

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SUA RELEVANCIA NA FIXAÇÃO DO DEVER DE ALIMENTAR ENTRE PARENTES POR AFINIDADE

THE PRINCIPLE OF AFFECTION AND THEIR RELEVANCE IN FIXING ALIMENTS BETWEEN RELATIVES BY AFFINITY

Claudia Vechi Torres¹

Maria dos Remédios Fontes Silva²

RESUMO: O princípio da afetividade é o fio condutor de várias decisões judiciais no direito das famílias, especialmente na configuração da relação de paternidade/filiação socioafetiva, usualmente identificada no conjunto probatório do caso concreto, quando verificada a existência da posse de estado de filho, a qual identifica a presença do vínculo de afetividade que determina a postura solidária de auxílio financeiro tanto para prover as necessidades básicas quanto para a permanência de padrão de vida vivenciado durante o tempo de convivência familiar. O objetivo deste estudo é analisar o princípio da afetividade e sua incidência na formação das novas entidades familiares, bem como sua relevância na fixação do dever alimentar não apenas entre parentes consanguíneos ou civis em linha reta ou colateral, mas também entre os parentes por afinidade em linha reta, em especial entre padrasto/madrasta e enteado(a), a partir da constatação do vínculo de afetividade. Para tanto será utilizado o método exegético-jurídico, respaldado pela consulta doutrinária e na análise da decisão interlocutória proferida em setembro de 2012 pela juíza da 1ª Vara de Família da Comarca de São José, no Estado de Santa Catarina, que fixou verba alimentar provisória a ser paga pelo padrasto a sua enteada, em virtude dos laços afetivos existentes entre eles durante uma convivência familiar de dez anos, período em que o padrasto manteve união estável com a mãe da adolescente.

Palavras-Chave: Afetividade; Parentesco por afinidade; Alimentos.

ABSTRACT: The principle of affection is the main topic in various court decisions in family rights, particularly in the constitution of the socioaffective parent/child relation, usually identified in the evidences to the case, when verified the existence of the “child state”, which identifies the presence of the affective connection that determinates the solidarity stand for financial support both to provide the basic needs and to maintain the lifestyle experienced for the period of family companionship. This study’s purpose is to analyze the principle of affection and its incidence on the formation of the new family entities, as well as its relevance on the fixation of alimnts not only by blood or in-law relatives, but also direct relatives by affinity, especially stepfathers, mothers and children, through the confirmation of the kinship

¹ Advogada, Professora Substituta da UERN e UFRN, graduada em Direito pelo UniCeub, especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental pela UnB, mestranda em Direito Constitucional pela UFRN.

² Doutora em Direitos humanos pela Université Catholique de LYON – França. Pós-Doutorado pela Université Lumière LYON II – France. Coordenadora da Base de Pesquisa em Direito Estado e Sociedade, Professora Associada IV do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN.

by affinity. For that will be used the exegetic-juridical method, backed by doctrinaire consult and the analysis of the interlocutory decision issued on September 2012 by the judge of the 1st family court in the county of São José, in the state of Santa Catarina, which fixated temporary aliments to be paid by the stepfather to his stepdaughter, given the affection kinship existent between them during a ten years familiar companionship, while the stepfather kept a stable union with the mother of the teenager.

Key words: Affection; Relatives by affinity; Aliments.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 adotou princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e da afetividade cuja eficácia nas relações familiares depende de uma nova visão e novas posturas frente ao direito das famílias tradicional à luz da axiologia constitucional.

A evolução da ciência, os movimentos políticos e sociais do último século, bem como a globalização provocaram mudanças nas relações e estrutura familiar no ordenamento jurídico brasileiro, provocando o fim do patriarcalismo e da hierarquia entre homem e mulher nas relações familiares, dentre outros, com base na noção da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial, da solidariedade social e da afetividade.

O presente artigo tem por objetivo analisar o princípio da afetividade no direito de família, sua influencia na configuração de novas entidades familiares, a solidariedade que surge em decorrência da relação afetiva, e o conseqüente dever de alimentar entre padrasto/madrasta e enteado(a), parentes por afinidade. Para tanto será investigando tanto as normas quanto a doutrina e a recente decisão interlocutória proferida em setembro de 2012 na ação de dissolução/reconhecimento de união estável proposta na 1ª Vara de Família da Comarca de São José/SC, que justificam o dever de alimentar, que determinam o que é uma relação de parentesco e qual a sua extensão legal, bem como a identificação da chamada filiação socioafetiva.

Apesar de não haver notícia do julgamento definitivo naquela ação, foram fixados alimentos provisórios, em sede de liminar, tanto para a parte autora/companheira em função da união estável, quanto para sua filha, que não é filha biológica do requerido/companheiro, mas apenas enteada, parente por afinidade em 2º grau em linha reta descendente, com fundamento na paternidade socioafetiva cultivada entre padrasto e enteada durante dez anos de convivência, uma vez que a adolescente que na data da decisão contava com 16 anos de

idade, conviveu com o padrasto desde os seis anos, sendo por ele tratada como verdadeira filha, apesar de a mesma possuir pai biológico identificado na certidão de nascimento, que aparentemente não contribuiu para o bem estar da adolescente.

A singularidade da decisão chama atenção por acompanhar as novas tendências do direito de família, calcadas nas relações de afeto, na solidariedade, na igualdade entre os conviventes e entre os filhos; além da perspicaz atuação da juíza, que diante de um pedido polemico de fixação de alimentos numa relação de afinidade, efetuou uma análise legal, doutrinária e jurisprudência do assunto, decidindo de forma a preservar a vida da adolescente em caráter de urgência, para em seguida, com a continuidade do rito processual, analisar com profundidade as provas produzidas pelas partes, ou homologar acordo produzido em audiência de conciliação.

É válido ressaltar a importância da abordagem do tema, que pode ser justificada pela necessidade do estudo do princípio da afetividade e seus reflexos no direito de família, principalmente com relação ao dever de alimentar na filiação socioafetiva, partindo da análise de uma decisão interlocutória, que oportuniza o entrelaçamento da teoria como a prática judicial, e um melhor entendimento da importância deste princípio implícito nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988, que norteia as normas e decisões que envolvem o direito das famílias.

2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

As grandes transformações no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do direito de família ocorreram com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), que tanto promoveu a transição de um regime autoritário para um Estado Constitucional Democrático, como incorporou as mudanças dos valores e costumes socioculturais que irrompiam na sociedade pós-moderna brasileira.

A atual constituição consagrou no artigo 1º a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado, definiu no artigo 3º os objetivos fundamentais a serem seguidos pelo Poder Público, instituiu no artigo 5º vários direitos e garantias fundamentais, sendo que no título específico “Da Ordem Social” dedicou o artigo 226 para proteção das entidades familiares, estabelecendo princípios como a igualdade entre homem e mulher na chefia familiar, a igualdade entre filhos, a afetividade, a solidariedade familiar, a

responsabilidade parental; que foram responsáveis pela introdução de mudanças legislativas que culminaram com a publicação do Código Civil de 2002 (CC/2002) e a normatização de novas entidades familiares à luz da Constituição em várias leis esparsas.

A família brasileira antes da CF/88 era caracterizada tanto pelo poder centrado nas mãos do patriarca, do homem como chefe e identificador do núcleo familiar, com a conseqüente hierarquização na relação familiar e a visível superioridade do homem em relação aos filhos e a mulher; assim como pela tradição matrimonial que identificava a família apenas originada no casamento; e também pela transpessoalidade que determinava uma preocupação maior com o aspecto patrimonial do que com os interesses dos integrantes da família (DIAS, 2011, p.28). Nesse contexto, os laços patrimoniais eram realçados em detrimento dos laços afetivos, e toda família formada fora do casamento era considerada ilegítima.

A sociedade brasileira avançou, novos valores passaram a vigorar abrindo espaço para uma família plural, aberta, multifacetária, igualitária, democrática, fundada no afeto, e, a nova ordem constitucional possibilitou a ascensão dessa nova realidade familiar, que não mais aceitava apenas um tipo de entidade familiar com origem no casamento, mas exigia que novas formas de família fossem reconhecidas, como a união estável, a família monoparental que é a comunidade em que convivem um dos ascendentes com seus descendentes, e mais recentemente com o julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF: a família homoafetiva.

Outras entidades familiares, como a família paralela (união concubinária, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros), a família pluriparental (família constituída depois do desfazimento de relações afetivas anteriores) e a união estável múltipla ou poliafetiva (situação em que a pessoa mantém relações amorosas enquadradas no art. 1.723 do CC/2002, com várias pessoas ao mesmo tempo) começam a buscar seus direitos nos tribunais pátrios.

Houve uma repersonalização da família, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade; sendo o seu conceito alargado, notabilizando a socioafetividade identificado no grupo social unido na convivência afetiva e o eudemonismo, que é a doutrina que destaca a busca da felicidade, da realização pessoal (DIAS, 2011, p.43). A igualdade do trato familiar, tanto em relação à chefia familiar quanto aos filhos, e a responsabilização dos pais pelo desenvolvimento de seus filhos, foi determinante para que a família passasse a ser entendida como núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade dos seus integrantes.

É certo que a família tem proteção especial do Estado, não havendo mais um rol taxativo de sua forma de criação, mas uma cláusula geral de inclusão, que possibilita ao julgador considerar as entidades familiares reais não expressas na CF/88, prestigiando a realização da dignidade da pessoa humana, como ocorreu na interpretação primorosa do STF na ADI nº 4277/DF, que consagrou as uniões homoafetivas como instituição familiar, a partir da adoção da interpretação conforme a constituição para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do CC/2002, que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Na realidade, os valores existenciais da pessoa humana resguardados na Constituição Federal de 1988 acarretaram mudanças no antigo individualismo pulsante no direito civil, proporcionando uma revisão do direito de família com o intuito de acompanhar novos paradigmas, bem como a inclusão de princípios e de cláusulas gerais que expressam valores da sociedade consagrados nas normas constitucionais, cabendo ao interprete judicial a concretização dos direitos fundamentais nos casos envolvendo relações de família, em especial, no campo da afetividade e da solidariedade.

O afeto é o ponto de partida e final das relações familiares, e esta não afasta a razão, mas ambas podem conviver de forma harmônica, pois estão ligadas à natureza humana. A razão, associada à mente e a busca da verdade, permite equipar materialmente o mundo, já o afeto, associada ao coração e a paixão, incentiva o amor, numa outra lógica capaz de dar continuidade a nossa existência. O afeto não está aprisionado na esfera individual, mas está refletido na atitude do homem perante os demais seres, humanos ou não.

Importante destacar que a dignidade da pessoa humana, como núcleo existencial de todas as pessoas, impede que o ser humano seja equiparado a um objeto, e impõe o respeito e a proteção como dever geral garantido juridicamente a toda pessoa, sendo a família o espaço comunitário ideal para o pleno desenvolvimento, afirmação e realização de uma vida digna e comunitária.

Na visão de Ingo W. Sarlet (2010, p.60), a dignidade da pessoa humana é

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade é do indivíduo integrado na comunidade e não da comunidade, do grupo

ou instituição familiar. A dignidade da pessoa humana não precisa ser conquistada, independe das ações do ser humano, é um primado, possuindo desdobramentos de direito subjetivo, abstrato, que independe da capacidade do homem de pensar e externar suas escolhas, bem como independe da ótica moral local ou temporal, por ser insubstituível o ser humano.

Para Ana Paulo de Barcelos (2002, p. 252) a dignidade da pessoa humana possui na esfera política tanto uma eficácia jurídica negativa e vedativa do retrocesso, sendo um limite de contenção para barrar ações políticas violadoras deste princípio; quanto uma eficácia interpretativa, condicionando o Poder Público a ampla realização da dignidade à partir da interpretação das normas e atos. A dignidade possui uma eficácia jurídica positiva e simétrica no momento em que é assegurada na Constituição, passando a ter caráter de regra, exigível judicialmente.

Na verdade, a dignidade da pessoa humana representa a assunção por parte da humanidade que todo o ser humano deve ter reconhecido, em qualquer local em que se encontre, como sujeito de direitos, visto que a dignidade nasce com a pessoa e é patrimônio indisponível, inviolável e intangível, tratando-se de valor fundamental, expresso tanto internacionalmente quanto na Constituição Federal do Brasil de 1988, não sendo mais possível desconhecer a dignidade do homem, pois tal ato equivaleria a desconhecer a existência e universalidade dos demais direitos humanos.

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana, significando também, em breve e simples análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado as pessoas dentro da realidade familiar, bem como às várias formas de configurações familiares e de paternidade/filiação (biológica, sócioafetiva, via adoção ou inseminação).

Na seara do direito das famílias, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como princípio máximo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo por causa da inafastabilidade dessa proteção da pessoa humana que atualmente é possível falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização de Direito Privado. Logo ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada.

Na realidade, os valores existenciais da pessoa humana resguardados na Constituição Federal de 1988 acarretaram mudanças no antigo individualismo pulsante no direito civil, proporcionando uma revisão do direito de família com o intuito de acompanhar novos paradigmas, bem como a inclusão de princípios e de cláusulas gerais que expressam valores da sociedade consagrados nas normas constitucionais, cabendo ao interprete judicial a

concretização dos direitos fundamentais nos casos envolvendo relações de família, em especial, no campo da dignidade da pessoa humana.

Importante destacar que a dignidade da pessoa humana, como núcleo existencial de todas as pessoas, impede que o ser humano seja equiparado a um objeto, e impõe o respeito e a proteção como dever geral garantido juridicamente a toda pessoa, sendo a família o espaço comunitário ideal para o pleno desenvolvimento, afirmação e realização de uma vida digna e comunitária.

A dignidade da pessoa humana constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente. Verifica-se da análise dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal de 1988, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares 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 da dignidade de seus membros, em particular ao que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

No mesmo compasso, o direito fundamental do “homem-solidário” (SILVA, 2011, p.184) também tem grande repercussão no direito das famílias, pois resulta da superação do individualismo que marcou o direito civil no mundo moderno liberal, além de estar disposto como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inc. I, da CF/88). A busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não é apenas um dever moral, mas um dever imposto à sociedade, ao Estado e a própria família (artigo 226, § 8º, da CF/88).

A solidariedade possui um viés tanto patrimonial, quanto afetivo e psicológico, uma vez que exige respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Importante lembrar que a solidariedade no núcleo familiar impõe deveres recíprocos entre os integrantes desse grupo, podendo ser destacado alguns artigos do CC/2002: o art. 1.513 que tutela a comunhão plena de vida entre os consortes, bem como o art. 1.567 que dispõe sobre a mútua assistência; no dever de prestar alimentos entre parentes previsto a partir do artigo 1.694; a adoção inicialmente prevista no art. 1.618, mas que passou a ser totalmente regulada no Estatuto da Criança e do Adolescente; o art. 1.724 que dispõe sobre o dever de assistência na união estável, dentre outros. Entretanto, também há regras no Código Civil que contrariam a solidariedade, como a fixação de culpa na separação judicial (art. 1.572 e 1.573); a imprescritibilidade do direito do marido de impugnar a paternidade do filho da esposa (art.

1.601); o art. 1.611 que impede que o filho reconhecido por apenas um genitor possa morar no novo lar conjugal de seu único genitor sem o consentimento do consorte (LÔBO, 2009).

Com relação ao princípio jurídico da afetividade, apesar de não constar explicitamente na CF/88, é hoje considerado o elemento nuclear das relações familiares (DIAS, 2011, p.66), visto que o afeto é a mola propulsora das relações humanas, além de resultar da valorização constante da dignidade humana. Inclusive, Maria Berenice Dias (2011, p.71) sustenta a consagração do afeto com o um verdadeiro direito fundamental, devendo ser o fundamento jurídico de soluções concretas nos conflitos familiares, pois o dever jurídico de afetividade é oponível de forma permanente aos pais e filhos, bem como entre os parentes, porém entre consortes e companheiros somente enquanto perdurar a convivência mútua.

Importante lembrar que o princípio 6º da Declaração dos Direitos da Criança (2012) de 20 de novembro de 1959 dispõe que “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão”, salientando que elas serão criadas “sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material”, sendo o amor/afeto um direito da criança o qual contém a contrapartida da dimensão do dever dos pais de criar ambiente de amor/afeto.

Na jurisprudência nacional, o princípio da afetividade vem sendo muito aplicado, como no caso do REsp 1059214/RS em que a 4ª Turma do STJ efetuou o reconhecimento da paternidade socioafetiva prevalecendo sobre a paternidade biológica. Cabe destacar que na I e III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foram aprovados os Enunciados 103, 108 e 256 que reconhecem a chamada paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho, modalidade de parentesco civil.

Com efeito, há a incidência direta do princípio da afetividade e da solidariedade nas relações familiares, de forma que a interpretação judicial tanto nos Tribunais Superiores quanto nos Tribunais de Justiça dos Estados caminha sob novos auspícios que identificam o vínculo afetivo como pedra fundamental da família, com suas novas configurações e complexidades.

3 A DETERMINAÇÃO LEGAL DO DEVER DE ALIMENTAR ENTRE PARENTES

O ser humano precisa de proteção e amparo com relação às suas necessidades básicas, desde a sua concepção até a sua morte. O dever de alimentar é um dos mais

invocados nas Varas de Família, uma vez que surge em decorrência dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, sendo uma parte integrante do direito à vida que o alimentando não pode prescindir, perante a sua carência em relação às necessidades vitais para sua sobrevivência e existência.

O dever de alimentar não existe apenas no direito das famílias, decorrendo da lei, em razão do vínculo de parentesco ou do dever de mútua assistência do casamento e da união estável; também pode decorrer da declaração de vontade privada, a partir de uma convenção em contrato ou testamento, sem guardar qualquer relação familiar; por fim, também surge na prática de ato ilícito, quando em decisão judicial são fixados alimentos como forma de indenizar a própria vítima ou seus sucessores por danos causados pelo autor do ato ilícito que ocasionou o dano ou falecimento da vítima, conforme prescrevem os artigos 186, 927 e 928, II do CC/2002, ou seja, constituem uma forma de reparação do dano.

Quando a causa de pedir dos alimentos tiver origem no direito das famílias, esta poderá ser em virtude: a) vínculo de parentesco, obrigação disposta nos artigos 1.566, inciso IV e 1.696 do CC/2002, inclusive por adoção; b) da tutela prevista no art. 1.740, I do CC/2002; c) do dever de mútua assistência do casamento disposto no art. 1.694 do CC/2002 e da união estável previsto no art. 226, § 3º da CF/88 e art. 1.724 do CC/2002.

A concepção de alimentos como um instituto do direito das famílias não existia no Direito Romano clássico, mas na época de Justiniano já era conhecida uma obrigação recíproca de alimentar entre ascendente e descendente em linha reta. No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988 o diploma civilista em vigor era o Código Civil de 1916, que determinava somente ao homem o exercício do pátrio poder, cabendo a ele a obrigação de prover o sustento da família, e, por conseguinte dos filhos e da esposa inocente e pobre quando do rompimento do casamento (DIAS, 2011, p.500).

Com a Constituição Federal de 1988 ocorreu uma mudança neste paradigma, possibilitando a democracia no âmbito familiar, com a participação do homem e da mulher no comando da família, devido a igualdade entre o homem e a mulher declarada nos artigos 5º e 226. O poder familiar substituiu o pátrio poder, a mútua assistência no âmbito do casamento e da união estável foi solidificada, possibilitando que a exigência da preservação da dignidade da pessoa humana, por meio do direito a alimentos, que asseguram o direito à vida, pudesse alcançar o patamar de direito de personalidade para os parentes, cônjuges e companheiros.

A princípio a palavra alimento compreende tudo aquilo que é necessário a uma vida digna, qual seja, bens e serviços destinados ao sustento básico, como habitação, roupa, educação, transporte, lazer e tratamento de doença. Entretanto, na lição de Rolf Madaleno

(2009, p. 633) os alimentos vão além da mera satisfação das necessidades básicas do parente, cônjuge ou companheiro acima destacadas, pois eles também devem “atender às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e o estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante”.

As verbas alimentares apresentam características básicas (VENOSA, 2009, p. 358-359), como: a) direito pessoal e intransferível, pois sua titularidade não se transfere, nem se cede a outro, e, embora tenha natureza pública, o direito é personalíssimo e visa preservar a vida do necessitado; b) irrenunciabilidade, uma vez que o direito de ação pode até deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado; c) impossibilidade de restituição, visto que não há direito à repetição dos alimentos pagos, tanto os provisionais como os definitivos, todavia, para os pagamentos efetuados com evidente erro quanto à pessoa cabem o direito à restituição civil; d) incomensurabilidade, pois a compensação dos alimentos com outra obrigação não é legalmente aceita; e) impenhorabilidade, em virtude da impossibilidade de penhora dos alimentos de acordo com o art. 649, II, do CPC, porque são destinados a sobrevivência e a existência com dignidade do alimentado; f) impossibilidade de transação, não se admitindo transacionar com eles em virtude de seu caráter personalíssimo; g) imprescritibilidade do direito a alimentos, uma vez que a qualquer momento, na vida da pessoa, pode esta vir necessitar de alimentos; h) variabilidade da pensão alimentícia, conforme as mudanças que surjam na época do pagamento, uma vez que modificadas as situações econômicas e as necessidades das partes, deve ser alterado o *quantum* da prestação, podendo ocorrer até sua extinção; i) periodicidade do pagamento da obrigação alimentícia em função da sobrevivência do alimentado, não se admitindo que um valor único seja pago, nem que o período seja longo, anual ou semestral; j) divisibilidade da obrigação alimentar entre vários parentes (arts. 1.696 e 1.697 do CC/2002), permitindo que os parentes possam contribuir com uma quota para os alimentos, de acordo com sua capacidade econômica.

O artigo 1.694 do CC/2002 dispõe que tanto os parentes, quanto os cônjuges ou companheiros podem pedir alimentos uns aos outros, para que possam viver de modo compatível com a sua condição social, atendendo às suas necessidades básicas do alimentando, inclusive com educação. Tais alimentos serão fixados pelo juiz na medida da necessidade do alimentando, ou na forma provisional nos termos da lei processual, ou na forma provisória ou definitiva. Em regra, os alimentos provisionais são estabelecidos em ação cautelar própria quando se cuida da separação de corpos, prévia à ação de nulidade ou anulação de casamento ou de divórcio.

Já os alimentos provisórios podem ser requeridos sempre que movida a ação de alimentos, com fixação *initio litis*, desde que haja prova pré-constituída do dever de prestá-los, qual seja, demonstração documental da prova de parentesco, casamento ou união estável. São fixados liminarmente pelo juiz no despacho inicial na ação de alimentos ajuizada pelo rito especial da Lei nº 5.748/68, mesmo que não solicitados na petição inicial. Os alimentos definitivos são aqueles fixados em sentença condenatória ou homologatória, mas que possibilitam futura revisão desde que haja alteração no binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante.

Com relação ao dever de alimentar entre parentes, o artigo 1.696 do CC/2002 esclarece que tal dever é recíproco entre pais e filhos, sendo extensivo a todos os parentes na linha ascendente, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau. Na realidade, verifica-se que a relação entre pais e filhos pode originar duas espécies de obrigação alimentar: a fundada no poder familiar, que determina a obrigação dos pais de assistir, criar, sustentar e educar os filhos menores ou incapazes; e a fundada na relação de parentesco após o filho ter atingido a maioridade ou ter se emancipado.

Tal dever não termina com a falta de convivência sob o mesmo teto. Enquanto pais e filhos vivem sob o mesmo teto a obrigação de alimentar é uma obrigação de fazer, mas com a separação dos pais, aquele pai que não tem a guarda do filho passa a dever alimentos como obrigação de dar (DIAS, 2011, p.522).

Os pais são parentes naturais (consanguíneos) ou civis (outra origem, como a adoção) em linha reta ascendente, em 1º grau. Já os avós paternos e maternos são também parentes, mas em 2º grau na linha reta ascendente. Os bisavós são parentes em 3º grau na linha reta ascendente, e assim por diante, sem limitação de grau na linha reta ascendente.

Com relação aos filhos, parentes em linha reta descendente em 1ª grau, importante destacar que o art. 226, § 7º da CF/88 consagrou o princípio da igualdade entre filhos, o qual foi repetido no art. 1.596 do CC/2002, mantendo as presunções de paternidade antigas e criando novas. Há três critérios para estabelecer a filiação: a) o jurídico: via sentença judicial (adoção) ou presunções do art. 1.597 do CC/2002 (independente da realidade); b) o biológico: uso do exame de DNA; c) o socioafetivo: fundado no melhor interesse da criança/adolescente e na dignidade da pessoa humana, sendo considerado pai aquele que exerce tal função independente de existência de vínculo biológico.

A filiação passa a ter um novo conceito que retrata a filiação social, socioafetiva, por meio da posse do “estado de filho afetivo” (DIAS, 2011, p.362) e isto decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos na convivência do pai e do filho. A posse do estado de filho

não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, e possui três aspectos: a) *tractatus*, quando a pessoa é tratada, criada, educada como se filho fosse; b) *nominatio*, quando o filho usa o nome da família; c) *reputatio*, quando o filho é reconhecido pela sociedade como pertencente àquela família.

Os Enunciados nº 103 e 108 da I Jornada de Direito Civil (JDC), bem como o Enunciado nº 256 da III JDC reconhecem a filiação/paternidade socioafetiva como espécie de parentesco civil. Inclusive, esta paternidade socioafetiva não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho (Enunciado nº 339 da V JDC), gerando o dever de alimentar de acordo com o Enunciado nº 341 da V JDC.

O dever de alimentar entre parentes é recíproco, pois na velhice os pais podem requerer alimentos aos filhos biológicos ou de outra origem (parentesco civil). Entretanto, com relação aos avós, cabe a ressalva que sua obrigação é complementar a dos pais, quando estes não estiverem em condições de suportar tal dever, de acordo com o art. 1.698 do CC/2002, sempre na proporção dos respectivos recursos.

Os chamados parentes na linha colateral ou transversal até o 2ª grau também são chamados a prover a sobrevivência dos familiares, de acordo com os artigos 1.697 e 1.698 do CC/2002 quando não houver ascendentes ou descendentes, de acordo com a ordem hereditária (art. 1.829 do CC/2002). O parentesco colateral inicia no 2º grau com o irmão, e termina no 4º grau com os primos (art. 1.592 do CC/2002).

Importante destacar que o art. 1.697 do Código Civil apenas indica os irmãos como parentes obrigados ao dever de alimentar, inclusive o Informativo nº 381 do STJ afirma que tios não são obrigados por lei a alimentar sobrinhos. Todavia, há posicionamento contrário da doutrina sobre este tema, principalmente de Rolf Madaleno (2009, p. 670-672) e Maria Berenice Dias (2011, p.531-533), os quais entendem que não se pode afastar os demais colaterais até o 4º grau (tio, sobrinho, primos) de tal dever, pois tal limitação além de afrontar diretamente o princípio da solidariedade que permeia o direito das famílias e todo o ordenamento jurídico pátrio, também aponta uma séria distinção nos critérios políticos e sociais entre os institutos de alimentos e da sucessão hereditária, uma vez que tais parentes são apontados como herdeiros no direito sucessório, ou seja, destinatários do patrimônio daquele que deveriam auxiliar na subsistência.

Com relação aos parentes por afinidade, estes estão definidos no art. 1.595 do CC/2002 como os parentes que cada cônjuge ou companheiro possui e que passam a ser parentes do outro cônjuge ou companheiro pelo vínculo da afinidade, tanto na linha reta ascendente e descendente, a qual não se extingue com a dissolução do casamento ou da união

estável; quanto na linha colateral até o 2º grau, qual seja, restrita aos irmãos do cônjuge ou companheiro, ou seja o cunhado, cessando tal relação de afinidade com a dissolução do casamento ou da união estável.

Não há na legislação brasileira norma específica sobre o dever de alimentar entre os parentes por afinidade, inclusive o STJ ainda não reconhece dever de alimentar entre parentes por afinidade, qual seja, entre sogros e genro/nora ou entre enteado e padrasto/madrasta. Todavia, alguns doutrinadores entendem que tal obrigação decorre do vínculo de parentesco e da solidariedade familiar, principalmente em relação aos parentes por afinidade em linha reta, cujo vínculo de parentesco não se extingue.

Desta forma, verifica-se que o dever de alimentar no direito das famílias pode ter diferentes origens, sendo que com relação ao direito parental há uma tímida regulação no Código Civil, que não abrange todos os parentes, nem tão pouco os parentes por afinidade, o que causa grandes divergências doutrinárias e possibilidade de decisões judiciais contraditórias, ora afirmando a possibilidade de um padrasto pagar alimentos ao seu enteado, ora afastando o dever de tio pagar alimento a sobrinho, dentre outros casos.

4 ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NA COMARCA DE SÃO JOSÉ/SC QUE FIXOU ALIMENTOS ENTRE PARENTES POR AFINIDADE

A partir das observações precedentes e considerando os novos arranjos familiares, a influencia da afetividade e da solidariedade no direito das famílias, as disposições legais em vigor e o pensamento doutrinário, incumbe a tarefa de analisar a decisão interlocutória proferida na 1ª Vara da Família da Comarca de São José, do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, em setembro de 2012, na Ação de Dissolução/Reconhecimento de União Estável em que a parte autora/companheira requereu em sede de liminar a fixação de alimentos provisórios a seu favor, bem como para filha de 16 anos de idade, com fulcro na chamada paternidade socioafetiva.

A magistrada analisou as provas documentais dos autos, verificando que havia uma relação familiar, configurada como união estável que perdurou por 10 anos, fixando alimentos provisórios pleiteados para a autora/companheira, com 41 anos de idade, formada em psicologia, empregada (com carteira de trabalho devidamente assinada) auferindo aproximadamente R\$ 1.000,00 mensais; uma vez que o companheiro/requerido é engenheiro, aposentado por tempo de contribuição, mas que continua trabalhando, possuindo uma renda

de aproximadamente R\$ 7.500,00 mensais, o que já demonstraria uma modificação do padrão de vida vivenciado durante a união estável para o padrão atual, após a dissolução da família.

Portanto, foram fixados alimentos compensatórios, com o objetivo de amenizar o desequilíbrio econômico que a autora/companheira vivia, em virtude da diminuição do padrão de vida decorrente do fim da relação afetiva entre os companheiros. Inclusive foram apontados julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Agravo de Instrumento nº 2010.031846-5) e do Distrito Federal e Territórios (Agravo de Instrumento nº 2009.20030046) na fundamentação da decisão interlocutória, com o fito de demonstrar que a jurisprudência apoia a determinação deste tipo de alimentos, evitando que a ruptura do vínculo familiar também acarrete uma diminuição drástica no padrão de vida de um dos companheiros.

Com relação à enteada do requerido/padrasto, a magistrada verificou a existência de laços afetivos entre eles, cultivados durante a convivência de 10 anos, qual seja, entre os 06 e 16 anos de idade da enteada, embora esta tenha pai registral. Ademais, constatou que haviam provas nos autos que o padrasto arcou com as despesas referente a viagem da companheira e enteada para os Estados Unidos, que ele é quem representa a adolescente junto à instituição de ensino que a mesma estuda, além de ter declarado ser a enteada sua dependente.

Apesar de não haver nos autos notícia acerca de eventual contribuição financeira percebida pela enteada de seu pai biológico, a magistrada afirmou que mesmo que ela recebesse tal auxílio, nada impediria que pelo elo afetivo existente entre ela e o requerido, este contribuísse financeiramente para suas necessidades básicas. Por fim, com fundamento no primado da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente presente na CF/88 e no ECA, e com base na relação de afetividade existente entre a enteada e o padrasto, a magistrada fixou alimentos provisórios em favor da adolescente.

Importante observar a linha de raciocínio da magistrada, a forma de interpretar e aplicar o direito na solução parcial do litígio, não se limitando a interpretar/compreender os textos normativos, a doutrina e enunciados que versam sobre o tema, mas também compreendendo os fatos narrados. A interpretação do direito foi constitutiva, iniciando pela compreensão dos textos normativos e dos fatos, para culminar com a escolha da melhor solução para o caso, não ocorrendo uma mera declaração de direitos.

A norma decisão que fixou alimentos para a enteada, apesar de interlocutória, é produto do processo interpretativo que transforma texto, disposições, enunciados em norma concretizadora do direito à partir do relato dos fatos, operando a inserção do direito na vida das pessoas envolvidas. Tal norma decisão não pode, nem deve ser aplicada de forma

indistinta em todos os casos em que se analise a possibilidade de obrigação alimentar entre parentes por afinidade. A prudência faz parte da interpretação determinando uma atuação do interprete segundo a chamada lógica da preferência, a da escolha entre varias possibilidades corretas, e não conforme a lógica da consequência (GRAUS, 2009, p. 25-39).

Percebe-se que a magistrada inicialmente identificou a existência dos elementos caracterizadores da união estável entre o casal, dentre eles o objetivo de constituição de família, e fixou alimentos para a companheira. A partir desse momento, ela inicia uma trajetória de compreensão do vínculo afetivo existente entre os parentes por afinidade, padrasto e enteada, a presença da posse de estado de filho afetivo, inclusive citando doutrina, além de citar os artigos 1.593, 1.596, 1.597, inciso V, 1.603 e 1.605, inciso II do CC/202 sobre filiação socioafetiva e parentesco, demonstrando que para a legislação brasileira o parentesco civil tem origem sociológica, qual seja, afetiva, social e eudemonista, havendo igualdade entre filhos biológicos e não biológicos de acordo com o art. 227, § 6º, da CF/88.

A magistrada identificou a presença do vínculo de afetividade entre enteada e padrasto, vínculo este considerado superior ao vinculo biológico pela maioria dos doutrinadores de direito das famílias. Inclusive Maria Christina Almeida (2002, p. 24) aponta que o atual direito das famílias vive “um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (AFETO)”, mas que “o elo que une pais e filhos é, acima de tudo, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico”.

Rubem Alves (2002, p.37) corrobora com esse entendimento ao afirmar que

Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser da eternidade: aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disso).

Assim, restou provado que o padrasto era verdadeiro pai afetivo que durante dez anos ofereceu a adolescente um padrão de vida capaz de patrocinar viagem ao exterior, ensino em escola privada, dentre outros aspectos, os quais com a dissolução da união estável entre a mãe e o padrasto foram comprometidos, afetando tanto a parte emocional quanto material da vida da adolescente.

A magistrada também entende que não há a necessidade de formalização dos relacionamentos para que seja identificado ou estabelecido o vínculo afetivo, por meio de um reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva com adoção unilateral, mas, como

consequência da relação afetiva de fato surge o reconhecimento de direitos, bem como a imposição de obrigações recíprocas entre padrasto e enteada, como o direito de visitas e o dever de alimentar, este último respaldado pelo Enunciado nº 341 da V JDC.

Essa decisão interlocutória foi alvo de grande polemica no mundo jurídico e social. Há posições contrárias³ como a de José Fernando Simão e de Paulo Henrique Marques de Oliveira que entendem que a juíza teve uma atitude equivocada, confundiu um bom padrasto com um pai, o que pode vir a desencorajar os homens a serem bons padrastos. Na mesma linha, Regina Beatriz Tavares entende que tal decisão pode vir a banalizar a paternidade socioafetiva, visto que no caso a adolescente tem um pai biológico que deve assisti-la, não cabendo uma dupla paternidade (biológica e socioafetiva) com fixação de dever para ambos.

Em contrapartida, há posições favoráveis⁴ como a de Rolf Madaleno que aponta a afetividade como fonte principal de constituição de uma entidade familiar, além de afirmar que a filiação é eminentemente afetiva, não prevalecendo sobre a filiação biológica, que é um elemento a mais, e também alertando que com a separação do casal a enteada passou a viver tanto uma perda material quanto socioafetiva. Maria Berenice Dias entende que tal decisão nada mais fez que impor a continuidade de uma obrigação que o padrasto já vinha assumindo, sendo necessário prevalecer o melhor interesse da adolescente.

Importante observar que a polemica gira em torno da extensão desse dever a todos que possuem parentesco por afinidade, bem como para aqueles que desenvolvem um vínculo afetivo com filhos de seus cônjuges/companheiros, tendo ou não o enteado pai registral. Todavia, não se pode simplificar a questão com a intenção de aplicar ou não a fundamentação da decisão em outros casos análogos. A norma decisória aqui discutida é fruto de um processo interpretativo, casuístico, que levou em consideração a presença de relação afetiva e da solidariedade que surge a partir do caso concreto.

É preciso frisar que a lei civilista dispõe sobre a relação de parentesco, sua origem, forma e limitação. A mesma lei afirma que não há como distinguir filhos, sejam biológicos ou apenas afetivos. Portanto, se há determinação legal do dever de alimentar recíproco entre parentes, não podemos excluir aqueles cujo vínculo de parentesco nasceu e se consolidou por meio de uma relação afetiva, com todas as características de uma paternidade/filiação socioafetiva.

³ Informações colhidas de notícias veiculadas em setembro de 2012 nos sites: espaco-vital.jusbrasil.com.br; direitosdasfamilias.blogspot.com.br e revide.com.br/blog/paulo-henrique-marques-de-oliveira

⁴ Informações colhidas de notícias veiculadas em setembro de 2012 nos sites: espaco-vital.jusbrasil.com.br e ww.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania

5 CONCLUSÃO

É no seio familiar que o ser humano pode vivenciar diferentes formas de afeto, positivos (amor) ou negativos (agressividade), dando sentido as relações pessoais e influenciando na forma em que cada pessoa passa a interpretar o mundo a sua volta. A revolução causada pela adoção do princípio da afetividade no direito das famílias está associada a uma quebra de paradigmas, no esfacelamento da antiga visão patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e transpessoal.

Novas configurações familiares passaram a ser reconhecidas em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, renovando o panorama e estrutura familiar, possibilitando o desenvolvimento de uma nova solidariedade familiar, com direitos e deveres ligados à mútua assistência, cuidado, respeito, sustento, dentre outros.

O dever de alimentar entre parentes consanguíneos e civis possui regras definidas na legislação pátria, entretanto ainda há um caminho a ser percorrido em relação ao dever de alimentar entre parentes colaterais e afins, em especial entre padrasto/madrasta e enteado(a).

A decisão inédita ora analisada, fundamentada na afetividade e na solidariedade, tanto possibilita um novo olhar para o direito das famílias, em especial para o direito parental, quanto consolida a afetividade como princípio norteador das relações familiares. Observa-se que a magistrada efetua uma atividade prático-normativa, sem distorcer a realidade ou a norma com suas próprias impressões, valores, opções ideológicas e políticas; concretizando o direito das famílias para e a partir do problema concreto que se intenta regular.

Entretanto, tal decisão não pode e nem deve ser estendida a todos os casos envolvendo relação entre parentes por afinidade, em especial entre padrasto/madrasta e enteado(a), uma vez que vários foram os fatores específicos do caso que deram ensejo a tão ousada decisão, não sendo possível utilizar tal julgado como paradigma para todas as relações envolvendo este tipo de parentesco.

Da análise da decisão exposta é possível traçar algumas diretrizes que podem servir de referência para outras interpretações judiciais envolvendo o mesmo tipo de relação de parentesco: a) identificar a presença de uma instituição familiar; b) identificar o grau de parentesco entre as partes, seja este consanguíneo ou civil, ou por afinidade; c) reconhecer a existência de relação de afeto e o dever de solidariedade, inclusive apontando se há paternidade/filiação socioafetiva; d) observar a ordem legal de chamamento dos parentes, qual seja, primeiro, descendentes, depois ascendentes, e por fim, colaterais (irmão), bem como a

existência de algum desses parentes que já auxiliam na subsistência do alimentando e a possibilidade de complementação; e) analisar a perda material e psicológica vivenciada pelo alimentando que o impede de manter um padrão de vida experimentado na convivência com o padrasto/madrasta.

Por fim, resta aguardar os novos acontecimentos na seara judicial envolvendo resolução de conflitos familiares baseadas em relações socioafetivas, bem como o posicionamento da doutrina e do Supremo Tribunal Federal que no final do ano de 2012 decidiu em favor da existência de repercussão geral em relação à questão constitucional de filiação socioafetiva no Recurso Extraordinário com agravo nº 692186, e que em breve irá enfrentar tal questão, a qual irá refletir no direito de alimentar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina. **A Paternidade Sócioafetiva e a Formação da Personalidade. O Estado e os Estados de Filiação**. Belo Horizonte/IBDFAM: Revista Jurídica, n. 8, 2002.

ALVES, Rubem. **Um mundo num grão de areia: o ser humano e seu universo**. Campinas: Verus, 2002.

BARCELOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Lex: Vade Mecum Saraiva**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Código Civil. **Lex: Vade Mecum Saraiva**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Declaração dos Direitos da Criança. Disponível em < http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaracaodos_Direitos_da_Crianca.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAUS, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes Novaes (Org.). **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 9ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.