

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Bruna Razerra

O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES:
CONSTRUINDO OS ALICERCES DE UMA NOVA CASA

Casca
2011

Bruna Razerra

O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES:
CONSTRUINDO OS ALICERCES DE UMA NOVA CASA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Fernanda Oltramari.

Casca
2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos *meus pais* Sadi e Maria Beatriz, por me ensinarem os principais valores da vida;

Às *minhas avós* Gema e Líbera, matriarcas da família e exemplos de retidão e dedicação aos entes queridos;

À *Betina*, que sempre foi a minha grande amiga, demonstrando o apoio incondicional mesmo nos momentos mais difíceis;

Ao Rafael, por ter despertado em mim um sentimento tão sublime, pelo apoio e pela compreensão;

À *minha orientadora*, Professora Me. Fernanda Oltramari, pelo auxílio na elaboração deste trabalho.

“E aprendi que se depende sempre
De tanta, muita, diferente gente
Toda pessoa sempre é as marcas
Das lições diárias de outras tantas pessoas

E é tão bonito quando a gente entende
Que a gente é tanta gente onde quer que a
gente vá
Que nunca está sozinho quando se pense
estar”.

Gonzaguinha. Caminhos do coração.

RESUMO

O presente trabalho destina-se a analisar a importância do afeto na formação e perenidade da família. Com o advento da Constituição da República de 1988 e posterior publicação do Código Civil de 2002, em consonância com essa nova ordem constitucional, o afeto foi erigido à pedra de toque do direito de família, ao principal motivador da existência dos núcleos familiares e, como tal, permitiu, inclusive, a formação de novos modelos familiares em contraposição ao conceito clássico de família. Nesse sentido, Padre Antônio Vieira ensina que “o filho por natureza ama-se porque é filho, o filho por adoção é filho porque se ama”. Este trabalho também objetiva demonstrar, sucintamente, os antecedentes históricos que deram azo ao reconhecimento de novas espécies de núcleos familiares, bem como os principais princípios constitucionais aplicáveis à relação jurídica paterno/filial. Por fim, procura-se apresentar e ressaltar a importância do afeto para a formação sadia das crianças e, conseqüentemente, para o desenvolvimento de pessoas adultas mais equilibradas. Destarte, entre outros aspectos, conclui-se pela importância do afeto no desenvolvimento psicológico sadio das crianças, motivo pelo qual o vínculo socioafetivo possui relevante valor jurídico. Para tanto, elege-se o método de abordagem dedutivo e utiliza-se a pesquisa bibliográfica como técnica de abordagem.

Palavras-chave: Afeto. Antecedentes históricos. Direito de Família. Parentesco psicológico. Princípios constitucionais. Relações familiares.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	8
1.1 Evolução histórica da família brasileira	8
1.2 Os parâmetros da família brasileira instituídos pela Constituição Federal de 1988.....	13
1.3 Inovações propostas ao direito de família vindas com o Código Civil de 2002	20
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À RELAÇÃO JURÍDICA PATERNO/FILIAL.....	24
2.1 A condição superior do homem como ser de razão e sentimento: o princípio da dignidade humana	24
2.2 A maternidade/paternidade como condição irreversível: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	29
2.3 O afeto como valor jurídico: o princípio da pluralidade de formas de família	32
2.4 Parentalidade afetiva e efetiva: o princípio da afetividade.....	35
2.5 A verdadeira cidadania só é possível na diversidade: o princípio da igualdade e o respeito às diferenças	38
3 A AFETIVIDADE COMO O MELHOR PARA A CRIANÇA	42
3.1 Derrubando velhas paredes: o vínculo socioafetivo como nova forma de filiação	43
3.2 Construindo novos alicerces: a importância da função materna e paterna nas famílias.....	48
3.3 A ornamentação da casa: o cuidado nas relações familiares	52
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

Com o advento da nova ordem constitucional de 1988 e, especialmente, em razão da proteção constitucional dedicada à família, uma nova perspectiva sobre a formação dos núcleos e o reconhecimento de outros modelos familiares se impõe. Nesse sentido, a polêmica discussão acerca do reconhecimento jurídico do afeto como importante parâmetro para definição do conceito de família vem exigindo posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito, sendo, todavia, motivo de intensos debates entre os pesquisadores, o que, por certo, já justifica a importância da presente pesquisa.

A análise do moderno conceito de família deve ser realizada, por óbvio, à luz da Constituição da República, observando-se as limitações e as normas programáticas impostas pelo texto constitucional para tanto. Tal visão é pressuposto lógico para o alcance do objetivo do presente trabalho, qual seja, a demonstração da importância do afeto na formação das crianças, na medida em que a Lei Maior é a norma máxima do país, informadora de todo o ordenamento jurídico e que a ele impõe a sua observância.

Com efeito, os princípios constitucionais, notadamente o da afetividade, tem sido cada vez mais considerados por operadores do direito como reveladores de novas formas de núcleos familiares e decorrências lógicas desses conceitos, tais como definição da guarda de crianças e adolescentes, fixação de alimentos, reconhecimento do direito à sucessão, entre outros. Isso, por corolário, evidencia que é cada vez mais importante a consideração do afeto na formação das crianças, na construção de seus valores e formação pessoal.

Ademais, a doutrina pátria majoritária vem considerando que a evolução do conceito de família tem levado a se considerar o vínculo socioafetivo como pedra de toque para definição do conceito de família, sobrepondo-se, na maioria das vezes, aos antigos parâmetros que privilegiavam muito mais a forma do que o conteúdo. Em síntese, inclusive o caráter biológico tem sido, não raro, deixado de lado, em razão da prevalência do vínculo socioafetivo, destacando, assim, o amor em relação ao outrora tão festejado DNA, cuja importância não se desconhece.

Assim, a verdade biológica (consanguinidade), embora ainda mantenha seu relevante papel de destaque no meio jurídico (*ex vi* do §2º do art. 28 do ECA), vem convivendo com a nova perspectiva da verdade afetiva (art. 5º da Declaração Universal dos Direitos da Criança).

Isso se justifica, entre outros aspectos, pelo simples fato de que a vida do homem é voltada para a busca da felicidade.

Não se pode olvidar que a principiologia é deveras importante no caso em análise, notadamente porque os princípios, dentre outros aspectos e também em razão de sua força normativa, possuem a função de alicerçar a estrutura jurídica, garantir sua existência e aplicabilidade. Em suma, nenhuma interpretação jurídico-legal será completa se não houver a análise dos princípios que incidem sobre a matéria, e é exatamente em razão disso que o presente trabalho analisará, também, a influência dos seguintes princípios sobre os vínculos familiares: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; princípio da pluralidade de formas de família; princípio da afetividade; e princípio da igualdade e o respeito às diferenças.

Este trabalho pretenderá, portanto, analisar o novo parâmetro das relações familiares, qual seja, o vínculo socioafetivo, fruto da nova ordem constitucional, regulamentada pela legislação infraconstitucional, e influenciado sobremaneira pelas normas de direito internacional. Para tanto, levar-se-á em conta, especialmente, os princípios contidos na Magna Carta e a normas de direito infraconstitucional, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil (CC) vigente, e internacional, sobretudo, no último caso, a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Analisar-se-ão, também, os precedentes históricos que inspiraram o atual contexto em que está inserido esse aspecto do direito de família. Ainda, cumpre registrar que o método de abordagem ora desenvolvido é dedutivo, utilizando-se a pesquisa bibliográfica como técnica de abordagem.

Destarte, a presente monografia será estruturada em três capítulos. No primeiro, serão analisados os conceitos de família e a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro; no segundo, será feita uma abordagem dos princípios informadores da matéria; e, no terceiro, tratar-se-á da importância da afetividade no desenvolvimento sadio da criança. Todavia, ainda que se pretenda abordá-lo de uma maneira satisfatória, é certo que, por sua abrangência, o tema em foco não será esgotado no presente estudo.

1 A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de qualquer análise sobre os aspectos práticos do afeto no direito de família, é necessário entender a evolução histórica dos modelos familiares brasileiros. A contextualização do problema que se pretende analisar é de suma importância para que se possam compreender os atuais arranjos familiares reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Reconhecer que os modelos de família brasileira atuais são frutos de um processo histórico de formação é o primeiro passo para apreender e aceitar as mais diversas formas de união pelo afeto.

1.1 Evolução histórica da família brasileira

Sabe-se que a família exerce o papel de preservadora e formadora de sujeitos detentores de dignidade, devendo possuir bases sólidas para garantir que seus membros sejam componentes de uma sociedade justa. Desde os tempos mais remotos, mesmo que os interesses e os cuidados fossem diferentes dos atuais, acompanhando os anseios de sua época, percebeu-se uma preocupação na formação e estruturação da família, a fim de preservar o desenvolvimento do núcleo familiar; daí a importância do estudo de sua evolução.

O modelo de família ocidental vem sofrendo diversas modificações em sua estrutura nos últimos séculos, notadamente em razão do advento da Revolução Industrial. Não se pode deixar de referir que as mudanças econômicas e sociais impostas pela referida revolução refletiram no modelo familiar, o que ocorreu, também, em virtude dos interesses da época, especialmente a formação de mão de obra, pois os filhos passaram a ocupar um papel importante para os núcleos familiares, qual seja, o de proletários do futuro.

Nas palavras de Rossot:

os filhos, neste contexto, não deixam de possuir papel estratégico na organização do sistema de produção. Neste sentido é que Karl Marx afirma em *O Capital* que a extração de mais-valia dos trabalhadores não poderia ser excessiva a ponto de inviabilizar a perpetuação destes. O salário obreiro, assim, deveria compreender o mínimo para o sustento do empregado e de sua família a fim, inclusive, de propiciar a reprodução da mão de obra (os filhos como os proletários do futuro). A prole dos trabalhadores deveria ser preparada para substituir seus pais na complexa e expropriante tarefa de movimentação da infraestrutura do capitalismo¹.

A família dos tempos passados tem sua ênfase colocada em uma visão de mundo em que a religião era o grande eixo de tudo. As famílias não se originavam de uma vontade maior embasada no afeto, ou da formação da prole, mas era alicerçada nos valores que advinham da religiosidade. Dessa forma, a religião era a grande base e amparava os valores e conceitos das famílias². Nesse aspecto:

a origem da família antiga não está apenas na geração. [...]. O princípio da família não o encontramos tão pouco no afeto natural. O direito grego e o direito romano, muito justamente, observaram que nem o nascimento nem o afeto formam o fundamento da família romana, julgando, pelo contrário, que devemos encontrar tal fundamento no poder paterno ou no marital. [...] o que uniu, de verdade, a família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: na religião do fogo sagrado e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um único corpo nesta vida e na do além³.

No Brasil, havia uma grande discriminação, principalmente acerca da mulher: “a mulher branca, por exemplo, era destinada ao casamento; a mulata, ao sexo, e a negra, ao trabalho, demonstrando o preconceito impuro do homem”⁴. Em vista disso, pode-se perceber o descaso com as relações familiares e com o afeto, destacando que a única preocupação existente na época era com a satisfação sexual e com o trabalho.

No que pertine aos relacionamentos e à falta de comprometimento com a fidelidade, o respeito mútuo e o afeto, Gilberto Freyre pontua que:

¹ ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFam. 9. ed., 2009, p. 10.

² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 29-30.

³ *Ibidem*, p. 29-30.

⁴ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004, p. 72-510, passim.

da multiplicidade de relacionamentos sexuais do homem branco com as índias, escravas e mestiças resultou o nascimento de filhos e a impossibilidade de descobrir o verdadeiro pai. A discriminação dos filhos no Brasil tem início com a chegada do europeu, uma vez que, para os indígenas, a mulher “não tinha participação efetiva na formação do filho, sendo apenas recipiente adequado onde o homem depositava a semente para a germinação, desenvolvimento e geração do fruto”,⁵ pelo que os filhos nascidos de mãe índia com pai desconhecido eram chamados de filhos de ninguém, ningundades. Assim, os filhos nascidos das relações sexuais entre brancos e índias, africanas e mestiças não eram conhecidos pelo pai branco, elevando-se o número de filhos (ilegítimos, os nascidos de relações sexuais fora da constância do casamento)⁶.

Naquela época, era costumeira entre os índios a prática do cunhadismo, – casamento da moça índia com o homem branco –, de forma o homem branco tornava-se parte da tribo, ato interpretado honroso para os índios; afinal, o homem branco era considerado uma raça superior. A implicação desses casamentos era a conversão das mulheres à Igreja Católica, que pregava o patriarcalismo, a monogamia e a indissolubilidade do casamento, iniciando, assim, uma típica família brasileira⁷.

Ainda, no Brasil, por muito tempo sujeito às regras de Portugal, a família não era limitada apenas no âmbito jurídico, mas também no religioso, tendo uma forte ligação no catolicismo e no socialismo. Por anos as leis brasileiras carregaram a forte influência das europeias, que foram trazidas de Portugal⁸.

Com relação à família brasileira, “a República Portuguesa, preocupada em aumentar o contingente humano, sacrificou alguns princípios da Igreja Católica, ao adotar, na compilação lusitana, o chamado *status* de casados ao homem e a mulher que vivessem uma união pública”⁹, estendendo, desse modo, ao referido gênero de união o mesmo tratamento destinado ao casamento.

Na Constituição Imperial do Brasil de 1824, a religião oficial era a da Igreja Católica e Apostólica Romana¹⁰, “cujo contesto constitucional preocupou-se tão só com a família imperial, regulamentando alimentos, dotação, bens, etc. que lhe pertenciam”¹¹.

⁵ BRUM apud FREYRE, *Casa-grande & senzala*, p. 161.

⁶ FREYRE, op. cit., p. 161.

⁷ Ibidem, p. 162.

⁸ Ibidem, p. 162.

⁹ WELTER, Pedro Belmiro. *Teoria tridimensional do direito de família*. 9 ed. Passo Fundo: Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

¹⁰ Artigo 5º da Constituição de 1824: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a sér a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permittidas seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior de Templo”. BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível

A respeito da formalidade imposta pela Igreja Católica, ressalta-se que

o casamento religioso deixa de ser costume, passando a ser obrigatório, com o Decreto de 03 de novembro de 1827, pelo que o Direito Canônico foi erigido a fonte primordial nas questões matrimoniais. Naquela época, casamento válido era somente o abençoado pela Igreja Católica, e aqueles que não professassem a religião oficial do Estado ficavam à margem da sociedade. Por meio do Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, o Estado passou a reconhecer efeitos civis aos casamentos das pessoas que não professassem a religião católica. Com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento religioso foi substituído pelo casamento civil, pelo que as cerimônias de batizado, de casamento e fúnebres perderam seu valor jurídico perante a instituição estatal do registro civil de nascimento, casamento e óbito. Ademais, tornava possível que a filiação natural paterna fosse atestada por alguma prova ou confissão espontânea, permitindo o reconhecimento do filho mediante escritura pública, no momento do seu nascimento, ou em outro documento autêntico subscrito pelo pai¹².

A libertação do Estado, em relação à religião católica, teve seu marco na Constituição Republicana de 1891, na seção da Declaração dos Direitos¹³, constando no § 4º do artigo 72: “A República só reconhece o casamento civil cuja celebração será gratuita”. Foi nesse cenário laico que, em janeiro de 1917, entrou em vigor o Código Civil, o qual possuía muitas normas de cunho religioso e discriminatório, afetando, principalmente, as mulheres e os filhos.

Com isso, percebe-se o poder da influência que a herança histórica possui na elaboração das diretrizes das famílias republicanas brasileiras, na medida em que estabelecem o “patriarcalismo, a incapacidade da mulher diante da figura opressora do homem, a monogamia, a família como sinônimo de casamento, que era indissolúvel, e a desigualdade entre os filhos”¹⁴.

A evolução da sociedade trouxe consigo a necessidade da evolução das leis. A Constituição de 1934, além de prever o voto feminino, estabelecia o direito à igualdade perante a lei, proibindo qualquer tipo de privilégios ou distinções, por motivo de cor, raça, sexo, profissão, classe social, religião ou, até mesmo, política. Ademais, foi a primeira

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 05 ago. 2011. (Mantém-se a grafia original).

¹¹ WELTER, *Teoria tridimensional do direito de família*, p. 43.

¹² *Ibidem*, p. 43-44.

¹³ A Constituição Republicana afastou a influência da Igreja Católica, permitindo a liberdade de culto e tornando secular o casamento, o ensino e as cerimônias fúnebres (artigo 72, § 2º ao 7º). BRASIL, Constituição Republicana de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 jul. 2011.

¹⁴ WELTER, *op. cit.*, p. 44.

Constituição a destinar um capítulo dedicado à família, à educação e à cultura. Porém, em seu artigo 144, relacionou a família ao casamento, consagrando sua indissolubilidade e ressuscitando, no artigo 146, a possibilidade da realização de casamento religioso, ao qual passava a atribuir os mesmos efeitos do casamento civil¹⁵. A Constituição ainda previa, em seu artigo 147, a possibilidade dos filhos naturais com direitos hereditários em igualdade de condição com os filhos legítimos.

Ainda com relação à discriminação concernente ao casamento:

alterando o panorama político, econômico e social do Brasil e implantando o Estado Novo, a Constituição de 1937, mantendo o princípio da indissolubilidade do casamento, incentivava a formação de famílias numerosas (artigo 124). Nessa época, as famílias, que já recebiam orientação religiosa de casais e multiplicai-vos, passaram a ser muito mais numerosas, e os filhos representavam para o pai uma ajuda financeira do Estado e o aumento da mão de obra (proletariado), razão pela qual eram denominados prole. Em razão disso é que a mulher foi vista como objeto, como mera parideira, tendo um filho atrás do outro, sem assistência médica, morrendo no parto, muitas vezes¹⁶.

Já em meados de 1942, o Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro, em seu artigo 1º, autorizava o reconhecimento, voluntário, ou por meio de ação de investigação de paternidade, após o divórcio (desquite), do filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio. Também, antecedendo a Constituição de 1946, o Decreto nº 9.701, de 03 de setembro de 1946, regulava a guarda e o direito de visita aos filhos menores nos casos de divórcio (desquite) judicial.

Assim, no Brasil começaram a ser notados os primeiros sinais de mudança no que diz respeito às famílias, surgindo espaço para a preocupação com o bem-estar de seus integrantes:

¹⁵ WELTER, *Teoria tridimensional do direito de família*, p. 43.

¹⁶ *Ibidem*, p. 44.

lentamente, o panorama jurídico brasileiro foi sendo alterado, com o objetivo de regular as relações jurídicas decorrentes do relacionamento em família, de uma sociedade mais humanizada, secularizada, pluralizada, democratizada, enfim, da família que tem como modo de ser a felicidade de seus membros. Nesse processo evolutivo, além das leis já citadas, muitas outras precedem o texto constitucional de 1988, como a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que permitiu o divórcio no Brasil, afastando o princípio canônico da indissolubilidade do casamento. Além disso, permitiu que o pai reconhecesse o filho na constância do casamento, por meio de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho e, nesta parte, irrevogável¹⁷.

Com a evolução da sociedade, as demandas jurídicas também clamam por uma maior atenção. Nessa esteira, com promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 1988, a família, de uma mera formadora de mão de obra barata, passa ao *status* de elemento fundamental na formação de uma sociedade com bases sólidas.

1.2 Os parâmetros da família brasileira instituídos pela Constituição Federal de 1988

Promulgada em 5 de outubro de 1988, nasce a nova Constituição da República Federativa do Brasil, uma Carta preocupada com o ser humano, preservadora de sua dignidade, protetora da família, com um olhar mais afetuoso ao seu sujeito formador, aprimorando e inovando as Constituições anteriores, porém, conservando algumas disposições, como a gratuidade do casamento civil e os efeitos do casamento religioso.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 trouxe a realidade das famílias brasileiras ao texto constitucional. Conceitua uma família ampla, plural, uma entidade familiar que é composta pela união estável de um homem e uma mulher, como também do homem e seus descendentes e da mulher e seus descendentes.

A família passa a ser firmada como base fundamental da sociedade e ganha proteção especial do Estado. A estrutura da família brasileira não se baseia somente no casamento, como antigamente, e os cônjuges passam a ser iguais em direitos e obrigações, como designa o artigo 5º, inciso I: “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]”. o texto

¹⁷ WELTER, *Teoria Tridimensional do Direito de Família*, p. 45.

constitucional estabeleceu, ainda, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher¹⁸. Assim, a família passa a ter uma nova configuração, começando-se a traçar um novo perfil, da família singular para a plural.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família brasileira sofre um processo de inúmeras e profundas mudanças, que interferem, de forma determinante, nas estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais. Nesse sentido, a inserção da mulher no mercado de trabalho, sua emancipação e muitas outras alterações contribuíram diretamente para a nova e melhor formação das estruturas familiares brasileiras. Houve, além disso, a “passagem da família patriarcal à família nuclear”¹⁹.

Com efeito, verifica-se que a família pode ser composta pela união de pessoas por meio do casamento, da união estável, da relação monoparental, da adoção, da relação paterno-filial resultante de inseminação artificial, dentre outras. Em meio a tal evolução, “o Direito não pode fechar os olhos para a sociedade, sob pena de a sociedade fechar os olhos para o Direito”²⁰, e mais, sob pena de se ter uma justiça cega. Em vista disso é que se deve abrir espaço para a discussão acerca de uma nova forma de família, a chamada “união homoafetiva”.

A maior preocupação que se deve ter a respeito das famílias é a preservação de sua dignidade, independentemente de orientação sexual, raça, credo ou cor. Afinal,

a família é uma comunidade natural, composta, em regra, de pais e filhos, aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, nos termos do art. 229, pelo qual os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, havidos ou não da relação do casamento (art. 227, § 6º), ao passo que os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade²¹.

Verifica-se, portanto, que deve haver um cuidado que ultrapasse o dever moral entre pais e filhos, o dever imposto pela lei, mas se percebe, dessa forma, que surgem os primeiros sinais de uma preocupação maior com o amor, afeto, respeito, com os sentimentos antes

¹⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 775-776.

¹⁹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse do estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 24.

²⁰ CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. *Revista IOB de Direito de Família*, 1999, p. 90.

²¹ SILVA apud CASSETTARI, op. cit., p. 90.

esquecidos nas relações paterno-filiais e agora amplamente protegidos pela Constituição de 1988.

Há, portanto, uma ampla proteção e preocupação com a família, que passa a ser regulada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, além de previsão à busca da erradicação da pobreza, do reconhecimento das entidades familiares e da igualdade entre os filhos. Consequentemente, com esse amparo, surge o dever de a família assegurar, juntamente com o Estado e a sociedade, os direitos que são essenciais às crianças e aos adolescentes, conforme determinado no art. 227 da Magna Carta, dentre eles o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade, e, principalmente, à dignidade e convivência familiar²².

Nesse mesmo sentido, essa proteção constitucional foi ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 19:

toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes²³.

Imprescindível, também, salientar a importância do artigo 5º da Constituição Federal, no que se refere ao princípio da igualdade. Vislumbra-se que, a partir desta norma, houve uma aparente mudança no que tange ao desenvolvimento do lado afetivo dos membros das famílias, outrora tão preocupadas com o lucro. Começam a tomar forma os mais diversos meios de expressões de amor entre os sujeitos formadores da família, fugindo, cada dia mais, da opressão e do autoritarismo paterno.

Essa visível mudança, a conquista da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, que trouxe a Constituição Federal de 1988, acarreta até os dias atuais reflexos em todos os ramos do direito de família, mas, de forma especial, na filiação. Em seu artigo 227²⁴,

²² CASSETTARI, *Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos*, p. 91.

²³ BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Publicada no Diário Oficial da União, de 16 de julho de 1990, e retificado em 27 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

²⁴ BRASIL, *Constituição, 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

§ 6º, o texto constitucional refere que: “[...] os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designação discriminatória relativas à filiação”.

O advento do texto constitucional pôs fim a uma longa história de discriminação, sendo responsável pelo surgimento de novas perspectivas para a filiação, tanto que, logo após a introdução da Constituição Federal, tem-se o Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁵

Ademais, a família clássica, que antes era extremamente hierarquizada e patriarcal, cede espaço para a família contemporânea, que tem sua preocupação voltada à realização pessoal de seus membros, os quais estão ligados por laços afetivos, de comunhão de vida e de afeto²⁶.

João Baptista Villela, ao discorrer sobre tal instituição, assim considera:

A família expressa, por assim dizer, um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou dos outros, e não mais uma estrutura em que os indivíduos estejam submetidos a fins do entorno social que os envolvia, particularmente o Estado e a Igreja. [...]. Ou seja, cada um busca na sua família sua própria realização, seu próprio bem-estar²⁷.

Deixa-se de lado uma família extremamente ligada às normas da Igreja e imposta pela sociedade e passa-se a buscar o melhor interesse dos seus membros. Esse novo conceito de família, ou seja, o de uma família no plural – característica marcante do atual contexto social brasileiro – vincula-se positivamente à dimensão afetiva.

Acerca desse novo conceito, salienta-se:

²⁵ BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, 1990.

²⁶ FERREIRA, Breezy Mayzato Vizeu; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. *O papel do afeto na formação das famílias recompostas no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010, p. 104-116.

²⁷ VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 72.

a família plural, aberta à arquitetura do afeto, e sem molduras prévias, dissecando limites e possibilidades da separação da vida insular. Nela se projeta, em novos paradigmas, o ninho, sob nascimento viável de um desenho que decola com prováveis escalas nas estações da maternidade e da paternidade²⁸.

Ainda no que se refere ao afeto no âmbito familiar, analisa-se o artigo 226 da Constituição de 1988, em seu § 6º, que prevê a possibilidade da desconstituição do vínculo conjugal por meio do divórcio. Assim, os casais não precisam ficar vinculados juridicamente entre si até o fim da vida por obrigação e, com isso, prevalecerá o afeto entre as pessoas; ou seja, o que irá determinar a união entre elas não é a imposição estatal, mas sim a vontade livre de assim permanecerem em razão do afeto que nutrem entre si²⁹.

Veja-se a respeito

o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um artigo de inclusão. Ao contrário das Constituições anteriores, em que excluía qualquer outro modelo de família que não fosse baseado no casamento, a de 1988, em seu artigo 226, não definiu um tipo específico de família, sendo, portanto, uma cláusula de inclusão. Assim, afirma o autor que, apesar de haver referência a determinados tipos de família no parágrafo quarto do presente artigo, tal referência é meramente exemplificativa, não sendo considerada, portanto, *numerus clausus*. Assim, as demais entidades familiares existentes são tipos implícitos contidos no caput do artigo 226, a exemplo das famílias reconstituídas³⁰.

Ademais, pode-se perceber que as famílias ditas tradicionais perderam seu espaço, dando lugar ao surgimento de um novo modelo familiar. O padrão antigo das famílias clássicas, numerosas e compostas por pai, mãe e filhos começa a ceder lugar a novas famílias de mães e filhos, pais e filhos, avós e netos e, até mesmo, de pessoas do mesmo sexo que adotam crianças, algo anteriormente inconcebível.

Esses novos arranjos familiares que não mais visam, unicamente, ao lucro, ou a manter determinadas aparências impostas pela sociedade e pela religião, unem-se, cada vez mais, em torno de algo muito mais concreto e sólido, o afeto, o amor.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. Prefácio. In: ALMEIDA, Maria Christina. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

²⁹ FERREIRA; ESPOLADOR, *O papel do afeto na formação das famílias recompostas no Brasil*, p. 104-116.

³⁰ LÔBO apud FERREIRA; ESPOLADOR, op. cit., p. 104-116.

De fato, pode-se afirmar que

a “cara” da família moderna mudou. O seu papel, ao que nos parece, é o de suporte emocional do indivíduo. A família de hoje, que não mais se substancia num grão de areia, praticamente carente de identidade própria, que vai juntar-se ao grupo familiar mais extenso (tios, avós, primos etc.), foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito aos laços afetivos³¹.

Desse modo, a família passa a ter uma identidade que une elos anteriormente enfraquecidos e recebe um amparo especial do Estado, por meio da Constituição Federal de 1988.

A respeito da modificação sofrida no núcleo familiar, Gustavo Tepedino sustenta que

a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada a maneira instrumental, tutela na medida em que – e somente na medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes³².

Essa proteção constitucional, cabe mencionar, abrange todos os tipos de família. Entretanto, houve a adoção, pelos legisladores, de um chamado modelo de família considerado “tradicional”, aquele formado unicamente pelas vias do casamento, ainda que haja consciência da existência de outros modelos de vida familiar, que também são merecedores da mais ampla proteção do Estado. Dessa forma, tem-se observado que surge lugar à vontade das pessoas, para que elas tenham o direito de constituir livremente sua família, sendo reconhecidas como comunidade familiar todas as formas configuradas.

³¹ PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 83.

³² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 350.

Ainda, a Constituição Federal em seu artigo 226³³, § 7º, traz o princípio constitucional da paternidade responsável como um dos fundamentos do planejamento familiar, garantindo ao homem e à mulher o direito de decidir o tamanho de sua família e de planejar se terão filhos ou não.

Nessa senda, leciona Eduardo de Oliveira Leite que

o novo texto constitucional não obriga, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Isto seria mesmo impossível de fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria ideia de paternidade, assim entendida como intensa relação amorosa, autoadoção, gratuidade, engajamento íntimo, independente de imposição coativa. Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. Mas o que o novo texto constitucional não pode aceitar [...] é o ato irresponsável de pôr um novo ser no mundo possa, sob a alegação legal (como ocorria até então), furtar-se das responsabilidades existente em relação ao filho, passa a existir desde a data do nascimento. Toda criança que nasce é, necessariamente, filha de um homem e de uma mulher. E, como filho, insere-se na ordem jurídica e dela terá todo o apoio³⁴.

Destarte, percebe-se o cuidado que o legislador desempenhou à família, tratando-a como base sólida de toda uma formação não apenas pessoal, mas que reflete diretamente na sociedade como um todo. Assim, sem sombra de dúvidas, a Constituição Federal de 1988 foi um marco, divisor de águas, para o direito de família, pois buscou assegurar direitos e obrigações que os membros da família possuem, por meio da proteção do Estado, os quais foram reforçados com o Código Civil de 2002.

³³ Dispõe o art. 226, § 7º da Constituição Federal que: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. BRASIL, *Constituição Federal*, 1988.

³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 101.

1.3 Inovações propostas ao direito de família vindas com o Código Civil de 2002

Com o advento da Constituição Federal de 1988, percebeu-se um maior cuidado do legislador destinado à família, que anos mais tarde foi aprimorado com o Código Civil de 2002, dando cada vez mais espaço para a inserção do afeto. Porém, sabe-se que os códigos que o antecederam deixavam muito a desejar no aspecto familiar.

Anteriormente à Constituição de 1988, o Código Civil Brasileiro de 1916 ainda detinha fortes resquícios dos modelos de famílias tradicionais, patriarcais e preconceituosas com fortes influências religiosas, imprimindo capacidades diferentes e desiguais ao homem e à mulher, de forma a determinar lugares e funções na família e na sociedade³⁵. Tais influências restam evidentes nos dizeres de Fachin:

a influência religiosa (legada pela igreja), o modelo sociopolítico (transplantado de Portugal) e a política legislativa importada da França (vis Code Civil) geraram o Código Civil, de cunho acentuadamente patriarcal, tradicional, que divide as funções entre homem e mulher na família e que impõe esquemas de comportamento próprio a cada membro familiar e que, certamente, discrimina todos os filhos oriundos de relações não necessariamente vinculadas ao casamento. Ou seja, a posição do filho depende diretamente do estado dos pais³⁶.

O Código Civil de 1916 tem suas características voltadas ao Brasil Colônia, atendendo aos modelos de família vigentes à sua época. Há nele uma noção de família patriarcal, hierarquizada e que refletia uma comunidade em que prevaleciam somente os laços consanguíneos, resultantes de uma união fundada unicamente no casamento, que apenas reconhecia os filhos advindos dessa união, concedendo-lhes o privilégio da legitimidade³⁷.

Nesse sentido, adotava-se um modelo de família unitário e indissolúvel. Ainda “no que se refere à filiação, a assimetria de tratamento dos filhos, por sua condição de origem, não era inspirada na proteção da família, mas na proteção do patrimônio familiar”³⁸. Dessa forma,

³⁵ BARBOSA, Águida Arruda et al. *Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

³⁶ FACHIN, Luiz E. *Elementos críticos de direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27.

³⁷ *Ibidem*, p. 27.

³⁸ LÔBO, *Revista de Direito de Família*, p. 40-66.

sendo a mulher também parte desse patrimônio, sua única função era a de procriar, cuidar da prole e do lar.

No entanto, juntamente com a revolução feminista, que trouxe grandes avanços no que concerne aos direitos das mulheres brasileiras – como o direito ao voto, acesso à educação superior e a funções sociais remuneradas –, em 27 de agosto de 1962, advém o Estatuto da Mulher Casada. Por meio deste, a mulher passa a ter valor diante dos olhos preconceituosos da sociedade e garante sua dignidade com a “capacidade plena, sem restrições de direitos, como ocorria anteriormente, que sua capacidade era equiparada à dos menores púberes, silvícolas e pródigos”³⁹.

Nessa senda, em 1977, surge a Lei do Divórcio, deixando cada vez mais espaço para que o casamento sobreviva embasado unicamente pela vontade dos cônjuges, dando-lhes a autonomia de poder escolher com quem e quantas vezes querem se casar e, assim, dando voz ao afeto, ao amor, ao respeito mútuo.

Com o passar dos tempos, o distanciamento entre o Estado e a Igreja provocou a busca de novos paradigmas para a estruturação das famílias, pois, sem o freio da religião, outros parâmetros precisaram ser enaltecidos, convocando a moral e a ética para fazer parte dos novos valores da sociedade e, conseqüentemente, da família⁴⁰.

Com isso, finalmente, o advento do Código Civil de 2002 faz surgir mudanças decisivas em relação à família, abonando-lhe um valor fundamental perante a sociedade, de modo a dar início à supremacia do afeto, da vontade. No casamento, surge a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, o que exclui o autoritarismo e o machismo.

Assim, surge uma nova conceituação de casamento, que está exemplificado no artigo 1.511 do Código Civil, o qual afirma: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Ademais, em seu artigo 1.565, descreve que: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Ainda, o artigo 1.567 demonstra o cuidado que o Código teve com relação ao interesse dos filhos, aduzindo que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

³⁹ BARBOSA et al., *Direito de Família*, p. 31.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 59.

Dessa forma, desaparece o conceito de casamento indissolúvel, dando espaço à vontade dos cônjuges em dividirem uma vida a dois. Assim, também, desaparece a figura autoritária do pai, submetendo mulher e filhos as suas ordens e vontades.

Antes, o regime adotado no casamento era o da comunhão universal de bens. O que resta evidente, portanto, é que tal regime acompanhava a mentalidade da família, com fortes bases patrimonialistas, e a crença de que o casamento deveria ser indissolúvel, além do valor que era creditado à família numerosa. A partir do Código Civil de 2002, o regime legal passou a ser o da comunhão parcial, atribuindo maior importância à família, às bases afetivas do casamento, inclusive, abrindo possibilidades quanto à modificação do casamento, para dar lugar à autonomia de vontade dos cônjuges⁴¹.

Tal possibilidade de mudança do regime de bens que o Código Civil de 2002 propicia vai ao encontro da mudança efetiva na mentalidade social, em que as bases patrimonialistas da família submetem-se às bases afetivas e à liberdade dos casais. Percebe-se, nessa perspectiva, não mais a eternização dos vínculos e sua imutabilidade, e sim a possibilidade de escolhas e mudanças⁴².

De outra banda, a própria noção de família assumiu uma nova dimensão, deixando de lado o conceito formal para adotar o conceito flexível que reconhece como família outras sociedades afetivas não constituídas pelo casamento, e mesmo comunidades materialmente separadas, desde que mantenham como objetivo promover a dignidade de seus membros⁴³.

Em vista de tudo isso, vislumbra-se que o casamento, com o advento do Código Civil de 2002, passa a ser um ato volitivo, e não mais imposto como nos tempos anteriores, demonstrando que o legislador finalmente cedeu espaço para a formação das famílias que se unem pelo afeto.

Além da atenção ao casamento, o Código Civil de 2002 trouxe uma ampla proteção no que concerne à filiação, destinando um capítulo exclusivo ao tema e excluindo, definitivamente, o teor preconceituoso que fazia diferenciação entre filiação legítima e filiação biológica. Possibilitou, além disso, no artigo 1.583⁴⁴, a escolha entre a guarda unilateral – tendo como requisito para o seu deferimento a um dos cônjuges, o que aprouver

⁴¹ BARBOSA et al., *Direito de Família*, p. 22.

⁴² *Ibidem*, p. 22.

⁴³ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 517.

⁴⁴ Artigo 1.583. BRASIL, *Código Civil*. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

de melhores condições para proporcionar aos filhos afeto, saúde, segurança e educação –, ou a compartilhada, visando unicamente ao bem-estar dos filhos na ocorrência da separação dos pais.

Ademais, oportuno salientar o zelo dedicado à convivência entre pais e filhos, mesmo após a separação, que o Código Civil dispensou em seu artigo 1.589⁴⁵: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. Da mesma forma, exige a igualdade entre os filhos⁴⁶ e dá espaço para uma nova concepção de família, tendo filhos de inseminação artificial heteróloga⁴⁷, ou seja, a permissão para a utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe.

O que resta evidente no Código Civil de 2002 – amparado pela Carta Magna e voltado aos anseios de uma sociedade cada vez mais carente de valores morais, éticos e, principalmente, afetivos – é a ampla proteção que dedica às relações familiares.

Sabe-se que “a finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizá-la, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela se adaptar”⁴⁸. Tal fato não poderia ser diferente no direito de família, que está em constante mutação, considerando-se que, a cada dia, o julgador é colocado à prova acerca dos reais valores que norteiam a sociedade. Dessas mudanças, importantes para o direito de família, podem-se extrair importantes princípios constitucionais, tais como o da pluralidade de formas de família; melhor interesse da criança e do adolescente; afetividade; respeito às diferenças, dentre tantos outros, que serão analisados no próximo capítulo.

⁴⁵ Artigo 1.589. BRASIL, *Código Civil*, 2002.

⁴⁶ Artigo 1.596. *Ibidem*, 2002.

⁴⁷ Artigo 1.597. *Ibidem*, 2002.

⁴⁸ DIAS, *A ética na jurisdição de família*, p. 59.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À RELAÇÃO JURÍDICA PATERNO/FILIAL

Não se pode trabalhar o tema das relações familiares sem recorrer aos princípios fundamentais, que são os norteadores do direito de família. Sabe-se da magnitude de cada um desses princípios, porém, dentro do tema abordado, destacam-se o da dignidade da pessoa humana, o do melhor interesse da criança/adolescente, o da pluralidade de formas de famílias, o da afetividade e o da igualdade e respeito às diferenças.

Dessa forma, para que a justiça seja aplicada de uma maneira mais justa, uma vez que este trabalho tem como foco as relações familiares, é necessário que se observem os fatos de maneira mais clarividente possível, garantindo, assim, uma família amparada por normas e, acima de tudo, pelo afeto.

2.1 A condição superior do homem como ser de razão e sentimento: o princípio da dignidade humana

Sabe-se que o direito é uma ciência humana que sempre acompanhou as modificações das estruturas sociais, a elas se adaptando. Apesar desse caráter de constante transformação, tem-se a dignidade da pessoa humana como um princípio que esteve presente ininterruptamente, acompanhando a civilização através dos tempos.

Foi em meados do século XIX que Kant⁴⁹ introduziu a expressão “dignidade da natureza humana”, ao entender o ser humano como sujeito pensante e, portanto, dotado de razão e valor moral. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira⁵⁰, “o valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade”. Fica evidente, pois, a preocupação, desde tempos remotos, em garantir, por meio da lei, a dignidade ao homem.

⁴⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. v. 1 (Coleção “Os Pensadores”), p. 139.

⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 96.

Ainda, de acordo com Kant:

no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade⁵¹.

Resta claro que a dignidade reside na autonomia de vontade – sem a qual a pessoa humana passa a ser mero instrumento a serviço da sociedade –, que somente pode exteriorizar-se em seres racionais, de modo que jamais o ser humano poderá servir de meio para outros, sendo um fim em si mesmo⁵².

Além disso, a dignidade da pessoa humana, segundo Nelson Rosenthal, seria um juízo analítico revelado, a princípio, pelo conhecimento. Soma-se a isso que a qualidade de digno que se atribui ao ser humano integra a própria natureza do indivíduo, em um processo de análise que se extrai do próprio sujeito. Dessa forma, sendo o ser humano um ser em si, ele deve ser conduzido pelo valor soberano da dignidade⁵³.

Nesse mesmo sentido, Kant defende a noção de homem como ser dotado de valor causado por si próprio. Afirma ele que a dignidade não advém de algo externo, como normas ou preceitos jurídicos, mas do interior do próprio ser humano como sujeito ético, capaz de diferenciar a liberdade e o justo, capaz de distinguir o certo do errado, como ser pensante que é⁵⁴.

Rodrigo da Cunha Pereira também entende que “[...] o homem, sendo dotado de consciência moral, tem um valor que o torna sem preço, que o põe acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição de coisa”⁵⁵.

No que concerne à natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, Flórez Valdés leciona que:

⁵¹ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 134.

⁵² ROSENTHAL, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. Coleção “Prof. Agostinho Alvim”. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 02.

⁵³ *Ibidem*, p. 03.

⁵⁴ HIRONAKA apud ROSENTHAL, op. cit, p. 03.

a dignidade da pessoa humana é a razão de ser do direito e fundamento da ordem política e paz social. Todo direito é constituído para servir ao homem e nada mais é do que o regulamento organizador de uma comunidade. A dignidade, todavia, antecede ao próprio direito, pois é um atributo de qualquer pessoa – como valor ético, enquanto o direito resulta de circunstâncias e posicionamentos diferentes. A dignidade situa o ser humano no epicentro de todo o ordenamento jurídico, como protagonista, tanto no âmbito do direito público como no privado, repelindo qualquer atentado proveniente de outras pessoas e dos poderes públicos⁵⁶.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana começa a se fazer presente e a ser garantida por meio de normas a partir da primeira Constituição da República Federativa do Brasil (1824). Esta, muito embora submissa aos interesses do Império, já previa em sua redação a possibilidade de o ser humano viver dignamente em sua singularidade.

Apesar da menor importância atribuída aos direitos dos cidadãos em relação aos interesses políticos, dada sua colocação como último título na primeira Constituição Federativa do Brasil, houve um cuidado em assegurar em lei um direito inerente ao ser humano. É possível observar, no título 8º, que tratava “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, em seu artigo 179⁵⁷, alguns aspectos que remetem a essa preocupação:

⁵⁵ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, p. 96.

⁵⁶ ARCE; FLÓREZ-VALDÉS apud ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no código civil*, p. 02.

⁵⁷ BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*, 1824.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

Fica claro que a Constituição Federativa do Brasil (1988), vigente nos dias atuais, teve seus alicerces nesse primeiro modelo de lei maior. Embora tenha sido aprimorada, aspectos como o direito de ir e vir, a garantia da liberdade de expressão, o direito garantido da não violabilidade das correspondências, o direito à educação, garantia de locais de trabalho com condições dignas, condições mínimas para permanência em cárcere, dentre outros, sempre foram garantidos e voltados aos interesses sociais.

Dentro dessa perspectiva, entende-se que a dignidade é algo que pertence ao ser humano, conforme expõe Carmem Lúcia Antunes Rocha:

dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal⁵⁸

⁵⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: XXVI CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. Justiça: realidade e utopia. Brasília. *Anais...* Brasília: OAB, Conselho Federal, v. I, 2000, p. 72.

Diante do exposto, pode-se perceber que o significado da expressão “dignidade da pessoa humana” se relaciona ao respeito inerente a todo o ser humano, que deve partir tanto do Estado, quanto dos demais indivíduos, independentemente de diferenças sociais ou econômicas. Afinal, “o homem se encontra no vértice do ordenamento jurídico, pois o direito só se justifica em função do ser humano”⁵⁹.

Registra-se, por oportuno, que todos os direitos fundamentais estão ligados à ideia de dignidade da pessoa humana, e é justamente isso que os faz fundamentais. A relatividade do princípio da dignidade da pessoa humana é claramente aceita por Ingo Sarlet⁶⁰, cujo posicionamento pode ser complementado pela noção de que “a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese, é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma”⁶¹.

Quando se fala em dignidade da “pessoa humana”, pode-se pensar em algo redundante; afinal, sendo pessoa, naturalmente será humana. Porém, “o humano é aquilo que pertence ou é relativo à natureza humana, ao gênero humano. Prende-se, enfim, à noção de humanidade. Algo que ultrapasse a nossa autonomia individual”⁶².

Quanto a esse conceito, oportuno ressaltar, ainda, os ensinamentos de Giselda Hironaka, de acordo com a qual, “se a liberdade é a essência dos direitos do homem, a dignidade é a essência da humanidade. Ela se apresenta como a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm de comum, isto é, sua qualidade de ser humano”⁶³.

Com efeito, como bem observa Antônio Junqueira de Azevedo, “o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana, e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida”⁶⁴.

Nessa seara, entende-se que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada, não apenas na sociedade, onde está amparada por normas, mas igualmente no seio familiar, lugar em que cada indivíduo, como ser em desenvolvimento, possui uma história em constante transformação, buscando sempre o amparado e o amor de seus pais e familiares.

⁵⁹ ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no código civil*, p. 08.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 137.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

⁶² ROSENVALD, op. cit., p. 10.

⁶³ HIRONAKA apud ROSENVALD, op. cit., p. 10.

⁶⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2002, p. 329-351.

2.2 A maternidade/paternidade como condição irreversível: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Na concepção da psicanálise, as funções materna e paterna, que nem sempre são desempenhadas pelos pais biológicos, vão muito além dos cuidados básicos, como nutrição, higiene e segurança. A magnitude da relação que se estabelece entre pais e filhos confere ao sujeito, em vias de constituição, valor e existência como sujeito psíquico: é o olhar do outro que valida o ser humano como tal, e é no seio familiar, em primeira instância, que a criança vivencia essa noção de dignidade. A função desempenhada pelo Estado assemelha-se à função materna, na medida em que olha para as necessidades dos sujeitos e lhes dá uma importância jurídica, garantindo-lhes os seus direitos.

Nesse sentido, o artigo 227⁶⁵ da Constituição Federal de 1988 é muito claro:

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Se o direito se encontra em constante adaptação às demandas da sociedade, não poderiam ser diferentes a atenção e a proteção dirigidas àqueles que se situam em uma posição de maior fragilidade. Nessa condição inserem-se crianças e adolescentes, por se acharem em pleno processo de amadurecimento e formação da personalidade. Por isso, quando trata da família, a psicanalista Silvia Bleichmar⁶⁶ não a define como pai, mãe e filhos. Para ela, a união dos indivíduos de uma família se dá por meio da existência de uma relação assimétrica entre um adulto que se compromete com o cuidado de uma criança.

O direito de família tem zelado pelo bem-estar do menor, o qual se coloca acima de qualquer interesse. Sendo assim, quando se abordam casos como o do divórcio envolvendo

⁶⁵ BRASIL, *Constituição Federal*, 1988.

⁶⁶ BLEICHMAR, Silvia. *Violencia social, violencia escolar: de la puesta de limites a la construcción de legalidades*. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico, 2008, p. 45.

filhos menores, muito já foi alcançado em relação ao melhor interesse da criança e do adolescente, porém, ainda há muito que se percorrer. Nesses termos, o critério definidor para concessão da guarda a um dos cônjuges será sempre e unicamente o benefício do menor. Assim, a guarda vem sendo concedida ao genitor que revela melhores condições para cuidar do filho.

Como ressalta Rodrigo da Cunha Pereira, “a convivência, neste ínterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar. Estes deveres não se rompem com o fim da conjugalidade”⁶⁷.

Nesse mesmo sentido, o artigo 1.632 do Código Civil de 2002 refere que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito que aos primeiros cabe de terem em sua companhia os segundos”⁶⁸.

Portanto, assegurar que o melhor interesse da criança e do adolescente seja resguardado é preservar a convivência com os pais, desde que esta seja uma relação afetiva e que leve ao desenvolvimento sadio do menor. A esse respeito, sabe-se o quanto é importante a existência de uma constância na rotina da criança e, também, o quanto é necessário que os pais ou aqueles que exerçam essa função possam se apresentar como um referencial imprescindível para a estruturação psíquica dos filhos.

A grande relevância que as funções materna e paterna exercem no desenvolvimento da criança fica evidente nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

a família passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e da dignidade de todos os seus membros. Diante deste quadro, o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa dos pais – ou de alguém que exerça a função materna e paterna – para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia⁶⁹.

Sendo a relação entre pais e filhos assimétrica, uma vez que os primeiros se encontram em situação diferente da dos menores no que diz respeito à formação de sua personalidade,

⁶⁷ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, p. 135.

⁶⁸ BRASIL, *Código Civil*, 2002.

⁶⁹ PEREIRA, op. cit., p. 96.

pressupõe-se que esses adultos possam comprometer-se com essa função, entendendo que a maternidade/paternidade é uma situação irreversível⁷⁰.

De acordo com Fernanda Otoni Barros:

o interesse maior da criança aponta como seu direito não divorciar-se de seus pais, conservando a ambos no lugar estruturante que lhes cabe em sua formação enquanto sujeito em constituição. A maternidade e a paternidade são sempre irreversíveis e irrenunciáveis na estrutura do romance infantil⁷¹.

Cabe aos pais, assim como ao direito, a preocupação de preservar os filhos do término de uma relação que, na verdade, somente ocorre entre o casal. Uma perda, como a separação, sempre deixará marcas, mas é dever dos adultos minimizar os efeitos desse sofrimento para as crianças.

Fica, pois, evidente, que o papel da família independe do fato de ser formada pelo casal parental e sua prole, ou por tantas outras estruturas familiares existentes na atualidade.

Esse novo conceito de família é exposto por Bleichmar:

en la medida en que haya dos generaciones, hay una familia; con la asimetría correspondiente que orienta a la obligatoriedad de la transmisión y de la producción de sujetos en el interior de algún tipo de comunidad humana, que básicamente se estructura con dos personas como base. Para mí, donde hay una madre y un niño, un padre y un niño, un abuelo y un nieto, un tío y un sobrino al que cría, hay una familia, y con esa familia tenemos que contar⁷².

Independentemente de quem a compõe, João Baptista Villela explica que a família deve ser “um núcleo de companheirismo e serviço das próprias pessoas que o constituem, um

⁷⁰ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, p. 96.

⁷¹ BARROS, Fernanda Otoni. Convivência familiar: “Ali se” visita os pais... Nem sempre tão maravilhosos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFam, v. 1, abr./maio/jun. 1999, p. 44-51.

⁷² Na medida em que se tem duas gerações, existe uma família; com a assimetria correspondente que orienta a obrigatoriedade de transmissão e de produção de indivíduos no interior de algum tipo de comunidade humana, que basicamente se estrutura com duas pessoas como base. A meu ver, onde tem uma mãe e uma criança, um pai e uma

espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, onde reina a camaradagem”⁷³. Assim, de acordo com o mesmo autor, a família seria o “*locus* do amor, sonho, afeto e companheirismo”⁷⁴.

Enfim, o título de alicerce para uma sociedade sadia, concedido à família – pouco importando o modo como é constituída –, tem embasamento em fatos cotidianos que comprovam que a entidade familiar é formadora de um indivíduo com bases sólidas, regidas por caráter, respeito, educação, dignidade, merecendo cada vez mais atenção da sociedade comum e, principalmente, do direito de família.

2.3 O afeto como valor jurídico: o princípio da pluralidade de formas de família

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, houve uma revolução no conceito de família, cujo entendimento abandonou o seu caráter moral, tendo o afeto tornado-se um valor jurídico. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, desde então, o direito lançou um novo olhar para a família, na medida em que

Houve o rompimento com a premissa de que o casamento era o único instituto formador e legitimador da família brasileira, e do modelo de família hierarquizada, patriarcal, impessoal e, necessariamente, heterossexual [...]. Esta Constituição trouxe, além de novos preceitos para as famílias, princípios norteadores e determinantes para a compreensão e legitimação de todas as formas de família⁷⁵.

O artigo 1.593 do Código Civil de 2002 também abdicou do argumento arcaico que preconizava o reconhecimento da legitimidade da família somente pelo laço sanguíneo,

criança, um avô e um neto, um tio que cria um sobrinho, há uma família, e com essa família temos que contar. (Tradução nossa). BLEICHMAR, *Violencia social, violencia escolar*, p. 45.

⁷³ VILLELA, *A família hoje*, p. 71.

⁷⁴ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

⁷⁵ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, p. 165.

salientando que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”⁷⁶.

Lacan analisa a família como um grupo cultural e não natural, pois a questão do parentesco é considerada, prioritariamente, pelo entendimento psíquico proposto a cada um dos membros do grupo e, em menor grau, pelos laços de consanguinidade. Conforme o autor, “as instâncias culturais dominam as naturais, ao ponto de não se poderem considerar paradoxais os casos em que umas substituem as outras, como na adoção”⁷⁷.

Conforme Roudinesco⁷⁸, é possível destacar três grandes períodos na evolução da família: numa primeira fase, a família tradicional serve para assegurar a transmissão de um patrimônio; na segunda fase, a família moderna torna-se o receptáculo de uma lógica afetiva cujo modelo se impõe entre o final do século XVIII e meados do XX; finalmente, a partir da década de 1960, impõe-se a família dita contemporânea – ou pós-moderna -, que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual.

As modificações ocorridas na estrutura familiar, ao longo das últimas décadas, atingiram padrões antes inimagináveis e, de acordo com Giddens, “a grande diversidade de formas de família e de núcleos domésticos tornou-se uma característica cotidiana de nossos tempos”⁷⁹.

Rodrigo da Cunha Pereira⁸⁰, partindo desse entendimento, classifica as entidades familiares em três grupos: família conjugal, família parental e família unipessoal. Na primeira classificação, estão presentes o desejo e o amor sexual na união afetiva do casal, independentemente de ser hetero ou homossexual; já na segunda classificação, a base para essa entidade familiar está no parentesco socioafetivo, onde se incluem as famílias compostas por avós e netos, ou aquelas formadas por qualquer um dos pais, sem o seu par conjugal, e sua prole, os casos de adoção e onde surgem, também, as figuras do padrasto e da madrasta; por fim, a família unipessoal, cujas características principais são a ausência de vínculos maritais e de descendentes. Fica evidente que, quando existe a formação de vínculos familiares, seja na família dita conjugal ou parental, o que prevalece é a existência de uma convivência pautada pela afetividade, na presença ou não do elo da consanguinidade.

⁷⁶ BRASIL, *Código Civil*, 2002.

⁷⁷ LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 12.

⁷⁸ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 19.

⁷⁹ GIDDENS, A. *Sociologia*. 4. ed. Porto Alegre: ArtMed, 2005, p. 151.

⁸⁰ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, p. 171.

Acerca disso, Rodrigo da Cunha Pereira argumenta: “necessária se torna a reformulação do tratamento jurídico dispensado à família, no sentido de afastar qualquer disposição legal doutrinária e jurisprudencial que não acolha as variedades e peculiaridades das famílias, em decorrência da aplicação do princípio da pluralidade”⁸¹.

Tal princípio se sustenta na família contemporânea, cuja base se encontra muito mais no amor e no afeto entre os seus membros do que na antiga função reprodutora e de transmissão de patrimônio. A manutenção desses vínculos está centrada, de maneira considerável, na afetividade entre o casal e seus filhos, ou entre pais e filhos, ou, ainda, entre avós e netos, evidenciando a pluralidade de tipos de famílias nos dias atuais, que, independentemente da sua configuração, buscam a felicidade.

Euclides de Oliveira Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka definem essa diversidade de modelos familiares em razão do que buscam os seres humanos:

ora, é inegável o potencial de mutabilidade que se contém nas relações sociais de natureza familiar. O que merece ser o melhor modelo num determinado tempo já não ocupa o mesmo privilegiado lugar logo depois, mas em tempo ainda próximo é. Apenas uma coisa é certa e parece não mudar jamais: as pessoas não abandonam a preferência pela vida em família, seja de que molde ou tipo se constitua seu núcleo familiar⁸².

É notório que o modelo tradicional, o da família nuclear composta pelo casal de pais e os filhos, está cada vez mais escasso. O que se pode perceber atualmente, e com facilidade, é a existência de diferentes arranjos familiares, que surgem na tentativa de lidar com as novas demandas sociais e, por isso, necessitam ser pensados quanto as suas implicações na subjetividade humana.

⁸¹ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, p. 171.

⁸² OLIVEIRA; HIRONAKA apud DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 06.

2.4 Parentalidade afetiva e efetiva: o princípio da afetividade

Compreendida a importância do afeto no âmbito familiar, salienta-se, agora, a necessidade de que o exercício da parentalidade ocorra de forma efetiva. O amor que dedicam os pais aos filhos precisa estar acompanhado pelo cumprimento das funções materna e paterna, as quais pressupõem, além de carinho e ternura, que os adultos possam suprir as demandas desses menores, sujeitos em fase de constituição de sua personalidade.

As mudanças sociais e a primazia do afeto na estruturação das famílias ficam evidentes, conforme aponta Rodrigo da Cunha Pereira: “diante dessa nova estrutura, a família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que adquiriram uma importância secundária”⁸³.

Continua o autor, salientando que:

a família, no século XIX, era marcadamente patriarcal e estruturava-se em torno do patrimônio familiar, visto que sua finalidade era, principalmente, econômica. O vínculo familiar tinha fundamentos formais. A família era, praticamente, um núcleo econômico e tinha também grande representatividade religiosa e política⁸⁴.

O aumento substancial da participação feminina no mercado de trabalho afastou a mulher dos limites domésticos. Como consequência, a parcela masculina foi convocada a compartilhar tarefas familiares, levando a uma mudança no exercício da paternidade. Desse modo, a estrutura hierárquica e tradicional, que apresentava o homem como provedor e único detentor de poderes dentro da família, foi extinta com o novo lugar que passou a ser ocupado pelas mulheres. Estas, não mais dependiam do marido para sustento e sobrevivência e, assim, a existência de vínculos conjugais passou a depender das motivações afetivas.

Ao tratar da função da família contemporânea, Paulo Luiz Netto Lôbo entende que

⁸³ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, p. 179-180.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 179.

a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua⁸⁵.

A família de hoje não é mais identificada pelo ritual do casamento com todo o seu peso social, ou pela diferença de sexo entre cônjuges, tampouco pelo envolvimento unicamente sexual. Antes, o que distingue a família e lhe confere valor “é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns”⁸⁶.

Assim, surgem os mais diversos arranjos familiares, que, com o passar dos anos, recebem novas nomenclaturas – entidade familiar, união estável, família monoparental, reprodução assistida, homoafetividade, filiação socioafetiva, entre outras – e deixam de ser uma família tradicional composta por marido e mulher que geram filhos, relativizando o paradigma “casamento, sexo e reprodução”⁸⁷.

Com base no exposto, apreende-se que a família deve ser, antes de tudo, alicerçada no amor, buscando a felicidade e reconhecendo que o afeto é o único modo eficaz de garantir a sua sobrevivência, haja vista que “apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares”⁸⁸.

Essa mesma lei, que precisa estar constantemente adequada às demandas da sociedade, deve acompanhar as mudanças que ocorrem no direito de família. Dessa forma, expressões como “ilegítima”, “espúria”, “adulterina”, “informal”, “impura” estão banidas do vocabulário jurídico, mudando “significativamente o conceito de família, afastando injustificáveis diferenciações e discriminações, que não mais combinavam com uma sociedade que se quer democrática, moderna e livre”⁸⁹.

Graças a essa nova perspectiva, solidificam-se, de forma cada vez mais notória e consistente, os diversos arranjos familiares, acabando de vez com os “casamentos de

⁸⁵ LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFam, v. 6, n. 24, jun./jul. 2004, p. 155.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 20.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁸ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Identidades familiares consituacionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2002, p. 329-351.

⁸⁹ DIAS, op. cit., p. 19.

fachada”. As pessoas não mais aceitam viver na clandestinidade por vergonha, por falsos moralismos, conceitos religiosos ou medo da rejeição social. Dito de outro modo, saem da clandestinidade e passam a ter visibilidade as famílias formadas a partir da união estável, conceito definido por Maria Berenice Dias como “amantes porque se amam e, com seu amor, formam uma união de afeto. O amor é o elemento constitutivo da união estável e deve servir para identificá-la”⁹⁰.

Diante de tudo isso, merecem tratamento igualitário ao das famílias ditas tradicionais as relações familiares entre cônjuges do mesmo sexo, que se mantêm unidos pelo afeto e respeito mútuo – o que justifica a denominação de “relações homoafetivas” – e que ainda sofrem discriminação de uma sociedade com resquícios machistas e conservadores.⁹¹

Evidencia-se que vem ocorrendo, com o passar dos anos, nas famílias brasileiras, uma democratização dos sentimentos, em que o respeito entre os seus integrantes, a liberdade de cada componente e a sua dignidade passam a ser preservados. É desse ponto de vista que, atualmente, a família deve ser focalizada, a fim de que haja não apenas um novo espaço e um novo conceito para defini-la, mas também uma nomenclatura capaz de identificar os componentes desses novos vínculos alicerçados no amor⁹².

Como explica Dias,

ainda que os nomes não tenham efeito mágico, quem sabe a partir do momento em que se realce a natureza afetiva do vínculo, as pessoas se amem mais e vivam suas relações com a cumplicidade, o companheirismo e o carinho que somente aqueles que amam – ou seja, os amantes – sabem viver⁹³.

Sendo assim, além do amor entre os amantes (pai e mãe), deve haver amor entre pais e filhos, sendo o princípio da afetividade uma consequência desse elo afetivo. Cabe ressaltar que, com a estruturação desse princípio, se passou ao reconhecimento jurídico da família como núcleo do amor, sobrepondo-se à consanguinidade⁹⁴. A expressão de João Baptista

⁹⁰ DIAS, *Conversando sobre o direito das famílias*, p. 28.

⁹¹ *Ibidem*, p. 122.

⁹² *Ibidem*, p. 27.

⁹³ *Ibidem*, p. 28.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 19.

Vilella vem ao encontro dessa ideia: “a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”⁹⁵.

Com efeito, evidencia-se o nascimento de um novo conceito de família, o pautado na afetividade, que deve estar baseado, também, na diversidade e no respeito a suas manifestações.

2.5 A verdadeira cidadania só é possível na diversidade: o princípio da igualdade e o respeito às diferenças

Considerando como pressupostos da família a preservação e a manutenção da dignidade de seus elementos, visando sempre ao melhor interesse de cada um, a fim de que possam sempre encontrar amparo em um forte elo afetivo, não há como deixar de lado o dever de igualdade e respeito às diferenças, os quais precisam se impor como valores máximos das famílias e do Estado.

De fato, a preocupação com a diversidade carece de um olhar especial, não apenas dentro da família, para a sua conservação com bases sólidas e protegidas por uma égide tão eficiente como o amor, mas também na sociedade como um todo, devendo o direito preocupar-se com o respeito às diferenças entre os membros de sua sociedade, que, por óbvio, são os elementos formadores da família. Nesse sentido, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “a igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito, conseqüentemente não há justiça”⁹⁶.

Quando se fala de dignidade do sujeito de direito, remete-se a um ideal de justiça, pois, se todas as pessoas fossem tratadas de maneira igualitária, chegar-se-ia a um senso de justiça. Porém, a igualdade social soa como algo utópico se não for respeitado o seu verdadeiro conceito, o de que “a construção da verdadeira cidadania só é possível na

⁹⁵ PEREIRA, *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, p. 184.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 140.

diversidade”; afinal, “para se produzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania é preciso ir além da igualdade genérica”⁹⁷.

É nessa diversidade que surge a necessidade de igualdade, que somente será alcançada quando for aplicada, de maneira indistinta, a máxima “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”⁹⁸.

De suma importância para que se entenda a evolução do respeito às diferenças no Brasil é estabelecer um paralelo comparativo da (des)igualdade entre os gêneros. Advinda de uma forte evolução histórica, com vistas a extinguir um Estado subordinado a conceitos católicos e machistas, a introdução do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres teve como marco a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso I, e em seu artigo 226, parágrafo 5º, inciso I⁹⁹, que garantem, expressamente, a igualdade entre os sexos.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Observa-se que, nos períodos que antecederam a Constituição Federal de 1988, como bem ensina Rodrigo da Cunha Pereira:

⁹⁷ PEREIRA, *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, p. 141.

⁹⁸ ARISTÓTELES. Citador. Disponível em: <<http://www.citador.pt/buzz/devemos-tratar-igualmente-os-iguais-e-desigualmente-os-desiguais-na-medida-de-154286927988248>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

os pilares do Direito Civil eram centrados na propriedade e no contrato. Porém, com a nova Carta Magna fez-se presente a crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, que entraram em choque com as recém-criadas, cuja tônica e preocupação era com a preservação da dignidade da pessoa humana. Isto fez com que fossem revistos as regras e institutos do Direito Civil, a partir de uma despatrimonialização e de uma ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e conseqüentemente das relações jurídicas. Neste sentido, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva, sobretudo no âmbito das relações familiares¹⁰⁰.

A partir da nova fase do direito civil, marcada por uma maior preocupação com o indivíduo e suas necessidades, voltando seu olhar e cuidado à dignidade da pessoa humana, a família passa a ter o poder de ditar seu o próprio regramento de convivência, e, assim, a própria sociedade e o Estado começam a respeitar tanto a família, como unidade, quanto os seus membros de maneira individualizada¹⁰¹.

Dessa nova abordagem resulta uma família zelosa, que tem no amor, na solidariedade, na cooperação e no respeito entre seus membros os elementos básicos para a sustentação de seus pilares. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, com o novo paradigma, “vê-se o fim da hierarquização de seus componentes, que se igualam em direitos e deveres, em que se encontra presente uma autonomia de vontade que deve ser respeitada, sobretudo, pelo Estado”¹⁰².

Há muito ainda que se evoluir para alcançar esse ideal de paridade dos seres humanos, como fica elucidado no conceito de Themis Aline Calcavecchia dos Santos: “observa-se, na sociedade atual, um grande avanço no sentido de se minorar as desigualdades, mas sem esquecer as diferenças. Que homens e mulheres são diferentes não existe qualquer dúvida a respeito, mas isto não pode se refletir numa desigualdade”¹⁰³.

Ainda, como bem elucidou Boaventura, em seus dizeres: “Temos o direito de ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”¹⁰⁴. Afinal, sempre que houver diferenças e preconceitos, é dever do indivíduo e da sociedade como um todo clamar pela aplicação efetiva de seus

⁹⁹ BRASIL, *Constituição Federal*, 1988.

¹⁰⁰ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, p. 154.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 155.

¹⁰² *Ibidem*, p. 156.

¹⁰³ SANTOS, Themis Aline Calcavecchia dos. Princípio da igualdade – relações de gênero. In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 341.

¹⁰⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Multiculturalismo*. 2006. Disponível em: <http://www.foro-latino.org/info_flape/mail10_18-09-06.htm>. Acesso em: 22 jul. 2011.

direitos como cidadão, porém, sempre com o olhar voltado para os direitos individuais de cada ser humano, lembrando que suas características devem ser valorizadas.

O respeito às diferenças, considerando as mais diversas formas de ser, de agir e de pensar, somente é alcançado quando há a preservação da dignidade do ser humano. Dito de outro modo, quando há essa preservação, esse respeito, há dignidade. Porém, esse respeito e a consequente preservação da dignidade demandam um complemento no tocante à formação dos menores, algo capaz de tocar o seu íntimo, fazendo surgir o importante espaço para o afeto no âmbito familiar.

3 A AFETIVIDADE COMO O MELHOR PARA A CRIANÇA

A Constituição de 1988 abre espaço a uma família mais igualitária e preocupada com a proteção de seus membros, trazendo consigo princípios fundamentais ao direito de família, dentre eles o da afetividade, motivo maior deste trabalho.

Quando uma família é inaugurada a partir do afeto, sendo os seus laços pautados no amor e no respeito às diferenças, espera-se que as necessidades do menor sejam atendidas no que concerne ao seu desenvolvimento psíquico satisfatório. Nesse contexto, a relação com aquele que cuida é determinante na formação da personalidade, como evidenciado nos dizeres de Lya Luft:

constituir um ser humano, um nós, é trabalho que não dá férias nem concede descanso: haverá paredes frágeis, cálculos malfeitos, rachaduras. Quem sabe um pedaço que vai desabar. Mas se abrirão também janelas para a paisagem e varandas para o sol.

O que se produzir – casa habitável ou ruína estéril – será a soma do que pensaram e pensamos de nós, quanto nos amaram e nos amamos, do que nos fizeram pensar que valem e do que fizemos para confirmar ou mudar isso, esse selo, sinete, essa marca [...].

Marcados pelo que nos transmitem os outros, seremos malabaristas em nosso próprio picadeiro. A rede estendida por baixo é tecida de dois fios enlaçados: um nasce dos que nos geraram e criaram; o outro vem de nós, da nossa crença ou nossa esperança¹⁰⁵.

A constituição do ser humano é comparada à construção de uma casa, porém, no que se refere ao homem, não há um projeto predeterminado que possa calcular e prever, claramente, como se dará a estruturação. O que pode ser usado como analogia é a importância de uma base sólida nos primeiros tempos, que são determinantes na vida do sujeito. Diferentemente dos animais, que para sobreviverem necessitam adquirir rápida autonomia, a cria humana precisa, excepcionalmente, da presença de um adulto que olhe, que cuide, que dê sentido às vivências desse bebê que ainda não se enxerga como diferente desse outro e que, gradativamente, irá adquirindo uma imagem própria de acordo com a qualidade dessa relação.

¹⁰⁵ LUFT, Lya. *Perdas e ganhos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 23.

Entendendo a complexidade dessa relação entre o menor e seus cuidadores, justifica-se a defesa da afetividade como o melhor para a criança.

3.1 Derrubando velhas paredes: o vínculo socioafetivo como nova forma de filiação

O vínculo socioafetivo como uma nova forma de filiação surge, abrindo novos caminhos e conceitos para as famílias engessadas pelos poderes paternos, machistas e vazios de afeto.

Anteriormente, a ciência não possuía dados satisfatórios para excluir ou afirmar um vínculo biológico que determinasse a parentalidade e, assim, cercava-se de argumentos que pudessem, de alguma forma, explicar o vínculo entre pais e filhos. De tal modo, fundaram-se os conceitos de *mater semper certa est e pater incertus* (dando a certeza de que a mãe biológica era sempre certa, pelo simples motivo da gestação; porém, ao pai, cabia somente a incerteza), *pater is est quem nuptie demonstrant* (restando dúvidas acerca da paternidade, o pai seria o marido da mãe), *mater semper certa est* (tal princípio impedia a investigação de maternidade na mulher que fosse casada), dentre outros¹⁰⁶.

Importante mencionar que tais conceitos geravam dúvidas a respeito da paternidade, impedindo e dificultando uma convivência mais sadia entre pais e filhos. Afinal, a desconfiança era algo que gerava desconforto entre os membros da família, obstaculizando a entrada do afeto e do amor no lar. Necessitava-se, portanto, aprimorar tais conceitos, a fim de se chegar ao efetivo responsável (biologicamente) pelos filhos, que daria fim às incertezas que permaneciam entre o casal e a prole.

A evolução dos tempos impôs à ciência caminhar lado a lado com as mudanças sofridas pela sociedade, que aprimorou técnicas antigas e desenvolveu novas, dentre as quais o atualmente conhecido exame de DNA. Tais progressos relativos à paternidade causaram profundas mudanças no vínculo paterno-filial¹⁰⁷.

¹⁰⁶ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p. 76-77.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 80.

Com o surgimento do exame de DNA, anteriores dúvidas acerca da paternidade dissiparam-se, encerrando a desconfiança que costumava pairar sobre as famílias, de modo a conferir nova oportunidade para que pais e filhos pudessem conviver na certeza do amor. Surgiu, a partir de então, uma filiação que vai além do vínculo biológico, uma filiação afetiva.

O vínculo biológico, anteriormente indispensável à família patriarcal, continua sendo de suma importância, não só para o direito, mas também para a família. Contudo, a família dita “moderna” é delineada na complexidade das relações afetivas, onde o indivíduo que a compõe pode construir seus afetos, alicerçando-os na liberdade e no desejo¹⁰⁸.

Quanto às novas estruturas familiares:

a verdade jurídica, isto é, o critério jurídico para atribuição do vínculo paterno-filial, desprende-se da ficção legal protetora da família legítima para se aproximar da responsabilidade parental pela reprodução biológica. Todavia, observa-se que o estabelecimento jurídico da relação paterno-filial, mesmo fundado no critério biológico, não é suficiente para preencher o conteúdo dessa relação. Há, ainda, o critério socioafetivo que serve, especialmente, para equilibrar os outros dois¹⁰⁹.

Denota-se, desse modo, que, somado à importância dada aos vínculos biológicos nas estreitas relações familiares, o critério socioafetivo começou a ganhar seu espaço nos lares brasileiros. Assim, a paternidade tornou-se algo que vai muito além dos laços de sangue.

A respeito da introdução da afetividade na família e do resgate de seus verdadeiros valores, Paulo Lôbo assim se manifesta:

a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares¹¹⁰.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e estruturas familiares*. IBDFam. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 458.

¹⁰⁹ VENCELAU, *O elo perdido da filiação*, p. 111.

Entretanto, ainda havia um obstáculo a ser vencido no direito de família: a diferenciação entre irmãos, que poderiam ser legítimos, nascidos na constância do casamento, ou não, e os nascidos de uniões paralelas. Contudo, a partir do momento em que tal diferenciação entre filhos biológicos e não biológicos deixou de existir, caiu por terra o fundamento da filiação na origem genética. Os filhos passaram, perante a lei e a sociedade, a ter valor como seres individualizados, independentemente da origem de sua paternidade ou maternidade. Da mesma maneira, acrescenta-se igual valor a todas as formas de família, sendo elas constituídas por um único pai ou mãe e seus filhos (monoparental), elevando-se à mesma dignidade de família matrimonial (conjugal). O que se vislumbra de tais concepções de arranjos familiares é sua fundação na afetividade¹¹¹. Assim, o preconceito, o desrespeito e o desamor saem de cena, dando lugar a novos, mesmo que tímidos arranjos familiares, sustentados, unicamente, pelos laços de amor, comprometimento mútuo e respeito.

Com o início da inserção da afetividade nas relações familiares, esta, que era “cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas”¹¹². Tal preocupação dos juristas somente foi tratada mais tarde, “não porque [...] não estivessem preparados para abordar o tema, mas porque a sociedade não encarava o afeto como digno de proteção e tutela pelo direito”¹¹³.

Nessa senda, o artigo 1.593 do Código Civil pronuncia regra geral que considera a socioafetividade como um todo, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Tal regra não permite que o Poder Judiciário somente considere como verdade real a biológica. “Assim os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consaguíneos ou de outra origem, têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade”¹¹⁴.

O princípio da afetividade, de igual forma, é encontrado no ato da adoção e na reprodução humana assistida heteróloga¹¹⁵, bem como nos demais meios de reprodução assistida. Os casos mencionados guardam em comum a vontade de constituir uma família, a qual poderá ser composta por mãe e filho, por pai e filho, ou, ainda, por pai, mãe e filho, ultrapassando qualquer barreira biológica, que, de alguma forma, os impedira de realizar o

¹¹⁰ LÔBO, *Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*, p. 456-457.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 459.

¹¹² *Ibidem*, p. 456-457.

¹¹³ ROSSOT, *O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar*, p. 09.

¹¹⁴ LÔBO, *op. cit.*, p. 456-457.

¹¹⁵ Reprodução humana assistida que utiliza gametas de um terceiro, estranho ao casal.

sonho de ter filhos. O que se pode verificar, em todas as situações, é que os filhos não nascem a partir de um dado genético, mas do coração¹¹⁶.

Desse modo, pode-se afirmar que “o filho por natureza ama-se porque é filho, o filho por adoção é filho porque se ama”¹¹⁷. No que concerne aos filhos adotivos, os chamados filhos do coração, que se podem emoldurar na mesma classe dos filhos de reprodução assistida ou, ainda, de inseminação artificial¹¹⁸, é pertinente um belo trecho do livro de Jack Canfield e de Mark Victor Hansen, o qual se transcreve a seguir:

Debbie Moon, professora do primeiro ano, estava com seus alunos vendo a fotografia de uma família. Na foto, um menino tinha a cor do cabelo diferente da dos outros. Uma das crianças achou que ele era diferente porque devia ter sido adotado, e uma menina chamada Jocelyn disse: “Eu sei tudo sobre adoção porque sou adotada”. “O que significa ser adotado?” perguntou uma outra criança. “Significa”, disse Jocelyn, “que você cresceu no coração de sua mãe em vez de crescer na barriga dela”.¹¹⁹

O que resta evidente nesses casos é o amor, que vem acompanhado da vontade de ter filhos que não puderam ser gerados. Desse modo, dá-se início a uma família que busca suas referências apenas na afetividade, independentemente da consanguinidade, surgindo um parentesco que pode ser chamado de voluntário.

Ademais, sobre a preocupação com o afeto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 28, parágrafo 2º, ao dispor sobre pedido de colocação em família substituta, determina que “na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”.

Por tal norma acima citada vislumbra-se que as relações afetivas já estão¹²⁰:

¹¹⁶ VENCELAU, *O elo perdido da filiação*, p. 126.

¹¹⁷ VIEIRA apud NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

¹¹⁸ VENCELAU, op. cit., p. 122.

¹¹⁹ CANFIELD, Jack; HANSEN, Mark Victor. *O que significa ser adotado: histórias para aquecer o coração* 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2001, p. 72.

consagradas legislativamente no seio do direito de família. Entretanto, há a necessidade de considerar o fato não somente como critério de aferição de colocação em família substituta – para fins de adoção e guarda –, mas também em todos os demais escaninhos do direito de família.

Toda criança tem o direito a uma família que traga como seus valores máximos a promoção da dignidade de seus elementos, proporcionando-lhes uma formação moral e ética, com direito a educação, saúde e amor. Tais direitos consagrados às crianças estão elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente, e para corroborar as referidas proteções, no âmbito internacional, surgiram a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1954), a Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças (1986) e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989).

Na Declaração Universal dos Direitos da Criança¹²¹ pode-se perceber, de maneira clara, em seu artigo 5º, que, embora a criança possa permanecer sem sua família de origem e, portanto, sem referências biológicas, o que não lhe poderá faltar de forma alguma, devendo ser amparada pelo Estado, é o direito ao afeto, à segurança e ao cuidado.

Denota-se, de tal modo, que, independentemente da maneira como se compõe a família, o que deve existir em seu núcleo é a preservação de seus laços afetivos. A sua nova forma de constituição, por meio da socioafetividade, embora possa não ser configurada pelo modelo tradicional composto por pai, mãe e filhos, deve preservar e promover a dignidade de seus membros.

À medida que coexistem duas gerações, existe uma família, com a assimetria correspondente que orienta a obrigatoriedade de transmissão e de produção de indivíduos no interior de algum tipo de comunidade humana, que se estrutura, a rigor, tendo duas pessoas como base. Onde há uma mãe e uma criança, um pai e uma criança, um avô e um neto, um tio que cria um sobrinho, há uma família, com funções materna e paterna, embora nem sempre desempenhadas pelos pais reais¹²².

¹²⁰ ROSSOT, *O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar*, p. 09.

¹²¹ Artigo 5º “Em todas as questões relativas ao cuidado de uma criança por pessoa que não sejam seus próprios pais, os interesses da criança, em particular sua necessidade de receber afeto e seu direito à segurança e aos cuidados contínuos, devem ser a consideração fundamental”. BRASIL, Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1954. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/datas/criancas/direitosdacrianca.shtml>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

¹²² ROSSOT, op. cit., p. 11.

Portanto, a função materna ou paterna, muitas vezes desempenhada por outros membros da família que não os pais biológicos, tem papel fundamental na construção dos novos alicerces que serão formadores da personalidade desses futuros adultos.

3.2 Construindo novos alicerces: a importância da função materna e paterna nas famílias

A função materna e paterna é algo tão puro, belo e repleto de encantamento que se torna difícil conceituá-la. Trata-se de algo que deixa profundas marcas, que acompanham o sujeito por toda a sua vida.

Como descreve Martinho:

todos os dias, quando acordamos e nos olhamos no espelho, o que vemos é o resultado de experiências acumuladas durante a vida e, acima de tudo, o legado que nos foi deixado por nossas famílias. Temos os olhos da mãe, o jeito do pai, a teimosia de uma tia, a persistência de um avô. Ao nos tornarmos adultos, muito devemos a alguém ou algumas pessoas que nos ajudaram a ser o que somos¹²³.

Até determinado momento da história, a figura da mulher (mãe) era vista apenas como um objeto a serviço da satisfação dos desejos sexuais do marido (pai) e para o consequente aumento da prole, visando somente à obtenção de lucros. As mulheres deveriam desempenhar o seu papel, sendo submissas, carinhosas e servientes, de modo a cumprir sua verdadeira função na família. O homem (pai), por sua vez, figura autoritária que ocupava na sociedade e na família o lugar principal, tinha como única preocupação a obtenção de lucros.

Desses pais, nasciam filhos inseguros, que cresciam sem amor, com parca educação e com um considerável sentimento de rejeição. Confirmando tais fatos, Beatrice Marinho Paulo refere que:

¹²³ MARTINHO, Helena. *Infância em família*: um compromisso de todos. Portal do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id137.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

no século XVII, o farol ideológico da sociedade europeia iluminava apenas o homem-pai-marido-senhor, a quem todo poder era dado, e todos deveriam ser-lhe submissos e dóceis. Numa sociedade que valorizava desta forma o homem, o colocando no centro de tudo, as mulheres eram vistas apenas como seu complemento. Seres naturalmente fracos e passivos, criadas e educadas com a finalidade exclusiva de agradar o homem. Sendo assim, era natural que a mulher priorizasse os interesses desse homem, mesmo em detrimento dos das crianças, seus filhos. A vida social, ao lado do marido, não podia ser abalada¹²⁴.

As crianças eram consideradas objetos que dificultavam a função da mulher em dedicar sua máxima atenção e seus cuidados ao marido. Para as mulheres das classes sociais mais abastadas, dispensar cuidados às crianças era considerado uma perda de tempo e algo, até mesmo, indigno. Já para as famílias pobres, a chegada de um filho poderia ameaçar o próprio sustento do casal. Em ambos os casos, os filhos eram considerados um peso, com o qual era preciso conviver¹²⁵.

Nesses exemplos, fica evidente o descaso das mães para com os filhos, que eram entregues à própria sorte, abandonados física e moralmente. Assim, o seio familiar era formador de crianças tristes, criadas por amas de leite desde o nascimento até seus quatro ou cinco anos de idade, quando, finalmente, obtinham o direito de conhecer seus pais biológicos e com eles conviver¹²⁶.

Retornando ao convívio da família, na Europa, a educação das meninas era destinada a uma governanta, e a dos meninos, a um preceptor, que deveriam alfabetizá-los, ensinar-lhes boas maneiras, cuidados com a higiene e com a vestimenta. O contato com o pai era praticamente nulo, visto que este deveria ocupar-se com a administração do patrimônio; com a mãe, por seu turno, a “convivência” se dava uma vez ao dia para a chamada “inspeção”. Já no Brasil, os filhos dos grandes senhores eram entregues às escravas negras, para que elas realizassem o trabalho dos pais, e estes apenas desfrutavam da “alegria” da chegada do mais novo herdeiro¹²⁷.

Esses modelos de família empobrecidos de sentimentos e respeito perduraram por muitos anos. No Brasil, no final do século XIX, após a chegada da Família Real, é que modelos de famílias voltadas à intimidade e com singelos gestos de afetividade começaram a

¹²⁴ PAULO, Beatrice Marinho. Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: Ed. Magister, IBDFam, 2007, p. 40.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 40.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 40.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 44.

surgir. Naquele período é que brotaram os primeiros conceitos de ser mãe e a noção do quanto é importante o seu papel perante os seus filhos em desenvolvimento¹²⁸.

A partir de então, deram-se os primeiros sinais de uma preocupação por parte da família e da sociedade com a dignidade de seus integrantes. O pai deixou de ser a figura central, para dar espaço ao nascimento de um novo papel, pois a mãe poderia se permitir sentir amor pelos seus filhos.

A mãe passou a desempenhar papel fundamental – de amar, educar, atender aos tenros desejos infantis – na formação sadia do futuro adulto, que se mostrou de grande valia para o Estado, preocupado com o bem-estar geral das pessoas.

Ademais, tornou-se possível perceber os benefícios que as mães representavam para os filhos:

a amamentação com o leite materno, por si só, já reduzia em muito a mortalidade infantil, como visto, e os cuidados dados diretamente pela mãe pareciam resultar em um indivíduo mais forte, robusto e melhor desenvolvido. Passaram, por isto, a assumir essas tarefas, amamentando e cuidando pessoalmente dos filhos, a fim de assegurar sua sobrevivência¹²⁹.

As mães entenderam a relevância de seu papel não somente para a saúde física do bebê, mas também para a sua saúde psicológica e moral. Cabe ressaltar que o exercício da função materna, muitas vezes, não era desempenhado pela mãe biológica, e sim por mães substitutas, mães de afeto. Igualmente oportuno destacar que não se trata do papel da mãe em si, mas da função materna, da presença de uma figura feminina, algo importante para o desenvolvimento sadio de uma criança.

Fica evidente que o que se encontra em questão é a presença de um adulto que se torna responsável pela constituição do menor, e é por isso que, quando se fala em família, não se pode reduzi-la a laços sanguíneos, mas se deve buscar a relação que se estabelece entre esses indivíduos. Sendo assim, as funções – materna e paterna – são muito amplas, referindo-se aos cuidados que os pais têm com seus filhos, desde a higiene, a alimentação, até a imposição de limites.

¹²⁸ PAULO, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 44.

Há situações em que o papel materno pode ser desempenhado por uma outra mulher, “adotada” pelo pai biológico como a “nova mãe”, a quem caberá assumir as “funções da maternidade”. É nesse contexto que surgem as figuras folclóricas das “madrastas”, que representam uma figura bastante negativa no imaginário social. Essa “representação social de ‘mãe’ exerce, na maior parte das vezes, uma enorme pressão, e se torna um grande tormento. Alguém munida de uma perfeição idealizada a qual nunca se atingirá, por mais que se esforce e se dedique a uma criança”¹³⁰.

Tais mulheres, ao aceitarem desempenhar o papel de mãe, devem levar em conta, no momento de sua decisão, além do amor que sentem pelo novo companheiro, o afeto e a disponibilidade que pretendem exercitar nos filhos dele. Afinal, ao tomarem para si a missão de ser mãe de coração daquelas crianças, aceitam conjuntamente a função de educadoras, acolhedoras, protetoras.

Entretanto, o conceito que ainda se tenta impor às mulheres de que, no ato de seu nascimento, todas, indistintamente, são imbuídas por um instinto materno, sendo “geradas para gerar”, começa a ser discutido. Afinal, muitas mulheres desobrigam-se da função materna, a fim de seguir uma carreira bem-sucedida, ou, simplesmente, por não sentirem o desejo de desempenhá-la¹³¹.

A decisão e o ato de ser mãe devem ser conscientes, e, assim, fala-se de ato volitivo desempenhado e desejado por adultos, capazes de cumprir tal função de maneira satisfatória para o desenvolvimento dos menores. Afinal, “toda pessoa, especialmente a pessoa humana em formação, tem direito à paternidade e à maternidade”¹³², considerando que os laços familiares podem ser tecidos de maneira muito frágil, quando não são alicerçados no afeto ou carinho, podendo causar sofrimento, demonstrar desamor, preferências¹³³.

Imprescindível sopesar que deverá ser considerada a dimensão simbólica das funções materna e paterna, tendo em vista que ambas correspondem a algo muito mais importante do que a própria figura de pais reais, que não estão necessariamente ligadas ao pai ou à mãe. Esses personagens separam-se de suas funções¹³⁴.

¹²⁹ PAULO, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 45.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹³¹ *Ibidem*, p. 45.

¹³² LÔBO, *Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*, p. 460.

¹³³ SOUZA, Patrícia Verônica N. Carvalho Sobral de. Transformações familiares: aspectos da paternidade socioafetiva, *Evocati Revista*, n. 46, out. 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=364>. Acesso em: 18 out. 2011.

¹³⁴ KUPFER, Maria Cristina. Pais: melhor não tê-los?. ROSEMBERG, Ana Maria Sigal de. *O lugar dos pais na psicanálise de crianças*. São Paulo: Escuta, 2002, p. 119.

O ato de ser pai ou mãe não fica restrito à tarefa de gerar, posto que envolve a magnitude de amar, servir e se doar. Assim, há algo que transcende o nascimento fisiológico; existe ali um nascimento emocional, razão pela qual a paternidade/maternidade pode se definir e se revelar independente de vínculos biológicos¹³⁵.

Conseqüentemente, as funções materna e paterna vão muito além das questões genéticas; a construção de uma ligação efetiva está mais vinculada ao afeto, ao cuidado, à constância na vida do filho, do que propriamente ao ato de gerar ou de simplesmente doar o espermatozoide. Desse modo, percebe-se a extrema necessidade que o exercício dessas funções representa no processo de desenvolvimento do menor, o qual não pode ser privado de uma convivência afetiva, independentemente de haver ou não vínculo biológico.

3.3 A ornamentação da casa: o cuidado nas relações familiares

Nas famílias patriarcais, com as funções paterna e materna extremamente divididas, vivendo sob o véu do preconceito e da falta de amor, abordar o assunto do cuidado, requisitar que ele fosse tomado como um elemento fundamental para o bem-estar da família, era algo impensável. Anos mais tarde, com o aprimoramento das leis, o cuidado inicia um lento, mas eficaz, processo de inserção na esfera familiar. A partir de então, aliado à afetividade, o ato de cuidar passa a ter importância para os seus membros, como uma garantia de um desenvolvimento sadio.

O que antes era visto com olhos desconfiados, agora passa a ter valor desde a primeira infância. O cuidado surge e passa a acompanhar o desenvolvimento dos membros da família, adquirindo valor, até porque

¹³⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, vol. 271, jul./set., 1980, p. 49.

todo o ser humano precisa ser cuidado para viver e sobreviver. Desde o seu primeiro momento de existência, ele se vê enredado pelo cuidado [...]. O bebê precisa ser cuidado e a mãe deseja cuidar. O cuidado se apresenta como um caminho de duas mãos: há o cuidar e o ser cuidado. Há uma tendência natural de cuidar e de ser cuidado¹³⁶.

Tal ato, de cuidar, é o momento de atentar de forma especial para a prevenção, “terreno propício para toda a inquietude que quer desassossegar velhos dogmas, dentro e fora das relações familiares. Amparo e proteção que não se esgotam em deveres alimentares, embora, por certo, compreendam tais obrigações”¹³⁷.

De todo o modo, sabe-se que sem o cuidado prévio a criança não se desenvolve, a inteligência não se estimula e a liberdade não é posta em prática. O cuidado é uma prática inerente ao ser humano, que se não exercitado deixa de ter valor e, assim, deixa de ser humano. “Daí poder dizer-se que o cuidado pertence à essência humana. Sem ele o humano não teria aparecido”¹³⁸.

O ser humano demonstra, em suas atitudes, a vontade e a preocupação de cuidar de seus familiares. Os pais, por meio da educação, da proteção, do afeto, do respeito, da promoção da dignidade de seus filhos, estão pondo em prática a forma mais pura de cuidado, o qual é demonstrado de maneiras diferentes pelo pai (homem) e pela mãe (mulher). Na mulher, o cuidado é uma atitude de solicitude, preocupação, afeição e amor. “Trata-se de um gesto amoroso para com o outro. É a mão estendida buscando outra mão ou a mão que se abre para a carícia essencial”¹³⁹. Já no homem, o mesmo cuidado tem um significado distinto, representando a “preocupação e inquietação pelo outro, pois quem cuida se sente envolvido afetivamente com ele e carrega responsabilidade por ele”¹⁴⁰.

É fato a diferença de pensamentos e vontades dos seres humanos, o que se torna ainda mais peculiar quando se trata de sexos opostos. Todavia, a despeito das diferenças, o que se deve levar em conta é o fim a que se destina tal cuidado: a promoção do bem-estar de seus familiares.

Ainda em relação ao afeto, no âmbito pessoal,

¹³⁶ BOFF, Leonardo. Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares?. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 07.

¹³⁷ ARANHA, Adriana Antunes Maciel et al. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA; OLIVEIRA, *O cuidado como valor jurídico*, p. 124.

¹³⁸ BOFF, op. cit., p. 07.

¹³⁹ Ibidem, p. 07.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 07.

[...] parte de uma constatação válida para todos os seres: todos buscam seu bem porque neles age uma energia interna que sempre procura sua plena expressão e realização que é exatamente o bem buscado. O ser humano, animal racional, da mesma forma busca o seu bem. Para consegui-lo precisa equacionar um conflito de base, entre afetos (o reino do Pathos e do Eros) e a razão (reino do Logos e do Ethos)¹⁴¹.

Porém, sabe-se que “a razão é a rainha e tem por tarefa disciplinar afetos. Mas não de qualquer jeito. O controle não pode ser demais, senão eles se rebelam, nem de menos senão eles predominam. Deve ser feito na justa medida que é o ótimo relativo”¹⁴².

Tal controle deve existir para que não haja excessos, o cuidado deve ser na medida, nem abundante, nem precário. Afinal, quando há cuidado demasiado, corre-se o risco de criar adultos inseguros, ansiosos; de outra parte, quando o cuidado é escasso, também existe um risco de se promover nos filhos a libertinagem, a falta de limites, a dificuldade de ouvir não. Entretanto, quando o cuidado é distribuído em medidas certas, ao longo do desenvolvimento da criança, constata-se um desenvolvimento saudável.

O cuidado, com o passar dos anos, realça-se não só na relação dos pais para com os filhos, mas na outra mão de igual forma. Assim, “formalizando uma ética do cuidado diríamos: há um dado de base que é a inclinação natural de cuidar e o desejo de ser cuidado”¹⁴³.

Assim, entende-se que a inserção do cuidado no seio familiar é ato de suma importância. Porque “cuidar é mais que um ato; é uma atitude. Portanto, abrange mais que um momento de atenção, de zelo e de desvelo. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro”¹⁴⁴.

O cuidado recíproco deve ser tido como um sentimento de grande valor, tanto no sujeito que decide cuidar, quanto no que aceita ser cuidado, assumindo de maneira consciente o “propósito da vontade de querer cuidar e que aceita ser cuidado. Isto implica um empenho de criar e manter as condições [...] do cuidado, para que seja predominante, possa se desenvolver e florescer”¹⁴⁵.

¹⁴¹ BOFF, *Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares?*, p. 03.

¹⁴² *Ibidem*, p. 07.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 07.

¹⁴⁴ BOFF, L. *Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*. 8 ed. São Paulo: Vozes, 1999, p. 33.

¹⁴⁵ BOFF, *Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares?*, p. 09.

Tal fato, além de ser uma constante preocupação da família, passa a tomar moldes na esfera jurídica, quando há

a criação e incorporação da doutrina da *proteção integral* e do *melhor interesse da criança* pelo sistema brasileiro através da ratificação da Convenção Internacional sobre o Direito da Criança (Decreto-Lei nº 99.710/1990) e através da própria Constituição Federal (art. 227) [...] ¹⁴⁶.

Ainda, a solidariedade e o cuidado com o outro ganham expressão jurídica, por exemplo, na superação do critério que fixava a filiação legítima. O que antes ocupava um lugar de não receber direito mereceu cuidado, inserindo-o na condição de filho. Houve, ademais, a superação da hierarquia entre marido e mulher. De igual modo, também se pode mencionar o princípio do melhor interesse da criança, no qual se corroboraram a preocupação e o cuidado com a pessoa em peculiar condição de desenvolvimento ¹⁴⁷.

Fatos antes discriminados passam a receber maior atenção da sociedade e da família. Inicia-se a percepção de que conviver em um ambiente familiar, desfrutar de seu cuidado, de seu carinho, de sua preocupação, de seu apoio, em todos os momentos, é uma experiência única para a formação do ser humano, e que a falta de tal convivência implicará sérios traumas mais adiante.

Porém, nem sempre a família, que deveria ser a base sólida e formadora de uma sociedade, desempenha sua função de maneira exemplar. Muitas vezes, por falta de amor, de comprometimento, elas deixam a desejar, e cabe ao Estado intervir para garantir o direito desses sujeitos em formação, porque “quando a adversidade se instaura é que se denota a necessidade de tutela pública em prol do princípio da prevalência da família, protegendo e, em alguns casos, substituindo o dever ético entre seus membros” ¹⁴⁸.

Surgem, também, na adversidade, as mais variadas formas de família, todas elas fundadas na socioafetividade, merecedoras de proteções jurídicas:

¹⁴⁶ TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA; OLIVEIRA, *O cuidado como valor jurídico*, p. 357.

¹⁴⁷ ARANHA et al., *O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar*, p. 128.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 128.

muitas vezes encontram-se excluídas ou mesmo dificultadas aos filhos e pais socioafetivos, as famílias simultâneas, solidárias e recompostas bem como as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Por tal motivo, o Direito de Família contemporâneo pugna por uma concepção de família não excludente, a qual reconheça a alteridade da “vida como ela é”. Assim sendo, é relevante observar que o sistema jurídico deve efetivar a tutela a criança e adolescentes, reconhecendo e contemplando espaços familiares mais amplos do que aqueles expressamente previstos no texto legal¹⁴⁹, já que *cuidar* é mais relevante do que conceituar juridicamente relações abstratas¹⁵⁰.

Independentemente de sua formação, a família merece receber e compreender o papel que o cuidado desempenha, tendo valor importantíssimo para o seu desenvolvimento. Tal fato merece atenção especial do direito, que é amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos princípios norteadores do direito de família, que reconheceram a proteção da família no seu conceito amplo. Salienta-se que a solidificação do cuidado com crianças e adolescentes deve ser tomado como valor jurídico, “diante da percepção de que o cuidado não se restringe apenas às questões relativas a moradia, alimentação, saúde, dentre outras de subsistência básica”¹⁵¹.

Ainda, o que deve ser entendido pela família é a sua própria função de cuidadora, garantindo as suas crianças e adolescentes condições dignas de desenvolvimento físico e emocional, permitindo-lhes, de igual modo, o sentimento de fazer parte de uma família, em cujo seio possam vivenciar o afeto, o respeito, a confiança, a cumplicidade, o amor, de forma a desenvolver condições de estabilidade emocional¹⁵².

Nessa perspectiva, deve permanecer nas crianças o entendimento de que fazem parte de uma família, e, principalmente, de que desempenham papel importante dentro dela, compreendendo, além do mais, que são sujeitos fundamentais na consolidação e na fortificação de laços entre seus membros e desses com a sociedade. Enfim, é importante que elas entendam a “dimensão da sua parcela de responsabilidade e necessária contribuição para benefício comum, ampliando-se esse sentido para sua conexão com a sociedade como um todo”¹⁵³.

Ainda, necessita-se observar que

¹⁴⁹ Nos termos do artigo 226 da Constituição Federal da República do Brasil. BRASIL, Constituição Federal, 1988.

¹⁵⁰ ARANHA et al., *O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar*, p. 133.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 138.

¹⁵² *Ibidem*, p. 138.

não deve ser negligenciada a importância dos reflexos positivos decorrentes de ser parte integrante de uma família. Nesse sentido, a entidade familiar, concebida como agente possibilitador de estabilidade e cuidado emocional, independentemente de ser organizada no modelo tradicional, na concepção alargada, ou sob forma de entidades de acolhimento, é destinatária de prevalência para cuidar de suas crianças, adolescentes e idosos, colocando-os sob a proteção de perigo de dano eventual ou eminente¹⁵⁴.

Diante disso, o que resta evidente é o dever não só da família, mas também do Estado em garantir o desenvolvimento salutar de crianças e adolescentes em ambientes que lhes promovam a dignidade, que lhes proporcione o afeto, a convivência familiar, o respeito, a saúde.

Quando um adulto se compromete com o cuidado de uma criança, está assumindo a responsabilidade de zelar por sua alimentação, higiene, sono. Tais cuidados referem-se à satisfação das necessidades autoconservativas de um corpo biológico que abrigará uma vida psíquica. Quando, então, se pensa o vínculo socioafetivo como o melhor para a criança, entende-se que o adulto, motivado pelo desejo por esse filho e direcionando sua afetividade a ele, ao atender as demandas de ordem orgânica, estará fazendo um movimento muito maior do que possa parecer: o adulto inaugura o aparelho psíquico desse sujeito em vias de constituição, provocando nele sentimentos e vivências desconhecidas até então e, ao mesmo tempo, organiza e dá sentido a esses elementos. Entende-se que essas primeiras marcas são determinantes da estrutura do sujeito, que, tendo a família como o primeiro grupo com o qual convive, ensaia com ela a sua futura vida em sociedade¹⁵⁵.

Para finalizar, retoma-se a analogia feita entre a casa e a constituição do ser humano, porém, sendo aquela agora comparada à instituição familiar. Inicialmente, foi necessário derrubar as paredes do preconceito, onde havia espaço somente para os laços consanguíneos e o não reconhecimento do afeto. Uma vez feito esse movimento, novos alicerces se edificaram sobre o entulho do antigo conceito de família, possibilitando a construção de uma casa fundada essencialmente no afeto, na promoção da dignidade dos indivíduos, no respeito mútuo, no melhor interesse do menor, princípios que vieram para ornamentar essa nova visão da família.

¹⁵³ ARANHA et al., *O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar*, p. 138.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 138.

¹⁵⁵ BLEICHMAR, Silvia. *A fundação do inconsciente: destinos de pulsão, destinos do sujeito*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994, p. 31.

CONCLUSÃO

O presente trabalho destinou-se a pesquisar a importância do vínculo socioafetivo nas formações dos núcleos familiares. Além disso, pretendeu analisar a importância do afeto para o desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes, sujeitos em formação. Visando a analisar o verdadeiro papel e a importância que esse elemento exerce nas famílias brasileiras, conferindo-lhe ênfase, explicou-se, por meio de sua evolução histórica até os dias atuais, a forma como nelas foi sendo introduzido.

Inicialmente, percebeu-se que o conceito de família, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, era de uma estrutura patrimonializada, hierarquizada, machista e sem espaço para o amor, tendo seu enfoque baseado em uma visão do mundo em que a religião era o grande eixo de tudo. Naquele tempo, os casamentos aconteciam por interesse das famílias (não por amor dos cônjuges), e a mulher era submissa às vontades do marido, um ser superior e único detentor de vontade, sabedoria e poder. Aos filhos, reservava-se o lugar de “proletariados do futuro”, ou seja, mão de obra barata, o que explica o motivo da existência de famílias tão numerosas. Além disso, não havia maiores preocupações e cuidados com a higiene, a saúde, a alimentação desses seres desprotegidos, desejando-se apenas que crescessem para ajudar no sustento das famílias. Assim, as crianças eram largadas à própria sorte.

Verifica-se que, através dos tempos, a família, assim como o direito, sofreu grandes influências das evoluções sociais. A Constituição Federal de 1988, que se mostrou preocupada com o ser humano, preservadora de sua dignidade, protetora da família e das diferenças, voltou seu olhar mais afetuoso ao sujeito formador de tal entidade, inaugurando a valorização da vontade individual das pessoas. Anos mais tarde, com a promulgação do Código Civil de 2002, a vontade concedida pela Constituição foi ratificada e fortalecida, oferecendo um novo parâmetro às famílias brasileiras. Iniciou-se, embora lentamente, a inserção do afeto no seio familiar.

Nesse contexto, mostrou-se sobremaneira importante analisar os princípios norteadores do direito de família. Dentre outros, foram abordados, neste trabalho, os princípios da dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da pluralidade de formas de família, o princípio da afetividade e o

princípio da igualdade e o respeito às diferenças. Esse recorte se justifica porque tais normas se mostraram as mais relevantes quanto ao objeto desta investigação. Verificou-se que, seja nas relações familiares, seja nas relações de ordem social, o princípio que prepondera sobre todos os demais é o da dignidade da pessoa humana. Afinal, evidencia-se que não há família e não há relações familiares e sociais, sem que a dignidade dos sujeitos que as compõem seja preservada. Da mesma maneira, compreende-se que o valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a sua dignidade.

Com base nessa premissa, o estudo acerca das relações familiares não poderia prescindir do seu maior enfoque: a criança, ser em desenvolvimento. Atentando para as suas necessidades, o direito a protegeu e garantiu-lhe o direito à convivência familiar sadia e afetuosa, por entender que é na família que as bases sólidas de um adulto saudável começam a ser edificadas desde a mais tenra idade. Logo, percebe-se que essa convivência merece ser exercitada pelos membros da família, a fim de garantir uma estruturação salutar e um desenvolvimento satisfatório à criança, ser que ainda não alcançou a maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho.

Porém, somente a convivência não basta, sendo necessário que tal convívio seja ancorado no afeto, no amor, para que surtam os efeitos desejados, daí a importância do princípio da afetividade. Salienta-se, também, a necessidade de que o exercício da parentalidade ocorra de forma efetiva. O amor que dedicam os pais aos filhos precisa estar acompanhado pelo cumprimento das funções materna e paterna, as quais pressupõem, além do carinho e da ternura, que os adultos possam suprir as demandas desses menores, sujeitos em fase de constituição de sua personalidade.

A manutenção desses vínculos, pelas vias da convivência, está muito mais centrada na afetividade entre o casal e seus filhos, ou entre pais e filhos, ou, ainda, avós e netos, evidenciando a pluralidade de tipos de famílias nos dias atuais, que, independentemente da sua configuração, buscam a felicidade. Constata-se, por meio de tais princípios, que a família deve ser um núcleo de companheirismo e de respeito, preservando a individualidade e a dignidade de seus membros, pelo afeto.

Este estudo defende que a afetividade é o melhor para a criança. Ao abordar tal ponto, fez-se um comparativo com a construção de uma casa, verificando-se que são necessários para a sua edificação um projeto, material de boa qualidade, pessoas qualificadas que trabalhem nela. Na formação do ser humano, contudo, não há um projeto pronto a ser seguido,

o resultado será a soma das atitudes, positivas ou negativas, da quantidade de amor, respeito e cuidado que lhe foram dispensados ao longo de seu desenvolvimento.

Verifica-se, dessa forma, que tais gestos possuem grande relevância na formação de uma criança e que, ao lado dos vínculos sanguíneos nas relações familiares, o critério socioafetivo começou a ganhar espaço nas famílias brasileiras. Assim, as mais variadas configurações de família passam a ter valor e o vínculo socioafetivo passa a ser adotado como uma nova modalidade de filiação, em que os filhos são chamados de “filhos do coração”.

O estudo demonstrou que a afetividade influencia não somente na concepção e na gestação dos filhos, mas se torna critério fundamental nas demais formas de filiação. Evidencia-se que o amor e a vontade de ter filhos que não puderam ser gerados se sobressaem aos vínculos sanguíneos, iniciando uma nova forma de família que tem seus alicerces edificadas na afetividade, independentemente do fator biológico.

Denota-se que, embora essas novas formas de famílias venham se constituindo ao longo dos tempos, não deixaram de ter importância os papéis desempenhados pelos pais e pelas mães. Tratam-se de funções de extrema importância para o desenvolvimento dos menores, que não precisam ser exercidas, necessariamente, pelos seus progenitores; trata-se de algo tão puro, belo e cheio de magia que se torna difícil conceituar; é algo que deixa profundas marcas que acompanham o sujeito por toda a sua vida. Enfim, tal papel, aliado ao cuidado – que transcende aos deveres básicos de alimentação, higiene e educação, abrangendo dedicação e amor ao novo ser em desenvolvimento –, é fundamental na estruturação dos menores.

Constata-se que o ser humano demonstra, por meio de suas atitudes, a vontade e a preocupação de cuidar de seus familiares. Os pais, pelas vias da educação, da proteção, do afeto, do respeito, da promoção da dignidade de seus filhos, estão pondo em prática a forma mais pura de cuidado.

Justifica-se este trabalho pela percepção de que o direito, assim como a sociedade, sofre grandes influências da era moderna. Relacionado a isso, constata-se que, quando há uma preocupação com os membros de uma sociedade, quem merece um primeiro olhar é a família, justamente por ser a formadora daquela. Pelo fato de a família representar o posto de pilar sustentador da sociedade, percebeu-se a necessidade de entender os seus anseios, as suas falhas, os seus medos, e entendeu-se que o afeto desempenha uma função primordial na estruturação dessa entidade e, principalmente, da criança.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adriana Antunes Maciel et al. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARISTÓTELES. Citador. Disponível em: <<http://www.citador.pt/buzz/devemos-tratar-igualmente-os-iguais-e-desigualmente-os-desiguais-na-medida-de-154286927988248>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2002. p. 329-351.

BARBOSA, Águida Arruda et al. *Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROS, Fernanda Otoni. Convivência familiar: “Ali se” visita os pais... Nem sempre tão maravilhosos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFam, v. 1, p. 44-51, abr./maio/jun.1999.

BLEICHMAR, Silvia. *Violencia social, violencia escolar: de la puesta de limites a la construcción de lagalidades*. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico, 2008.

_____. *A fundação do inconsciente: destinos de pulsão, destinos do sujeito*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse do estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOFF, Leonardo L. *Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*. 8 ed. São Paulo: Vozes, 1999.

_____. Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares?. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 05 ago. 2011.

_____, *Constituição Republicana de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 jul. 2011.

_____, *Declaração Universal dos Direitos da Criança*, 1954. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/datas/criancas/direitosdacrianca.shtml>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____, *Constituição, 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

_____, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Publicada no Diário Oficial da União, de 16 de julho de 1990, e retificado em 27 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

_____, *Código Civil*, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

CANFIELD, Jack; HANSEN, Mark Victor. *O que significa ser adotado: histórias para aquecer o coração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.

CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. *Revista IOB de Direito de Família*, 1999.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. A ética na jurisdição de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Prefácio. In: ALMEIDA, Maria Christina. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FERREIRA, Breezy Mayzato Vizeu; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. *O papel do afeto na formação das famílias recompostas no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004.

GIDDENS, A. *Sociologia*. 4. ed. Porto Alegre: ArtMed, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980. v. 1.

KUPFER, Maria Cristina. Pais: melhor não tê-los?. ROSEMBERG, Ana Maria Sigal de. *O lugar dos pais na psicanálise de crianças*. São Paulo: Escuta, 2002.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Identidades familiares consitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2002. p. 329-351.

_____. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFam, v. 6, n. 24, jun./jul., 2004.

_____. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e estruturas familiares*. IBDFam. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LUFT, Lya. *Perdas e ganhos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

MARTINHO, Helena. *Infância em família: um compromisso de todos*. Portal do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id137.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PAULO, Beatrice Marinho. Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: Magister; IBDFam, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: XXVI CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. Justiça: realidade e utopia. Brasília. *Anais...* Brasília: OAB, Conselho Federal, v. I, 2000, p. 72.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. Coleção “Prof. Agostinho Alvim”. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. 9. ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2009.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SANTOS, Themis Aline Calcavecchia dos. Princípio da igualdade – relações de gênero. In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SOUZA, Patrícia Verônica N. Carvalho Sobral de. Transformações familiares: aspectos da paternidade socioafetiva, *Evocati Revista*, n. 46, out. 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=364>. Acesso em: 18 out. 2011.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Multiculturalismo*. 2006. Disponível em: <http://www.foro-latino.org/info_flape/mail10_18-09-06.htm>. Acesso em: 22 jul. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, vol. 271, jul./set. 1980.

_____. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WELTER, Pedro Belmiro. *Teoria tridimensional do direito de família*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.