

# TEORIA DO AFETO: A NOVA MOLDURA FAMILIAR

Prof. Me. André Luís Mattos Silva<sup>1</sup>

Ana Carolina Tonon da Cunha<sup>2</sup>

## Resumo

O modelo familiar, antes da Constituição Federal de 1988 e na vigência do Código Civil de 1916, era o patriarcal, em que o pai, como chefe da instituição, tinha função econômico-produtiva, e era vinculado ao laço sanguíneo existente entre os pais e o(s) filho(s). A proteção jurídica era direcionada à instituição família como um todo. Após a promulgação da Constituição de 1988, uma nova moldura familiar foi criada, em que prevalecem os laços de afeto, e não somente o biológico. A Constituição atual prevê em seus artigos, direitos individuais à pessoa e à sua dignidade, valorizando cada membro da família e não só a instituição em si. Não cabe ao Estado definir "Família", mas promovê-la de forma a adequar a sociedade em um bem comum. O presente trabalho visa analisar os novos contextos familiares e seu reflexo não só na sociedade atual, bem como no contexto da aplicabilidade da legislação brasileira em relação a estes novos moldes com a análise das principais correntes dentro do Direito de Família e da Sociologia Jurídica pertinente aos casos avaliados.

Palavras-chave: Família, afeto, Constituição, Direito de Família, Sociologia Jurídica.

## Abstract

The family model, prior to the 1988 Federal Constitution and in the presence of the Civil Code of 1916, was the patriarchal, where the father, as head of the institution, had economic and productive function, and was linked to existing blood bond between parents and the (s) child (ren). The legal protection was directed to the family institution as a whole. After the promulgation of the 1988 Constitution, a new family frame was created, in which prevails the bonds of affection, not only biological. The current Constitution provides in its articles, individual rights to person and his dignity, valuing each family member and not only the institution itself. The state must not define "family" but promoting it in order to adjust to society in a common good. This study aims to analyze the new family contexts and its reflection not only in today's society as well as in the context of applicability of the Brazilian legislation in relation to these new molds with the analysis of the main currents within the Legal Family and Sociology of law relevant to cases evaluated.

Keywords: Family, affection, Constitution , Family Law , Legal Sociology .

---

<sup>1</sup> Advogado na cidade de Avaré-SP. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Coordenador Editorial vinculado ao Núcleo Docente Estruturante da Faculdade Eduvale de Avaré-SP. Professor na Faculdade Eduvale de Avaré na área de Direito Previdenciário, Direito Internacional e Direito Digital. Contato. adlsilva@hotmail.com

<sup>2</sup> Estagiária na Escritório "GOMES IGNÁCIO – Advocacia e Consultoria Jurídica". Discente do Curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré.

## **1. INTRODUÇÃO**

A Teoria do Afeto, segundo a doutrina dominante, estabelece que as novas relações familiares devam ser baseadas no afeto e não somente no aspecto biológico. Com a vigência do novo Código Civil e da atual Constituição (também conhecida como Constituição cidadã), o modelo familiar “padrão” mudou. Antes, o modelo existente era o patriarcal, em que o pai era o chefe da instituição “família” e sua função era econômico-produtiva, sendo que, a proteção dada pelo Estado era para a família como um todo.

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão despatriarcalização do Direito de Família, eis que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo e de cooperação, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do pai de família (pater familias), não podendo sequer se utilizar a expressão pátrio poder, substituída por poder familiar. (TARTUCE, 2014. p. 69)

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, § 8º diz que: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (...)”. A liberação do divórcio, o reconhecimento da união estável (artigo 226, §3º, CF), a segregação do modelo patriarcal e a entrada da mulher no mercado de trabalho, fez com que aumentassem os tipos de estruturas familiares, fazendo com que hoje existam famílias como: mosaico, monoparentais, homoafetivas, etc.

## **2. A TEORIA DO AFETO NO ÂMBITO JURÍDICO-SOCIAL**

Na sociologia, segundo a visão de Weber (2010), todos os fatos ocorridos no âmbito da sociedade podem ser chamados de fatos sociais e, quando determinado fato traz consequências jurídicas para essa sociedade passa a ser denominado de fato jurídico. A Sociologia Jurídica estuda as relações recíprocas existentes entre a realidade social total e o Direito, ou seja, todo acontecimento social merece ser analisado.

O maior ensinamento que a sociologia jurídica traz é que o Direito não pode ser estático; para se desenvolver deve tomar como referência a sociedade. A Teoria

do Afeto é um grande exemplo, já que busca atender os acontecimentos existentes hoje. O objetivo não é impor determinada situação, mas fazer com que o Estado dê a proteção necessária a todos.

### **3. A TEORIA DO AFETO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL**

Segundo a Constituição, nos termos do art. 226, a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Após a promulgação da Constituição de 1988, o conceito de família foi ampliado, em que para a proteção do Estado, a entidade familiar também abrange a união estável. O sistema anterior só reconhecia a sociedade biparental, àquela formada por filhos de pai e mãe, excluindo-se, portanto, as mães solteiras. Esse sistema era baseado no modelo patriarcal e hierarquizado (Código Civil de 1916). Maria Berenice Dias ressalta que:

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família e emprestou juridicidade ao relacionamento fora do casamento . Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com os seus filhos. Agora, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa. (DIAS, 2015, p. 36)

O entendimento do Constitucionalista Pedro Lenza (2012), é que o Estado deve assegurar proteção aos pais e mães solteiros e/ou divorciados e seus eventuais filhos. “Prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges e os filhos”.

### **4. OS TIPOS DE FAMÍLIA**

Já se demonstrou que a sociedade possui um dinamismo ímpar e, por conta disto, o Direito não pode deixar de acompanhar tais mudanças devendo, por certo, adequar-se aos novos moldes familiares a fim de possibilitar as garantias que a esses grupos são legalmente concebidas. Para se compreender como essas novas entidades familiares podem e devem valer-se das normas, é necessário compreender-se a classificação de cada uma delas e como o Direito tem visto essas inter-relações.

#### 4.1 FAMÍLIA MOSAICO

Família mosaico é aquela composta por pais, mães, padrastos e madrastas, ou seja, fruto de uma antiga relação que não deu certo. Os cônjuges se divorciaram e formaram outra família. A grande doutrinadora do Direito de Família, Maria Berenice Dias, disserta em sua obra que:

A cada dia surgem novas expressões - composta, mosaico e binuclear -, na tentativa de identificar as famílias que resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões. A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade pelos compromissos e a interdependência desta nova estrutura familiar, no entanto, não dispõe qualquer previsão legal, que imponha deveres ou assegure direitos. sequer existem nomes que identifiquem este caleidoscópio familiar. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos. (DIAS, 2015. p. 141).

Se tiverem filhos, existirão os enteados, que por força de lei são considerados e possuem direitos de filhos. A Lei 11.294/09 permite que os enteados acrescentem o sobrenome do padrasto ou madrasta, sem que se altere a filiação, já que em muitos casos eles estiveram presentes desde a infância, fazendo com que o laço afetivo seja maior.

Para a inclusão do patronímico a Lei apenas exige a concordância dos envolvidos e um “motivo ponderável”, que seria o próprio vínculo afetivo depois de decorridos cinco anos.<sup>3</sup>

## 4.2 FAMÍLIA MONOPARENTAL

A família monoparental ocorre quando apenas um dos pais ficam com a responsabilidade de criar e manter o(s) filho(s). Acontece quando há o abandono por parte de um deles, com a morte de um dos pais ou quando a família é dissolvida através do divórcio. Vejam-se as lições de Maria Berenice Dias sobre o tema:

A Constituição Federal, ao alargar o conceito de família, elencou como entidade familiar uma realidade que não mais podia deixar de ser arrostada ( CF 226 § 4. º): a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Esses núcleos familiares foram chamados pela doutrina de famílias monoparentais, para ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar. A expressão é pertinente, pois não se pode negar caráter familiar à união de afeto que caracteriza as entidades com somente uma parentalidade. (DIAS, 2015. p. 290)

Após o divórcio, a guarda dos filhos fica quase sempre com um dos pais, então o(s) filho(s) acaba(m) morando com apenas um deles. Por meio da análise do referido artigo, fica claro que o Estado deve assegurar a devida proteção para as mães e pais solteiros e/ou divorciados e seus eventuais filhos.

## 4.3 FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

As uniões homossexuais são uma realidade no Brasil há vários anos, porém ultimamente, elas têm ganhado voz e direitos. A união estável entre casais do mesmo sexo já é aceita e, inclusive, existem decisões por parte do Supremo Tribunal Federa (STF), em relação à adoção de crianças por parte dos casais homoafetivos.

---

<sup>3</sup> [http://baldimadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/250003769/enteado-pode-incluir-o-sobrenome-dos-pais-de-criacao?ref=topic\\_feed](http://baldimadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/250003769/enteado-pode-incluir-o-sobrenome-dos-pais-de-criacao?ref=topic_feed)

A ministra Carmem Lúcia entende que o conceito de família não pode ser restrito por se tratar de casais homoafetivos.<sup>4</sup> O doutrinador Pedro Lenza (2012), discorre que deve ser feita uma interpretação mais ampla do artigo 226, § 3º, CF/88, que dispõe que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (...)” à luz do *caput*, que prestigia a proteção à família, e especificamente, do princípio da dignidade da pessoa humana. O Direito deve evoluir para acompanhar a realidade social. Vejam-se as lições do referido doutrinador:

Parece, então, que a união homoafetiva, à luz do princípio da **dignidade da pessoa humana**, do **direito à intimidade**, da **não discriminação**, enquanto objetivo fundamental do Estado, **da igualdade** em relação ao tratamento dado à união estável entre um homem e uma mulher, deva ser considerada a entidade familiar e, assim, ter o tratamento e proteção especial por parte do Estado, exatamente como vem sendo conferido à união estável entre um homem e uma mulher. (LENZA, 2012, p. 1214).

Maria Berenice Dias, em sua obra “União homossexual: o preconceito e a justiça” ressalta que:

impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independentemente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção... (DIAS, 2006, pág 97).

Assim sendo, verificados os novos conceitos de família é importante que se compreendam quais são os principais direitos garantidos a esses novos núcleos, bem como, a proteção que a Lei tem a eles efetivamente conferido.

## **5. BREVE ABORDAGEM DOS DIREITOS CONFERIDOS AOS NOVOS NÚCLEOS FAMILIARES SURGIDOS SOB O MANTO DA TEORIA DO AFETO**

---

<sup>4</sup> <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/ministra-do-stf-reconhece-adocao-de-crianca-por-casal-homoafetivo>

Em continuidade, dar-se-á a apresentação dos principais direitos conferidos aos novos núcleos familiares reconhecidos pela teoria do afeto.

### 5.1 Adoção

A adoção é um modo de filiação “artificial” que busca imitar a filiação natural. A filiação natural é uma relação puramente sanguínea entre os pais e os filhos, já a adoção estabelece uma relação de afeto e amor por uma criança inicialmente “desconhecida”, que terá todos os direitos jurídicos como um filho. A adoção na visão de Caio Mário da Silva Pereira (2007; p. 392) “é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outro como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.<sup>5</sup>

O objetivo da adoção é dar às crianças um lar, já que elas são desprovidas de família e muitas foram abandonadas pelos pais biológicos, atender as necessidades não só materiais, mas também de afeto e amor.

Após a adoção, o adotado terá em seu registro os nomes dos pais adotivos, não terá mais laços com os pais biológicos e sim com a família que o adotou, porém, de acordo com a Lei nº 12.010/09 em seu artigo 48, garante-se que “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.”

Nesse mesmo sentido, segundo as lições de Flávio Tartuce:

A adoção passou a ser considerada pela nova lei como uma medida excepcional e irrevogável, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (art. 39, § 1.º, do ECA). Nos termos do art. 25 da mesma norma, entende-se por *família natural* a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Já a *família extensa* ou *ampliada* (...) é aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Em suma, a adoção deve ser encarada como a *ultima ratio*, sendo irrevogável assim como o reconhecimento de filhos. (TARTUCE, 2014. p. 915).

---

<sup>5</sup> [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8901](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8901)

Ainda sob a visão do mesmo doutrinador, a adoção tem um aspecto de Negócio Jurídico, já que precisa da iniciativa do adotante, do exercício de autonomia privada deste, e no caso de o adotado ser maior de 12 anos, também necessita de consentimento do adotado.<sup>6</sup>

Após a promulgação da Lei nº 12.873/13, os pais que realizaram a adoção podem solicitar a licença maternidade, independente da idade da criança, pelo prazo de 120 dias.<sup>7</sup>

## 5.2 TEORIA DO AFETO E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

As uniões homoafetivas, como já citado, passaram a assumir um papel relevante no contexto social brasileiro, principalmente com o advento da Carta Magna de 1988 que garantiu direitos iguais a todo e qualquer cidadão independente de raça, sexo, credo ou condição social.

Entretanto, o preconceito sempre se fez muito presente em aspectos correlatos às uniões advindas de pessoas do mesmo sexo. Tanto é que, em termos previdenciários, até o advento da Lei 8.213 de 1991, não se garantiam direitos à pensão por morte ao companheiro sobrevivente.

Assim, antes da década de 90, não era concedido administrativamente o benefício para quem o postulasse por conta de uma relação entre pessoas do mesmo sexo.

Na vanguarda do tempo, alguns companheiros sobreviventes, buscaram o Poder Judiciário a fim de valer-se do direito não só para fins de herança, mas também, para fins previdenciários.

Tais vanguardistas, levaram durante à criação do projeto da nova lei dos benefícios previdenciários, ao final do ano de 1990, em se dirigir o pensamento para o reconhecimento na esfera administrativa das questões relacionadas ao afeto, tanto é que, o a Lei 8.213 de 1991, em seu artigo contempla que são considerados como

---

<sup>6</sup> TARTUCE, Flávio Direito civil, v. 5 : direito de família / Flávio Tartuce. – 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. (p. 912)

<sup>7</sup> <http://www.tjmt.jus.br/noticias/41748#.Vjta5fmrTIX>

dependentes os cônjuges e também os companheiros. Veja-se, inclusive, posição do STF a respeito do tema:

A manutenção de uma relação não prevista pelo artigo 53 da Lei nº 24.241/1993 não impede a concessão do benefício da pensão decorrente de morte de companheiro do mesmo sexo. Com base nesse entendimento, a Corte revogou sentença (sic) que considerara que a relação mantida por pessoas do mesmo sexo seria alheia à “convivência pública em aparente matrimônio” constante do citado dispositivo legal. Determinou-se, por conseguinte, que nova decisão seja proferida. Na espécie, o recorrente mantivera um relacionamento amoroso com pessoa do mesmo sexo de 1955 até junho de 1996, quando seu companheiro falecera. Asseverou-se que, segundo orientação reiterada do Tribunal, a seguridade social tem por finalidade essencial cobrir contingências sociais, ou, mais precisamente, assegurar o necessário às pessoas que as sofrem. Acrescentou-se que, de acordo com a Constituição (artigo 14 bis), o papel próprio da seguridade social é o da cobertura integral das conseqüências negativas produzidas pelas contingências, devendo-se interpretar as normas infraconstitucionais da seguridade social conforme seu objetivo protetor, o qual impõe regras amplas. Citou-se, em seguida, o disposto em diversas normas internacionais de direitos humanos que reforçam esse entendimento, as quais, a partir de 1994, possuem hierarquia constitucional (Constituição, artigo 75.22, segundo parágrafo). Concluiu-se que o regime legal de pensões não pode, validamente, deixar de abarcar situações como a analisada, ou seja, a da pessoa sobrevivente que mantinha com a beneficiária falecida uma relação que, por suas características, revelava laços concretos e contínuos de dependência econômica. Esclareceu-se, em outras palavras, que a natureza “substitutiva” de determinadas prestações da seguridade social, como a tratada nos autos, deve apresentar a amplitude necessária para englobar os laços de solidariedade e assistência que, de fora concreta e contínua, estabelecem as pessoas humanas entre si para satisfazer regularmente as necessidades materiais da vida, e cuja extinção, por causa da morte da beneficiária, gera à sobrevivente um impacto econômico desfavorável para continuar a atender essas necessidades, decorrentes da perda da renda proveniente da pessoa falecida. (STF, 2012, pag 1).

O grande desafio da teoria do afeto no âmbito previdenciário, a partir de agora, será o reconhecimento das novas instituições familiares e, por conseguinte, seus membros, como destinatários de benesses desse setor.

Com efeito, há necessidade de se interpretar esses novos institutos à luz do Direito Civil, e trazê-los à ordem do Direito Previdenciário ainda que seja por meio de aplicação de analogia.

É certo que os novos grupos ao repercutirem essas novas tendências na sociedade em geral, gerarão novos reflexos na ordem previdenciária e, certamente, ensejarão novas modificações no texto legal.

Prova disto é o já citado texto legal que confirma a possibilidade aos pais adotivos de licenciarem-se quando da adoção por prazo de 120 dias.

Outro exemplo seria o recebimento de pensão por morte destinada a filho de família mosaico, tudo corroborado pelos laços de afetividade.

Certamente, assim procedendo, o Direito acompanhará os avanços da sociedade e não ficará a eles inerte, o de que fato resultará em grande e importante avanço.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos aqui mencionados, entende-se o quão importante é para a sociedade em geral que o Direito acompanhe as mudanças ocorridas nela. A teoria do afeto é apenas um exemplo dessas mudanças. Visa adequar a população em um “bem comum”, onde os direitos alcancem a todos, e estes sejam protegidos pelo Estado. Não cabe aos legisladores definirem o conceito de família, já que, como visto acima, existem diversas formas de se constituir uma, e sim, criar normas e leis que beneficiem e garantam o direito de todos possuírem uma, independente de como ela será formada. É importante ressaltar que a Teoria do Afeto e o presente artigo não buscam impor a ninguém os novos grupos familiares, o objetivo principal é buscar a garantia necessária para que todos vivam com dignidade em seu meio familiar e tenham seus direitos estabelecidos por lei.

## REFERÊNCIAS

ADVOCACIA, Baldim. **Enteado pode incluir o sobrenome dos pais de criação** <[http://baldimadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/250003769/enteado-pode-incluir-o-sobrenome-dos-pais-de-criacao?ref=topic\\_feed](http://baldimadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/250003769/enteado-pode-incluir-o-sobrenome-dos-pais-de-criacao?ref=topic_feed). Acesso em: 23 nov. 2015>

**Brasil, Portal.** <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/ministra-do-stf-reconhece-adocao-de-crianca-por-casal-homoafetivo>. Acesso em: 23 nov. 2015>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** | Maria Berenice Dias. -- 10. ecl. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, Ed., 2006.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 12.010/09**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 24 nov. 2015

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.873/13**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm). Acesso em: 23 nov. 2015>

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** / Pedro Lenza – 16. Ed. Ved., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MOTA, T. S.; ROCHA, R. F.; MOTA, G. B. C. **Equilíbrio da necessidade social pela existência da regulamentação das suas condutas frente a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por parceiros homossexuais**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8901](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8901). Acesso em: 24 nov. 2015>

TARTUCE, Flávio Direito civil, **v. 5 : direito de família** / Flávio Tartuce. – 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

VIANNA, Mariana. **Pais adotivos têm direito à licença-maternidade** <<http://www.tjmt.jus.br/noticias/41748#.VINkQPmrTIX>. Acesso em: 23 nov. 15>

WEBER, Max. **Ensaios sobre sociologia**. 5 ed. São Paulo: Lt, 2010.

[www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193685](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193685). <Acesso em: 06 dez 2015>

