

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE FAMÍLIA REPERSONALIZADO

Litiane Motta Marins Araujo¹
Lucia Helena Ouvernei Braz de Matos²
Eneisa Miranda Bittencourt Sobreira³

RESUMO

O presente artigo faz uma análise a respeito da reformulação da entidade familiar, notadamente, como instituição social radical, naturalmente não ocorre de modo abrupto. As oscilações ainda existem coetâneas às mudanças que se operam na ordem da família e, conseqüentemente, no âmbito, da sociedade, que, por seu turno retomam um diálogo com a referida instituição quando pelo Estado reconhecida, envolvendo o aparato circunstancial e continuado dos direitos humanos nos termos da dignidade e dos direitos da personalidade cumprindo a Função Social do Direito de Família numa repersonalização. A expressão *direitos humanos* é uma maneira sintetizada de mencionar os direitos considerados como fundamentais da pessoa humana. Tais direitos são fundamentais porque sem eles a pessoa humana, apesar de ter uma existência biológica, não é capaz de desenvolver plenamente suas capacidades de participar inteiramente da vida social e comunitária. Assim, o direito de Família se reconstrói atendendo aos anseios de modificação social e ensejando cuidado entre todos os entes.

Palavras-chave: Família. Função Social. Reconstrução. Repersonalização.

ABSTRACT

This article examines extrajudicial unilateral divorce. The article will be delimiting the concept and historical evolution of the family, and the issue of divorce, punctuating throughout history the changes that it has generated for the Brazilian legal system and its consequences, where the evolutionary issue of divorce took place. of numerous disruptions of society's paradigms, the changes came from laws, and Constitutional Amendment 66/2010, which became known as the Divorce Amendment, mitigating separation and giving people the opportunity to severely

¹Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Coordenadora e Professora do Curso de Direito da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Observatório dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – ODESC/UNIGRANRIO.

²Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Professora do Curso de Direito da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Observatório dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – ODESC/UNIGRANRIO.

³Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Professora do Curso de Direito da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Observatório dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – ODESC/UNIGRANRIO

disengage from former partners. definitive. The article brings this analysis of the types of divorce, and the problem of the spa is through the imposing divorce, which was barred by the CNJ's Board, where it was not accepted, because in practice, one of the spouses will not be able to request the divorce certificate. in a notary's office if the decision is not consensual. Thus, the Bill 3.457 / 2019 will be analyzed, which attempts to positively impose Divorce, becoming another means of discussion on the subject.

Keywords: Family. Social role. Reconstruction. Repersonalization

I- Introdução:

O novo paradigma repersonalista ingressante no Direito das Famílias possibilitou a transição nodal da concepção de família como unidade econômica para uma igualitária entidade centralmente preocupada com o pleno desenvolvimento de seus membros. Essa nova configuração, fundada no afeto evidencia também um espaço privilegiado no qual os seres humanos que a constituem. Não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos.

O Direito de família tradicional apresentava teor fortemente patrimonialista. As inspirações jurídicas ou tentativas de interpretação mais hodierna desvelam um fenômeno denominado de repersonalização, que evidencia o interesse pessoal e humano, isto é, não venal ou de bens materiais. Está fundado no afeto. Ele é o aglutinador nuclear e preponderante de um novo horizonte das relações familiares. É a restauração da primazia da pessoa nas relações familiares pelo que é e não pelo que possui como contribuintes afirmadores diretos de afetividade e dignidade. Ocorre a substituição da *grande família*, que compreendia a própria linha dos escravos, pela *família nuclear*, centrada na tríade *pai-mãe-filho*, operada nos séculos XIX e XX; no entanto, sobretudo o aprofundamento afetivo no interior do grupo deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividades (VILELLA, 2010, p.11).

As transformações identificadas no necessário diálogo entre a Constituição e os demais ramos do Direito não escapam ao Direito Civil – legislação ordinária de importância nuclear no dia a dia de cada pessoa desde a vida intrauterina ou pré-conceptual até seu *post mortem*. Elementos doutrinários, legislativos, existenciais de âmbito geral no Direito Privado passam por um constante processo de comunicação

com o Direito das Famílias, e também por se reconhecer que a repersonalização do Direito guarda íntima relação com o mencionado processo. Assim, na medida em que o Direito Civil, ao superar a ótica patrimonialista adotando uma dinâmica de valorização da pessoa humana, como titular de direitos personalíssimos, num movimento de repersonalização, chega como consequência direta à conclusão segundo a qual violar qualquer dos direitos da personalidade importa necessariamente em afronta à dignidade. Sob tal prisma de entendimento, mesmo a proteção da propriedade revela-se como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. O direito à identidade, à liberdade, à igualdade, à existência, à segurança, à honra, à vida privada e ao desenvolvimento da personalidade, bem como “os bens jurídicos da vida, do corpo, do espírito e da capacidade criadora, todos se encontram representados na dignidade, o próprio cerne de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana” (HOGEMANN, 2012b, p. 13).

A família é o primeiro ambiente onde a pessoa vive sua constituição enquanto *ser-no-mundo* e *ser-com*, afastando a possibilidade de que sua natureza gregária seja sufocada pela perspectiva individualista e patrimonialista do mundo contextualmente gélido nas relações humanas. O risco do ultrapassagem de limites relacionais que deveriam conferir primazia às orientações do afeto é minorado quando o afeto ingressa no seio das relações pessoais. Para além de qualquer gênero e possibilidade de sobreposição o afeto pressupõe igualdade, respeito, solidariedade, dignidade e todos esses elementos estão presentes na lei maior como inegociáveis e, em termos civis reconhecidos como, personalíssimos. Outra importante alteração do novo Código Civil foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes era “Da Filiação Legítima”, e agora, com maior amplitude, corresponde simplesmente a “Da Filiação”. Verifica-se, portanto, a grande influência do dispositivo constitucional que afasta qualquer designação discriminatória em relação à filiação no Brasil (art. 227, § 6º, da CF/1988), reproduzindo o art. 1.596 do Código Civil o teor do texto constitucional. Mais adiante o novo diploma revisa os preceitos relativos à contestação do marido em relação à legitimidade do filho nascido da mulher, adequando tal entendimento à jurisprudência dominante do país (HOGEMANN, 2012b, p. 13).

II- Repersonalização do Direito Civil

A repersonalização, portanto, incide sobre o Direito Civil e, tem alta incidência no Direito de Família, que, como já enunciado, não se detém ou se orienta por um paradigma patrimonial, constituindo a principal mudança na lei ordinária;

ratifica decerto o diálogo harmonioso pretendido entre a lei maior e a infraconstitucional de importância integral quanto à vida de cada pessoa nos termos de todos os atos da vida civil, bem como no âmbito de sua existência como um todo. Nasce então também um desafio posto aos juristas, notadamente no que concerne ao Direito de Família. É a tarefa de aprofundar-se em seus conhecimentos para compreender a pessoa em sua dimensão ontológica. Tal missão é de elevado grau de dificuldade, dadas as condições de formação geral de um Estado com as raízes históricas que tem o Brasil. Para tanto, bastaria indagar quem foi o fundador da ontologia do mundo ocidental, seu conceito, o que pretendia entender, propor ou enunciar. Ou, se possuísse tal informação a pergunta seguinte poderia ficar sem resposta, isto é, se já leu o poema de Parmênides – documento oficial de fundação da ontologia ocidental, naturalmente escrito pelo pai da referida ontologia.

Sua importância como humanos não pode depender de sua condição econômica. Nos termos da filiação, quando, nas famílias, um dos pais fica com a criança, o critério não é unicamente econômico. É crucial identificar se haverá afeto na relação para que seja concedido o pedido. O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

A repersonalização das relações familiares significa, antes de tudo, que os interesses da pessoa humana sejam muito mais valorizados do que o patrimônio o que detenha. É na pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade humana. Será possível perceber que a dignidade humana possui natureza axiológica, já que representa um princípio jurídico fundamental, e mais, um verdadeiro atributo da personalidade humana, cujo conteúdo se espraia pelo complexo constitucional nutrido o sistema, fornecendo o parâmetro de validade das demais normas integrantes e deduzindo a raiz antropológica que conduz o homem como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado. Importante destacar que, somente a partir da consolidação da ordem democrática, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, é que, no Brasil, se construiu uma nova ideia acerca da tutela dos direitos fundamentais, muito mais adequada à dignidade da pessoa humana, que apresenta

em seu conteúdo o afeto como verdadeiro valor jurídico, em um processo conhecido como repersonalização do direito (HOGEMANN, 2013b, p. 66-67).

III- As transformações sociais e os reflexos na família

A reformulação da entidade familiar, notadamente, como instituição social radical, naturalmente não ocorre de modo abrupto. As oscilações ainda existem coetâneas às mudanças que se operam na ordem da família e, conseqüentemente, no âmbito, da sociedade, que, por seu turno retomam um diálogo com a referida instituição quando pelo Estado reconhecida, envolvendo o aparato circunstancial e continuado dos direitos humanos nos termos da dignidade e dos direitos da personalidade.

A expressão *direitos humanos* é uma maneira sintetizada de mencionar os direitos considerados como fundamentais da pessoa humana. Tais direitos são fundamentais porque sem eles a pessoa humana, apesar de ter uma existência biológica, não é capaz de desenvolver plenamente suas capacidades de participar inteiramente da vida social e comunitária. Conviver significa vencer o isolamento existencial numa proposta interativa com o outro (HOGEMANN, 2012a, p.5-6).⁴

⁴ Daí, contrario sensu, decorre um direito humano fundamental – que simultaneamente é uma obrigação – importante, a saber: o poder-dever de repelir o desafeto por formas jurídicas que o afastem da família, preventiva ou repressivamente, tais como, por exemplo, a educação e a penalização referentes a todas as formas físicas e psíquicas de violência doméstica, não só entre marido e mulher, mas a partir da efetiva proibição de submeter os filhos a castigos corporais desumanos, que afrontam e corroem o amor.

Assim o é que todo ser humano, independentemente de gênero, cor, religião, opção sexual, política, ou qualquer outra designação identificadora de sua origem ou relação cultural ou econômica, deve ter asseguradas, desde o nascimento, as mínimas condições necessárias para se tornar não somente útil à humanidade, como também deve ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar de maneira equânime a todos, de sorte que possa desenvolver plenamente todas as suas potencialidades. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se designa direitos humanos. Para que se possa mais objetivamente compreender o que significam esses direitos humanos, basta expor que correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas demandas naturais que se apresentam da mesma forma para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas. Assim, a título ilustrativo, a vida configura-se como um direito humano fundamental, porque sem ela a pessoa não existe. Então a salvaguarda da vida é uma necessidade objetiva de todas as pessoas humanas. Mas, observando como são e como vivem os seres humanos, percebe-se a existência de outras necessidades que são também fundamentais, como a alimentação, a saúde, a moradia, a educação, e tantas outras. Muito embora existam essas outras tantas necessidades fundamentais, cumpre apontar que a pessoa humana para que esteja habilitada a reivindicar e a ter a garantia de tais necessidades contempladas, precisa ter uma existência formal que a distinga dos demais indivíduos no seio social. “[...] Assim, cada ser humano, cada pessoa carece de ter reconhecida sua condição de ser único e irrepetível, decorrência de uma conscientização ética do posicionamento moral de cada homem ou mulher que deseja e necessita ser reconhecido e protegido em sua integridade pessoal, independente do papel desempenhado na sociedade” (HOGEMANN, 2012a, p. 6).

Dispõem os Professores Gizlene Neder e Gilásio Cerqueira Filho, quanto a evolução da relação família e seus limites que “os limites da Família iam além do pai, da mãe e dos filhos” (FILHO, NEDER – 2001^a, p.122-123)⁵

Nesse sentido, a vida social é valiosa conquista do processo de aprimoramento da espécie humana. Por via de consequência, outros direitos como a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, todos eles se ligam ao direito à vida e se realizam mais efetivamente a partir do primeiro dos grupos sociais dos quais o ser humano faz parte: a família. Eis, portanto, um elenco de direitos humanos fundamentais e operacionais que se somam para a realização e a garantia da família. Contudo, vale sublinhar que, por entre esses direitos, há um direito-amálgama responsável pela interação entre todos eles. É o direito ao afeto, cujo objeto é o sentimento maior que garante o agrupamento humano por um laço mais forte do que uma simples conjunção de interesses e assim dá consistência aos demais direitos humanos da família. Realmente, desde sua origem, a família é recoberta com um manto de ternura e carinho, de dedicação e empenho, mas também de responsabilidade para com quem se cativa. Esse manto protetor é o afeto, ao qual o direito deve dedicar especial atenção, sob pena de pôr em risco a própria garantia jurídica da família. Isso, porque o direito ao afeto é o mais

⁵ “Os limites de uma família iam além do pai, da mãe e dos filhos. A proteção em troca de lealdade, OS FILHOS DA LEI 123 imposta pelos vínculos familiares, estendia-se primeiramente a uma ampla gama de relacionamentos consangüíneos e por meios de casamentos. As relações sociais eram orientadas pelo paradigma familiar, que mesclava em seu interior força e benevolência. A falta de obediência ou lealdade deixava o indivíduo exposto à exploração de outros.

Nas famílias, a ameaça de punição e a promessa de benevolência descreviam as vidas de esposas e filhos, escravos, agregados, pequenos proprietários, pequenos comerciantes e outros seguidores do senhor. Esta autoridade também atingia as relações de poder, principalmente as políticas. É esta autoridade do *paterfamilis* que o código civil veio limitar.

No Código Civil Brasileiro, a emancipação dos filhos e filhas está prevista para 18 (parcial) e 21 anos (total). Várias restrições ao pátrio poder foram firmadas. Entretanto, o costume seguia definindo a permanência dos filhos na casa (viver sob o teto do pai) como dever de proteção e obediência ao pai. O casamento constitui-se, portanto, fator importantíssimo de ruptura com o pátrio poder, do ponto de vista da construção da idéia de indivíduo.

Durante todo o período em que se discutiu a reforma das leis civis no Brasil, a defesa ou a resistência ao casamento civil dividiram opiniões.

Sobretudo, as forças do conservadorismo clerical e dos patriarcas retardaram o quanto puderam a transferência das mãos da Igreja para as do Estado de todo o registro civil, mormente em relação ao matrimônio. Isto porque, uma vez colocado em mãos civis, o casamento deixaria de ser um sacramento e passaria a ser considerado um contrato, como na maioria das sociedades modernas. Todo contrato, em termos jurídicos, prevê o distrato.

Portanto, a questão da indissolubilidade do casamento e do divórcio influiu a discussão. Uma vez proclamada a República, sob a liderança de positivistas (dentre os quais alguns francamente anticlericais), a Lei do Casamento e do Registro Civil foi decretada pelo Governo Provisório em 1890, sendo seu mentor Rui Barbosa”.

imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social, ao desenvolvimento material e cultural de qualquer entidade familiar (HOGEMANN, 2012a, p.5-6).⁶

III- Afeto

O Direito Civil clássico abrigava tendência, justificada pela necessidade de segurança jurídica, para o uso de tipos legais que fossem instantaneamente aferidos, e por isso tornassem clara a existência de vínculos familiares, tendo em vista a necessidade de segurança — *rectius*, clareza, certeza — nas relações patrimoniais. Era de todo desejável — e de certa forma ainda hoje o é, só que em menor grau — saber exatamente a quem pertencia cada bem disponível para poder fazê-lo circular por entre as pessoas através de relações jurídicas. O direito fundamental ao afeto comporta-se de modo singular. As relações familiares e sociais do mundo dos dias atuais e privilegiam o amor em detrimento de um patrimonialismo desmedido, observado em outras épocas. A atitude altruísta clama ser referendada pelo ordenamento jurídico, como extensão e materialização da dignidade da pessoa humana (HOGEMANN, 2013b, p 9).

O significado da palavra afeto deriva do latim *affectus*, que decorre da junção dos segmentos latinos *ad* (para) e *fectum* (feito), que simboliza “feito um para o outro”, sendo um direito individual diante da possibilidade das pessoas se escolherem sem descendem de um parentesco ou de um relacionamento vinculado aos padrões sociais (FUJITA, 2011a, Unidade 8)⁷.

⁶ Posicionamento assemelhado ao defendido por Sarlet (2012) Alexy (2013).

⁷ “O afeto se prende ao princípio da solidariedade, talhado e moldado nos laços que unem as pessoas, na aceitação recíproca, independentemente das diferenças de idade, de saúde ou de riqueza patrimonial. Como negar a presença de afeto entre o neto e o seu avô, o primeiro, jovem, com toda a vida pela frente, o segundo, bem mais velho, com a experiência dos anos vividos; mas unidos pelos laços da compreensão mútua e do coração? E o que dizer da amizade sincera entre um rico e um pobre, ou entre pessoas de religiões diversas, em que a diferença patrimonial, ou a de credo religioso, não impede que ambos se respeitem, se solidarizem, se compreendam e se ajudem? Ou então o que falar da relação entre a mãe e seu filho com deficiência mental: embora este se apresente hermético em seu mundo psíquico, aquela, sua mãe, parece adivinhar-lhe os distantes pensamentos e, não se deixando dobrar pelas restrições da vida, não mede esforços, para confortar e atender a todas as necessidades de seu filho incapaz. De fato, o afeto transcende as deficiências ou limitações individuais de cada uma das pessoas e se complementa com a compreensão e amor. Como bem afirma Paulo Luiz Netto Lôbo, “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue”.

O afeto nas relações familiares e, sobretudo, na filiação já se fazia presente antes mesmo da Constituição Federal de 1988, uma vez que já se admitia a adoção, “reconhecendo a filiação fundada na vontade e no afeto, acima dos vínculos de sangue”.⁶ Contudo, é certo que o afeto ganhou força com a Constituição Federal de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com o Código Civil de 2002, que lhe deram um suporte jurídico e o colocaram no cenário central das discussões relativamente à sua verdade: se superior ou não à verdade biológica. Apresentamos em itens anteriores uma classificação doutrinária a respeito da filiação, examinada sob o viés da origem

Ao considerar a maior importância atribuída à proteção à pessoa humana, os conceitos jurídicos dos respectivos vínculos familiares — tanto horizontal, quanto vertical — ganham uma maior flexibilidade para incluir situações que antes estavam à margem do Direito, no campo do não jurídico, no campo do fático. Vale portanto, transcrever o seguinte ponto de vista:

É possível afirmar que existem questões onde ainda não existe verdadeiro consenso moral. Diferente do individualismo, que é característica inerente ao comportamento social há muitos séculos, e seu conceito encontra-se amplamente difundido, o afeto ainda está em processo de inserção no elemento ético da pessoa humana, às vezes possuindo identidade própria, às vezes sendo mera faceta de um individualismo desfigurado (HOGEMANN, 2013b, p 9-10).

A Constituição representa uma infindável série de escolhas, o que enseja questionamentos sobre se deve ser vista como um texto, uma intenção, uma ordem de deduções estruturais ou uma série de premissas políticas e morais.

A Constituição de 1988 traz consigo, como já é sabido, valores solidários e igualitários, sedimentando uma nova face do Direito das Famílias. O art. 226, *caput*, do texto constitucional, ao estabelecer que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, reconhece a importância do organismo familiar para a formação e manutenção da sociedade, valendo salientar que o modelo unitário da família matrimonial foi ampliado para vários (plurais) modelos de famílias que não se esgotam no rol previsto constitucionalmente.

Sem família não há sociedade, daí especial proteção que o Estado deve dar às famílias, não mais consagradas como instituições independentes, mas em razão da tutela das pessoas humanas que as integram, independentemente do modelo escolhido ou existente.

A entidade familiar passou a ser o meio de realização da dignidade e das potencialidades de seus membros. Assim, a efetividade das normas constitucionais

(matrimonial, extramatrimonial e adotiva), assim como sob o viés da sua natureza (jurídica, biológica e socioafetiva), e depreendemos que nem sempre a verdade jurídica, representada pelas presunções *iuris tantum* do brocardo romano *pater is est quem nuptiae demonstrant*, coincide com a verdade biológica. Perceberemos ainda que, mesmo a filiação sendo apontada pela verdade biológica, poderá ser questionada ante o crivo da verdade afetiva.” (FUJITA, Jorge Siguemitsu. *Filiação*, 2ª edição. Atlas, 05/2011)

implica a defesa dos organismos sociais e familiares, que cumprem o seu papel maior.

A afetividade, no entanto, não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico, mas a Constituição Federal, ao estabelecer a pluralidade das entidades familiares, reconhece a afetividade como base da família. A afetividade, como elemento formador da família, deve se adaptar aos anseios do ser humano e acompanhar suas transformações.

O afeto desempenha, então, papel imprescindível para a fundamentação da formação das famílias, sendo capaz de explicar a necessidade do pluralismo das entidades familiares identificável na sociedade contemporânea.

A despeito da possibilidade de algum doutrinador subestimar sua importância de vale salientar que um dos fulcros constitucionais que albergam o *princípio da afetividade* se encontra no art. 226 §8, da Constituição Federal, do momento em que assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, em que subsiste a afetividade que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar.

A liberdade de afeiçoar-se um ser ao outro é muito semelhante à liberdade de contratar um com outro. Essa analogia entre afeição e contrato serve para um fim justo: mostrar que, como ocorre na liberdade de contratar, também a liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição Federal de 1988, - o parágrafo 2 do art. 5 não exclui direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios por ela adotados.

Ambas as liberdades são inerentes ao relacionamento social. Se negadas – ou tolhidas – isso resulta na desfiguração do Estado Democrático de Direito e das liberdades – ainda que não declaradas expressamente –: significa renegar o regime e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito destacado pelo art. 1 da Constituição.

Corolário de todas as transformações e princípios foi o reconhecimento de que, acima de uma realidade formal, a família deve cumprir uma função social, permitindo a plena realização de seus membros, em prol de toda a sociedade.

Ainda, o dever de convivência valorizou o afeto nas relações familiares, uma vez que assumiu relevância jurídica e se expressa, por exemplo, na exigência da *affectio maritalis* (como decorrência do sentimento recíproco de amor entre o casal) e no reconhecimento da paternidade socioafetiva, na qual o vínculo

sentimental entre pais e filhos pode, muitas vezes, se sobrepor às relações de consanguinidade. A família, a partir de agora, passa a ser um núcleo socioafetivo que transcende a mera formalidade.

Como se vê, o modelo único e tradicional de família, o matrimonializado, no qual se baseia as antigas funções da família (econômica, política, religiosa e procriativa), perde seu espaço para os atuais vínculos familiares que se fundamentam na afetividade para o desenvolvimento pessoal de cada um dos envolvidos na relação.

De acordo com tal raciocínio as famílias se constituem, de um modo geral, na atualidade, com base em sentimentos de amor e solidariedade com propósito de serem preservados os laços afetivos de atenção, carinho, cuidado e proteção dos parceiros e da prole, buscando a realização de projetos de forma compartilhada.

Assim, a família se forma através do afeto e transforma seus seres a partir do afeto. Dessa maneira, são as relações familiares que despertam o entendimento baseado na compreensão e no carinho.

O amor (afeto) em suas várias formas é visto pelos filósofos de dois modos: como unidade e identificação total entre dois seres, e como troca recíproca entre seres individuais e autônomos. Sob esta última perspectiva, a troca recíproca, emotivamente controlada, de atenções e cuidados tem por finalidade o bem do outro como se fosse o seu próprio.

Famílias são sistemas sociais complexos – ou seja, redes de relacionamentos recíprocos e alianças que estão constantemente evoluindo e que são muito influenciadas pela comunidade e pela cultura. Além do que, a abordagem sistêmica da família reconhece que os pais influenciam seus filhos, assim como as crianças influenciam o comportamento e as práticas educacionais de seus pais.

Dessa forma, considerar a família como sendo um sistema é considerar que as interações entre quaisquer dos membros (nuclear e/ou extensa) provavelmente serão influenciadas pelas atitudes e comportamentos dos outros.

Assim, as interações redundam em efeitos diretos ou indiretos, dependendo da instância em que se deu a interação. Pois os efeitos diretos são frutos das interações de dois ou mais membros da mesma família, ao passo que os efeitos indiretos provêm da interferência de um terceiro membro familiar.

No mesmo sentido, a síntese do entendimento consiste em que até mesmo a mais simples das famílias é um sistema social verdadeiro e muito maior que a soma de suas partes. Não apenas cada membro familiar influencia o comportamento de

todos os outros mas também a relação entre dois de seus membros pode afetar a interação e as relações entre todos os outros membros. Por essa razão é que o instituto familiar merece tamanha dedicação de estudo e análise, sempre priorizando o seu maior bem a ser preservado: o afeto.

Nas relações familiares o afeto cumpre papel também integrador. Desde a primitividade o afeto está intimamente ligado ao sentido de família. O direito ao afeto é a liberdade de um indivíduo afeiçoar-se ao outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo.

A extensão das partes é sublime, num movimento divino, sempre com a intenção de eternizar o amor através da vontade de perpetuação de uma vida coberta de permanente afeto. Mesmo com a intervenção do Estado no ditame dos deveres comuns das sociedades familiares, o afeto se integra, e sem ele não existiria o elemento fundamental da intenção volitiva para a formação da família.

O ser humano enquanto ser social deve ser visto em seu aspecto individual, bem como, em seu aspecto social, sendo a família o primeiro e privilegiado núcleo de integração social.

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante no sentido da correção das injustiças sociais.

A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá número muito menor de situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, quer pela dominação prepotente, quer pela permissividade irresponsável.

Sob o enfoque da psicologia tradicional, pais carinhosos e sensíveis, que normalmente conversam com seus filhos e tentam estimular sua curiosidade, contribuem de modo positivo para o estabelecimento de apegos emocionais seguros e para a sociabilidade.

Nesse sentido, é a partir da formação da estrutura familiar, sob o modo de como interagem seus membros, que é formada a interação afetiva. Assim, o afeto que constrói a família atual, constitucionalizada, também transforma seus membros e serve de combustível crucial para gerar afeto aos novos membros da família.

A família, por sua vez cumpre papel relevante no desenvolvimento do afeto. Se hoje se considera que as trocas afetivas na família imprimem marcas que as

peças carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente e no modo de agir com as pessoas, e que esse ser com os outros, aprendido com as pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e frequentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente, é conveniente esclarecermos que a família, principalmente fundada nas relações de afeto e de amor, constitui elemento chave para a formação de indivíduos equilibrados e desenvolvidos emocionalmente.

O papel da família assume, pois, significado incontestável para o desenvolvimento sadio da criança. *Uma família centrada no afeto* (grifo nosso), seja qual for a sua composição externa, saberá lidar com os problemas da vida moderna e com as frustrações psicológicas que a todos alcançam, para administrá-las com equilíbrio.

Pode-se dizer que existem dois momentos referentes à filiação: um fisiológico, que determina a filiação biológica, e um psicológico, que determina a filiação afetiva, sendo esta decorrente do fato de a criança se sentir segura e desejada. Os próprios pais biológicos podem ser os que atendam as necessidades psicológicas, mas, quando estes são ausentes e não estabelecem vínculos com a criança, são para os sentimentos dela simplesmente estranhos.

Um cuidador carinhoso e sensível é a dimensão mais influente da parentalidade durante a infância além de estimular o funcionamento psicológico saudável durante a época de desenvolvimento, constrói bases para experiências futuras.

Não apenas no direito, mas em praticamente todas as áreas do relacionamento humano, há uma crescente compreensão acerca do acolhimento do afeto como linguagem integrante da condição humana. Na área educacional, a afetividade possui ingerência constante no funcionamento da inteligência do ser humano, estimulando-o ou perturbando-o, acelerando-o ou retardando-o. Com efeito, para Vygotsky, a linguagem afetiva atua na construção das relações do ser humano a partir de uma perspectiva pessoal, social e cultural. No modo de ver de Jean Piaget a afetividade seria como a gasolina, que ativa o motor de um carro; em outro momento, argumenta que a afetividade é a energética da ação e, de modo mais enfático, que a afetividade e a inteligência são, assim, indissociáveis constituem os dois aspectos complementares de toda conduta humana.

Por esse motivo é, que se diz que o afeto é arte, canto, poesia, sabedoria, linguagem, educação, conhecimento, inteligência, saúde, felicidade, liberdade,

enfim, afeto é o tempero da vida e o portal para a construção da personalidade da pessoa humana. Daí a importância da família instituída no afeto.

Necessário trazer a baila a desjudicialização nas ações de família, com a necessidade de facilitar as demandas saindo da esfera judicial para esfera extrajudicial. É o caso do chamado Divórcio extrajudicial, que sofreu reservas do CNJ, bem como da doutrina que apoia a decisão do CNJ, alegando que Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis:

“É preciso observar, ainda, que o divórcio unilateral desjudicializado, por ser exercido sem a presença do outro cônjuge interessado, impossibilita que este venha a formular pretensões que têm de ser conhecidas anteriormente à decisão desconstitutiva do casamento, por serem a ela prejudiciais. Permita-nos enunciar duas. A primeira diz respeito às discussões acerca da validade do negócio jurídico matrimonial. Ora, pode o outro cônjuge alegar que o casamento é nulo, ou anulável, com todas as consequências que disso derivam; o divórcio impositivo se anteciparia ao direito de invocar a invalidade e se tornaria elemento de sua obstaculização. A segunda pertine à possível incapacidade do cônjuge sujeito à imposição do divórcio. No procedimento consensual articulado por meio de um instrumento, ambos os cônjuges devem estar presentes e cabe ao notário dar fé da capacidade de ambos para a prática do ato. Consumado o divórcio unilateralmente perante o registrador civil, corre-se risco sensível de que a condição de vulnerabilidade do cônjuge incapaz seja omitida⁸.”

Outro ponto questionado referente ao acesso à justiça seria a utilização de ferramentas eletrônicas nos procedimentos judiciais, como audiências por Whatsapp nas relações familiares. A Doutrina ainda é bem resistente, alegando que em certas situações sua utilização seria preocupante:

“Ademais, em que pese vivermos em um mundo virtual, num cenário anônimo, sem rosto, onde a comunicação é instantânea, desterritorizado e atemporal, no qual a confiança se vincula em “ sistemas abstratos”, é de suma importância para restauração da comunicação rompida instituída pelo litígio um procedimento que garanta segurança e confidencialidade, o

⁸ Filho, Venceslau Tavares Costa e outro. Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao>. Acesso em 20.04.2002.

que o aplicativo Whastapp também não pode ofertar. Assim, conclui-se que o aplicativo WhatsApp, apesar de suas qualidades, não deve ser utilizada nos conflitos que envolvam sentimentos entre as partes. Conclui-se, também, que diante das fragilidades de segurança do aplicativo, anuência as partes para sua adoção e autorização por escrito através de termo prévio a mediação, informando os riscos relacionados a privacidade⁹.

IV- Conclusão

A repersonalização das relações familiares traça um novo perfil ao Direito de Família, qual seja, o de conceder status constitucional de entidade familiar aos indivíduos que desejarem unir-se por laços de afeto, no desiderato de reformular molduras ultrapassadas engendradas pelo legislador, de cunho meramente patrimonial. Uma das consequências práticas da repersonalização é a adoção da concepção de família já existente na história antiga da humanidade, no Direito Romano, constituindo a idéia básica da família eudemonista - concepção essa reconhecida por outros ramos do conhecimento – ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõem. Busca-se tutelar não mais a família como ente transpessoal, vinculado à relação de produção e procriação, como outrora, mas sim como *locus* de realização pessoal, de caráter íntimo e afetivo dos indivíduos. O princípio da afetividade tem base constitucional; não se constituindo como uma petição de princípio, nem como fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que concerne aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. A família projetou-se como grupo social fundado essencialmente em laços de afetividade. Os termos do Direito hodierno caminham ao lado da função social que a lei deve enunciar, refletindo o espírito da lei do legislador igual propósito na realização da justiça atenta à composição na afirmação da sociedade civil¹⁰ responsável pelo presente e pelo porvir, assumindo o bônus e o ônus da atual geração e da vindoura. Com efeito, para além de qualquer pontual manifestação de

⁹ SOBREIRA, MATOS. **Whatsapp e a sua utilização na mediação**. XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre – RS. Disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/6tp3x9v4/7i8r9wE68jee4bbu.pdf>. Acesso em 20.04.2020.

¹⁰ *Na aplicação da Lei atenderá o juiz os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, como se pode identificar no art. 5º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

laços de sentimentos mútuos, a relação humana em que há amor ultrapassa o alcance visual a que propõe a lei.

Importa compreender, para ilustração, que *o amor não faz mal ao próximo*. De fato, o cumprimento da lei é o amor: isso não configura lembrança do que o jurisconsulto em texto epistolar fala a determinado segmento de pessoas em Roma, mas de que não há ações temerárias nem tampouco reações às mesmas quando há afeto pelo semelhante, embora profundamente diversas as pessoas. Esse pensamento corrobora o entendimento de que a dignidade integra indissociavelmente a própria personalidade humana, reforçado pelo diálogo constitucional alimentando a retomada intuitiva-emocional da vida humana, cujo afã pela objetividade e racionalidade ofuscou o juízo. Admite-se que o juízo subjetivo requer muito mais profundidade para sua validade. Daí o velamento em pura racionalidade promotora de queda térmico-relacional, alegando-se que somente o julgamento objetivo é correto. O exame cuidadoso do histórico objetivo também apresenta fragilidade. Ao menos é um sujeito o enunciador do juízo e, portanto, igualmente refém da subjetividade, de modo que esta poderia ser objeto de mais profunda reflexão a fim de encontrar pontos de comunicação ao invés de fenecer receoso do potencial arcabouço de relativismos.

A soma de tais fatores reafirmada na atenta composição do texto constitucional, notadamente com respeito à tutela dos direitos fundamentais denota concretização das formas de solidificar a consolidar legislação no caminho do que esses mesmos elementos culminam – fenômeno denominado repersonalização do Direito – sendo considerado excelência do valor jurídico, entendendo-se que a lei foi feita por causa do homem e não o homem por causa da lei. Dentro do grupo das questões normativas é possível distinguir entre as questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas e suas respectivas respostas. Trata-se de uma questão ético-filosófica quando se pergunta, independentemente da validade de um ordenamento jurídico-positivo, por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm.

A menção renovada aos Direitos fundamentais cumpre seu trabalho singular de reconduzir o conceito e o papel do Direito, bem como de seus atores na constituição da família e, conseqüentemente da sociedade. Naturalmente, há em seu conteúdo argumentos neoconstitucionalistas decorrentes de questões históricas, filosóficas e teóricas que, embora mencionado em nota de rodapé, não se faz necessário abordar mais profundamente por não pertencer ao objeto do presente estudo.

A repersonalização do Direito é, portanto, retorno à pessoa humana na sua dimensão mais ontológica. Do *ser enquanto ser* a despeito de toda circunstancialidade e propósito que porventura venha a incidir sobre a centralidade das razões de repersonalização do Direito, isto é, para além de toda a questão contingencial patrimonialista em que a pessoa é colocada em segundo plano.

A dignidade da pessoa humana, os Direitos humanos, corroboraram decisivamente para a instauração desta nova perspectiva e afirmação de direitos repersonalizados. O retorno da pessoa para o foco das atenções do Direito em todos os ramos, e ainda mais notadamente, para o Direito de Família, cujo objeto são as pessoas propriamente ditas.

v- Referências teóricas:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Martins Fontes, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi / Zygmunt Bauman; Tradução, Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **Amor líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **Ética da pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1999.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan, 14 ed. Tradução Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

Filho, Venceslau Tavares Costa e outro. **Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao>. Acesso em 20.04.2002.

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FROMM, Erich. **A arte de amar**. Tradução de Zahar Editores, 2005.

_____. **Ter ou ser.** 4ª ed. Rio de Janeiro, LTC Editora, 2011.

HOGEMANN, Edna Raquel. A relevância do afeto e da alteridade na garantia dos Direitos Humanos. **Prisma Jurídico (Online)**, v. 18, p. 100-118. 2012a.

_____. Reflexões sobre o Direito Personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade. In: Rodrigues Otávio Luiz Rodrigues, Giordano Bruno Soares: PINTO, Nelson Luiz Pinto. (Org.). *Relações privadas e democracia* [Recurso eletrônico on-line]. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012b, v. 01, p. 310-331

_____. **Conflitos bioéticos:** clonagem humana. 2.ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a.

FUJITA, Jorge Siguemitsu. *Filiação, 2ª edição.* Atlas, 05/2011

HOGEMANN, Edn Raquel; SOUZA, Thiago Serrano. **O direito fundamental ao afeto** in **Revista Internacional de Direitos Humanos.** Bauru, v. 1, n. 1, p. 67-88, dez. 2013b.

IÓRIO FILHO, R. M.; DUARTE, F. Uma fundamentação para os direitos humanos. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília-DF.

NEDER, Gizlene e CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Os filhos da lei.** *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2001, vol.16, n.45, pp.113-125, Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4333.pdf>; Acesso em 10/09/2018.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos constitucionais na CF de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOBREIRA, MATOS. **Whatsapp e a sua utilização na mediação.** XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre – RS. Disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/6tp3x9v4/7i8r9wE68jee4bbu.pdf>. Acesso em 20.04.2020

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEIXEIRA, António Braz Teixeira. **O sentido e o valor do Direito,** Lisboa: INCM, 2012.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família.** Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980. V.3, p. 11.

WALDYR FILHO, Grisard. **Famílias reconstruídas.** 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, NEDER . **Os filhos da lei.** *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]., vol.16, n.45, 2001ª, p.122-123