tal encargo e a chance de ser aplicado.

É o que se conclui.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais**. Curitiba: Juruá, 2014.

ANDRADE, Carlos Drummond de. Os ombros suportam o mundo. In: Carlos Drummond de Andrade. **Sentimento de Mundo**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.releituras.com/drummond_osombros.asp>. Acesso em: 08/10/2016.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares?. In: Pereira, Tânia da Silva [et. al.] (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar. Ética do humano – compaixão pela terra**. Rio de Janeiro, Vozes, Petrópolis, 2004.

BOWLBY, John. **Apego e perda: apego**. V. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudências**. Recurso Extraordinário 898060. Relator Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27878941%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27878941%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27878941%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27878941%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 25/04/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arquivo. Íntegra de voto. RE 898060. Relator: Luiz Fux. **Diário de Justiça**. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 26/04/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Notícias**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em: 25/04/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. RE 898060. **Diário de Justiça**. Brasília, data.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em: 25/04/2017.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02/05/2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 256. In: **III Jornada de Direito Civil** – CJF, 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501> >. Acesso em: 30/04/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70040760118/RS**. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 07 abril 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &ba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A8.cr%3A11.crr%3A232&partialfields=o%3ASo bradinho&as_q=inmeta%3Adj%3Adaterange%3A20110405..20110408+inmeta%3Adp%3Adaterange%3A2011-04-15..2011-04-19#main_res_juris >. Acesso em: 30/04/2017.

CALDERÓN, Ricardo L. Reflexos da decisão do STF de acolher a socioafetividade e a multiparentalidade. **Conjur**. Colunistas. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>. Acesso em: 25/04/2017.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CALDERÓN, Ricardo. Afetividade e cuidado sob as lentes do direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva [et. al.] (Org.). **Cuidado e afetividade**. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS, Álvaro de. (Fernando Pessoa). *Ultimatum*. Lisboa, 1917. Disponível em: <<http://janelasabertass.blogspot.com.br/2012/06/ultimatum-alvaro-de-campos-em-1917.html>>. Acesso em: 02/05/2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTELLS, Manuel. **Il potere delle identità**. Milano: Univesità Bocconi Editore, 2003.

CHALHUB, Anderson Almeida. **Padrões comportamentais maternos e desenvolvimento cognitivo de pré-escolares em contexto urbano pobre**. 2004. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004. Disponível em: <https://pospsi.ufba.br/sites/pospsi.ufba.br/files/anderson_chalub.pdf>. Acesso em: 11.10.2016.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI: abordagem relacional**. São Paulo: Paulinas, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação socioafetiva e alimentos. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 551-563.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. **Curso de direito civil: contratos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

FROMM, Erich. **A arte de amar**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. **La revolución de la esperanza**. México: Fondo de Cultura Económica de España, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões, V. 7**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GODBOUT, Jacques. **O espírito da Dádiva**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Unesp, 2015.

LANNA, Marcos. Notas sobre Marcel Mauss e o ensaio sobre a dádiva. In: Org./Coord. **Revista de Sociologia Política**. Nº 14. Curitiba, 2000.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares de parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Nilson José. Notas para uma antropologia da dádiva. In: MACHADO, Nilson José. (Org.) **Conhecimento e Valor**. São Paulo: Moderna, 2004.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Artigos. **A afetividade como origem da filiação**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=6618&tit=DIREITO-DE-FAMILIA--A-afetividade-como-origem-da-filiacao>>. Acesso em: 24/04/2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Princípios norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. Prefácio. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETRINI, João Carlos. Mudanças Sociais e Mudanças Familiares. In: Petrini, João Carlos; Cavalcanti, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar**. Petrópolis: Vozes, 2005.

PETRINI, João Carlos. **Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão**. Bauru: EDUSC, 2003.

REVISTA IBDFAM FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Vol. 9. Rodrigo Da Cunha Pereira. **Parentalidade Socioafetiva: O Ato Fato Que Se Torna Relação Jurídica**. Disponível em: <<http://www.revistaibdfam.com.br/edicoes/ver/16>>. Acesso em: 05/05/2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Juspodivm, 2012b.

_____. **Sociologia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva. **Jusbrasil**. Notícias. 2016. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/387075289/breves-e-iniciais-reflexoes-sobre-o-julgamento-do-stf-sobre-parentalidade-socioafetiva>>. Acesso em: 25/04/2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova figura de parentesco na contemporaneidade. **Revista Brasileira De Direito Civil**. V. 4, abr.-jun./2015. p. 18. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume4/02---rbdcivil-volume-4---a-multiparentalidade-como-nova-figura-de-parentesco-na-contemporaneidade.pdf>>. Acesso em: 29/04/2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva. [et. al.] (Coord.). O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Nº 21. Belo Horizonte. 1979.