

FAMÍLIAS CONTEMPORANEAS: SOCIOAFETIVIDADE COMO FATOR DE FORMAÇÃO DA FAMÍLIA E A TEORIA DO CUIDADO

CONTEMPORARY FAMILIES: SOCIOAFETIVIDADE AS FAMILY TRAINING FACTOR AND THE THEORY OF CAUTION

Gabriela Quinhones de Souza¹

Mestre em Direito

Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra
Mansa (SOBEU/UBM) - Barra Mansa (RJ) - Brasil

RESUMO: O presente artigo aborda aspectos do direito de família, em especial a socioafetividade. O afeto, segundo a visão constitucional da formação da família é o principal motivo da reunião das pessoas, independentemente de laços de sanguíneos. Assim, diversas modalidades de família vêm surgindo ao longo da história com base no afeto que ligam as pessoas. A Teoria do Cuidado se aplica diretamente as relações familiares, sejam elas criadas por vínculo de sangue ou por laços de socioafetividade, já que cuidado significa zelo, proteção. Logo, o cuidado que deve existir nas relações familiares biológicas se mostra muito maior e com aspecto humanizado muito mais acentuado quando a família é formada simplesmente por laços de afeto. O presente trabalho longe de esgotar o tema, traz, apenas, uma concepção da afetividade no direito de família, conjugando a afetividade a teoria do cuidado como fator e proteção integral da criança e do adolescente.

Palavras-Chave: Família Moderna. Afetividade. Teoria do Cuidado.

ABSTRACT: This article discusses aspects of family law, especially socioafetividade. The affection, according to the constitutional vision of family formation is the

¹Graduada, Especialista em Processo Civil e Mestre em Direito. Coordenadora da Graduação do Curso de Direito do SOBEU/UBM. Professora da Graduação e Pós graduação da Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas dimensões. Advogada. E-mail: gabrielaquinhones@uol.com.br.

main reason for meeting people, regardless of blood ties. Thus, various forms of family are emerging throughout history based on affection that bind people. The Theory care directly applies family relationships, whether created by blood bond or socioafetividade ties, since care means zeal protection. Therefore, the care that must exist in the biological family relationships shown much larger and more prominent humane aspect when the family is simply formed by bonds of affection. This work not exhaust the subject, brings only a conception of affection in family law, combining the theory of affective care as a factor and full protection for children and adolescents.

Keywords: Modern Family. Affectivity. Nursing Theory.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado durante o curso de mestrado na cadeira de direitos fundamentais - criança e adolescente. O estudo do direito das crianças e do adolescente é de suma importância no direito pátrio, uma vez que é necessário garantir o direito a futura geração e permitir que cresçam em um ambiente saudável. Nesta seara a doutrina e a jurisprudência vêm afirmando que a criança e o adolescente precisam da família para a formação de seu caráter, posto que a família ainda é considerada a base da sociedade.

No direito Brasileiro a proteção da dignidade da pessoa humana surge coma promulgação da Constituição de 1988, que inseriu tal preceito na ordem de fundamento da República.

Pela dignidade da pessoa humana vê-se a valorização do homem como pessoa, em que o referido principio galga o posto de axioma maior da Constituição Federal fazendo com que todos os demais princípios e normas o observem inclusive na proteção dos direitos, em especial no plano material da proteção.

Será abordado neste trabalho o aspecto da dignidade da pessoa humana como principio formador da família e direito fundamental da criança e do adolescente, tudo sob o aspecto da afetividade, felicidade e cuidado, princípios estes que são derivados da própria dignidade da pessoa humana.

Assim, o objetivo deste trabalho é o estudo das novas formas de família, com análise da afetividade e da teoria do cuidado para a sua formação.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CATEGORIA JURÍDICA “ENTIDADE FAMILIAR”

Segundo o dicionário, entidade familiar é “grupo de pessoas que têm parentesco entre si, principalmente pai, mãe e filhos”, ou seja, “grupo de pessoas que possuem os mesmos antepassados, descendência, linhagem”. Como se pode observar a entidade família em uma visão não jurídica ainda é formada por pessoas consanguíneas.

Inicialmente a entidade familiar é considerada como o agrupamento de pessoas ligadas por um vínculo biológico, natural, sendo considerada como estrutura básica social para o início da modelagem do caráter e potencialidades de uma pessoa.

Assim, a formação da entidade familiar estava ligada diretamente a presença de pai, mãe e prole, até porque antigamente a principal finalidade do casamento era a procriação e a formação de patrimônio, em que o homem detinha o poder de gerenciar a vida de todos os demais membros do núcleo familiar através do chamado Pátrio Poder.

Com o passar dos anos e com a evolução social a mulher passou a ter outra posição na sociedade, principalmente com o Estatuto da mulher casada (Lei 4121/62), permitindo que a mulher passasse a ter participação nas decisões familiares, dando o primeiro passo para a igualdade entre homens e mulheres.

Nos idos dos anos 70, ou melhor, com a lei do divórcio, uma nova forma de família passou a ser admitida, qual seja a família monoparental, em geral aquela formada pela mãe divorciada ou separada e prole.

Com a constituição Federal de 1988, passa-se a ter uma proteção constitucional mais efetiva com relação a entidade familiar, posto que o artigo 226 da CF, regula os direitos e proteção da família como instituição essencial a formação das pessoas que compõem a sociedade.

Assim, a Constituição Federal prima pela igualdade entre marido e mulher, paternidade e maternidade responsável, dignidade da pessoa e planejamento familiar, como princípios que norteiam a formação familiar.

Desta forma, passa-se a ter uma nova visão da instituição da entidade familiar, a dando-se uma visão constitucional ao direito privado, sendo necessário se observar os princípios acima elencados desde a CF/88, quando ainda vigente o CC/16.

2. PARÂMETROS NA BUSCA DO CONCEITO DE “ENTIDADE FAMILIAR”

A visão da família passou por uma profunda transformação, haja vista que a ligação entre as pessoas não se dá apenas em razão de vínculo biológico, mas também por vínculo de afetividade - sentimento de bem-estar que liga as pessoas e forma círculos.

Alguns chegam a afirmar existir a crise da família, porém não é crível tal argumento. O que ocorre são mudanças sociais que imprimem a família uma nova feição, mas que não está livre de resistência dos mais conservadores. A guisa de exemplo, a família não-fundada em casamento, merece tanta proteção quanto a originada no vínculo matrimonial, posto que é tão importante quanto esta para o desenvolvimento das pessoas que dela fazem parte.

Assim, a visão moderna de entidade familiar é uma “estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relação na polis” (PEREIRA apud FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 6).

A entidade família é, sem dúvida, um fenômeno humano em que se funda sociedade, sendo necessário fazer a sua compreensão de forma interdisciplinar, quais sejam biológica, espiritual e social para sua compreensão global.

os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. (FARIAS, 2012, p. 4)

Diante desta nova concepção, a entidade família deixa de ser compreendida como um núcleo econômico e reprodutivo, mas como meio de proteção da dignidade da pessoa humana, avançando-se para uma compreensão sócio-afetiva da família (unidade de afeto e entre-ajuda).

... a relação jurídica de família, na contemporaneidade, é marcada fundamentalmente, por alguns caracteres, sendo, a um só tempo, reflexiva, prospectiva, discursiva e relativa. Reflexiva porque decorre da abertura do campo jurídico

aos novos valores e fatos sociais, tais como liberalização dos costumes, a flexibilização da moralidade sexual, a equiparação social de homens e mulheres, a perda gradativa da influencia religiosa na organização familiar, Prospectiva na medida em que reclama interpretações que projetam uma ordem jurídica para além do presente, apta a compreender e regular temas inafastáveis, a exemplo do debate acerca da aceitabilidade das uniões homoafetivas. Discursiva, por seu turno, pois pode ser representada pela imposição do uso competente da linguagem, a fim de que o sentido do signo família possa agregar novas acepções e significados que definem a entidade familiar como espaço voltado para o desenvolvimento espiritual e físico do ser humano, bem como para a convivência marcada pelo amor. E, finalmente, relativa por recusar dogmas absolutos e inquestionáveis, que, durante muito tempo, obstaculizaram o arejamento das instituições familiares a novas estimativas e concepções de mundo, tais como a crença religiosa na indissolubilidade do vínculo matrimonial. (SOARES apud FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 8)

A partir de tal concepção pode-se dizer, segundo o professor Fachin (2005, p. 75), que a dignidade da pessoa humana é observada em três aspectos, quais sejam a) exercício da atividade econômica pelos particulares, b) princípio essencial da família e c) direito fundamental da criança e do adolescente.

2.1 AS ESPÉCIES DE ENTIDADES FAMILIARES JURIDICAMENTE RECONHECIDAS NA ERA CONTEMPORÂNEA²

a) Família Monoparental

Possui previsão constitucional no artigo 226, § 4º da CF, uma vez que existe a previsão de família composta por ascendente e descendente. É o reconhecimento de um fato social relevante, que permite a admissão deste tipo de agrupamento como uma entidade familiar.

São pessoas sozinhas (viúvos, solteiros, descasados) e sua prole, sem a presença de parceiro afetivo.

²Este item foi extraído do sumário de duas obras do autor FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole Constitucional da personalidade no Código Civil Brasileiro. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 8, n. 31, 2005 e Família, direitos de uma nova cidadania. <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/Familia.pdf> Acesso em 25 jan. 2015.

Haverá a homoparentalidade quando os membros da família monoparental forem do mesmo sexo, já que família não tem caráter de heterossexualidade.

Decorre da monoparentalidade a também chamada família anaparental - que a entidade familiar formada pelos irmãos, caracterizando-se pela falta de ancestralidade.

b) Família Reconstituída ou Recompоста

É a entidade familiar que surge de um agrupamento em que seus pares compunham outro núcleo familiar. Segundo recentes publicações em revistas de divulgação este tipo de família vem sendo “apelidada” de família mosaico.

Exemplo desta espécie de família é a pessoa divorciada que passa a viver em união estável com outra que já tem um filho do primeiro relacionamento, e todos passam a conviver podendo ser concebido filho desta nova união.

c) Família Gerada Artificialmente

É a entidade familiar que é formada por meio geneticamente manipulado como a produção independente, fertilização in vitro.

D) Família Homoafetiva

É a entidade familiar baseada na afetividade entre duas pessoas do mesmo sexo. É uma das mais polêmicas formas de família. Os mais conservadores e aqueles arraigados de religiosidade excessiva não admitem tal modalidade de família e chegam a classificá-la como pecaminosa.

É importante destacar que relatos históricos descrevem a formação da sociedade com iniciação sexual homossexual, haja vista na Roma e Grécia Antiga, em que apenas os homens sabiam apreciar o que era belo - outro homem - além de significar poder a subjugação de outro homem, posto que apenas estes eram detentores do conhecimento.

A partir do cristianismo é que a sociedade passou a ter ares heterossexuais e segundo a Bíblia a família é formada por um homem e uma mulher, desde a criação do mundo com a presença de Adão e Eva nos Jardins do Édem (Paraíso), nos termos relatados do livro de Genesis.

Como a família era considerada ligação, agrupamento de pessoas formadas pelos pais e prole ou entre pessoas de sexo distintos é que a sociedade vem relutando em considerar as uniões homossexuais como uma forma de família.

Conforme descrito no item anterior, a afetividade passou a ser o cerne da formação da família. Logo, o primeiro fundamento para se justificar a entidade familiar homoafetiva é o afeto, depois dignidade da pessoa humana e atualmente fala-se em felicidade (ressaltando que tramita PEC no Congresso nacional para inserir a felicidade no artigo 6º da CF para se tornar um direito social e, portanto, fundamental). Daí que a professora Maria Berenice Dias (2000, p. 58), denominou a união entre pessoas do mesmo sexo de homoafetividade, ou seja, pessoas do mesmo sexo ligadas pelo vínculo do afeto.

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e em outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois - é Platão quem o diz -, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante” (Trecho do Voto do Min. Ayres Britto na ADI 42777)

Na realidade, todos estes fundamentos justificam a tese da desnaturalização da família, assumindo o parentesco como um laço social, desatrelado do biológico.

Longe de ser um tema pacífico, por conta de todos os valores sociais, morais e religiosos que envolvem esta modalidade de entidade familiar, os tribunais têm discutido a sua aceitação, como no caso do TSE que declarou a inelegibilidade eleitoral (Rec. Esp. Eleitoral 24564/PA), baseada em companheirismo entre pessoas do mesmo sexo.

É pacífica a jurisprudência do STJ sobre a obrigatoriedade do INSS efetuar o pagamento de pensão por morte para companheiro do mesmo sexo, bem como para determinar aos planos de saúde que insiram o companheiro do mesmo sexo como dependente. Vale frisar que a norma que regulamenta o Imposto de Renda permite a declaração de companheiro do mesmo sexo como dependente.

Da mesma forma a Lei Maria da Penha, que faz previsão de proteção contra a violência doméstica em relações afetivas e familiares entre pessoas do mesmo sexo.

O STJ julgando recurso especial entendeu por bem anular decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que extinguiu o processo sem julgamento

de mérito baseada na impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Pelo aresto do Tribunal Superior não existe a impossibilidade jurídica, posto que o artigo 226 da CF traga o princípio da pluralidade familiar, não havendo nenhuma proibição expressa quanto ao pedido formulado pela parte. Contudo, também entendeu recentemente que a questão da relação homoafetiva não deve ser discutida no âmbito familiar, mas dentro do âmbito do direito obrigacional.

Segundo a doutrina mais moderna, discutir a relação homoafetiva no âmbito das relações obrigacionais ofende o artigo 1º, III da CF e, ainda, o artigo 5º da CF, por trazer discriminação em razão da orientação sexual. Se o afeto, hoje, é considerado como o principal fundamento da formação da família contemporânea, e na relação homoafetiva existe a relação da afetividade, ternura, carinho, companheirismo e a intenção pública de formação de família, em tese, não é possível afastar o tema da discussão do âmbito do direito de família e também não pode o Estado deixar de dar a proteção a esta forma de entidade familiar, sob pena de ofensa ao artigo 226 da CF (DIAS, 2006, p. 23-26).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal em decisão histórica reconheceu a existência de família formada da união de pessoas do mesmo sexo. Segundo o Min. Ayres Britto, a Constituição Federal não proíbe expressamente a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo e onde a Constituinte não restringiu não cabe ao legislador infraconstitucional ou seu interprete fazê-lo. Ademais, o STF reconheceu que a afetividade é atualmente o elo de formação da família.

Ademais, o não reconhecimento desta espécie de família seria o mesmo que deixar uma grande parcela da sociedade desprotegida e sendo objeto de preconceito, o que não pode ocorrer no ordenamento jurídico.

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide.

(...)

E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”).** Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. *Espécie de locomotiva social* ou *cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender”. (trecho do voto do Min. Ayres Britto na ADI 42777) - grifou-se.

Como é possível notar o STF não faz distinção entre entidade familiar e família, ou melhor, as equipara, no mesmo regramento, e não faz distinção entre tais formas seja entre heteroafetivos, seja entre homoafetivos. Pensar o contrário seria o mesmo que admitir o preconceito na Constituição Federal.

Vale frisar que embora o STJ tivesse admitido a discussão das relações homoafetivas em sede de direito obrigacional, a partir da decisão proferida pelo

STF e que a união homoafetiva é espécie de união estável, toda discussão acerca do tema deve ser feita da vara de família.

Por oportuno, importante informar que o STJ entendeu pela possibilidade da habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento. Tal entendimento está de acordo com a decisão do STJ, pois se a união homoafetiva é considerada união estável, cabe a sua conversão em casamento, bem como a facilitação do mesmo.

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento.

E) Família substitutiva

È aquela em que a criança ou adolescente é inserido em outro núcleo familiar que não o seu de origem, em razão de melhores condições de vida e proteção integral e melhor interesse, preceituados no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Vale lembrar que o ECA adota o conceito nuclear de família, qual seja, aquela organização formada por genitores e prole. Logo, a colocação da criança e do adolescente com outros membros, será considerada família substituta, ainda que exista vínculo biológico.

f) Família Eudemonista

Esta modalidade de família assim como a homoafetiva traz sua base na afetividade, pois não há que se falar em vínculo biológico.

Tal entidade familiar é aquela criada por duas ou mais pessoas que unem em busca da felicidade, como no caso das repúblicas universitárias, ou como ocorre no seriado intitulado “Alice” de um canal de televisão, em que uma moça vive com dois namorados ao mesmo tempo e de forma harmoniosa.

Esta modalidade de família também é chamada de família do Poliamor, ou seja, a expressão livre de amor a mais de uma pessoa que se unem e vivem de forma harmoniosa.

g) Família Paralela

O Estado brasileiro é essencialmente monogâmico, ou seja, admite-se apenas um único casamento por vez, sob pena de cometimento de adultério, que já foi considerado, inclusive, como crime e ainda é visto pelo Código Civil como desrespeito ao dever entre cônjuges. Tal forma de formação de família vem da influencia da religião do Estado Brasileiro, que durante muito tempo permitiu a imiscuidade entre Estado-Igreja.

Apenas com a laicidade do Estado, principalmente, pela Constituição federal de 1988 é que se passou a visualizar a pluralidade de família, dentre as quais a considerada paralela.

A família paralela sempre fez parte da nossa sociedade, embora não tenha sido reconhecida normativamente. Diz-se paralela a família formada por aquele que embora casado constitua família com terceira pessoa.

Por muito tempo tal modalidade de família permaneceu sem reconhecimento e sem qualquer tipo de proteção, já que formada em razão de adultério, o que acabou por negar direitos à pessoa que mantém vínculo de afetividade com outra casada, ainda que a família não seja formada nos padrões ou moldes socialmente aceitáveis.

Buscando resguardar a concepção de família afinada com o conceito de casamento, tanto a lei como a Justiça rejeitam efeitos às uniões paralelas, negando direito a quem se comporta fora dos padrão convencional. Porém, o simples fato de não estarem tais relacionamentos regulamentados não quer dizer que não existam. (DIAS, 2006, p. 96)

Vale frisar que atualmente a forma de organização da família vem se modificando e o Poder Judiciário vem atuando concretamente para resguardar direitos desta parcela que já é discriminada pela sociedade, garantindo aquele que mantém relação com outro casado o reconhecimento de família e garantindo direitos básicos como alimentos, moradia, propriedade etc.

Os filhos deste relacionamento paralelo em hipótese alguma podem vir a sofrer consequências por ser fruto de relação extraconjugal, em razão da proteção constituição que lhe dá o artigo 227 da CF.

3. A HIPÓTESE ANALISADA, NA QUALIDADE DE NOVA ENTIDADE FAMILIAR: FAMÍLIA SOCIOAFETIVA

Em razão da paternidade e maternidade responsável, assumiu-se a ideia de que os vínculos de afeto se sobrepõem aos biológicos, tanto que o novo código Civil faz referencia a Posse do Estado de Filho, qual seja aquele que não tem vínculo biológico, mas sente-se e é tratado como um filho e por tal razão teria direitos a uma filiação baseada na afetividade.

Para uma parcela da doutrina a afetividade não pode estar ligada a uma circunstancia de posse e domínio, mas sim a uma ideia de ternura, amor, felicidade mútua e convivência. Então, no caso acima seria uma hipótese de “estado de filho afetivo” e não de posse de estado de filho (PERLINGIERI; CICO, 2004, p. 45)

3.1 Cuidado e afetividade como valores jurídicos na Família Socioafetiva

Cuidado “representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro.” (BOFF, 2004, p. 33).

A preocupação com o outro significa a preocupação com a pessoa e desta forma torna mais relevante o principio da dignidade da pessoa humana e sendo a família, atualmente, uma instituição que possui função social e é formadora da personalidade e caráter dos seus membros, nada mais valioso do que a ideia de cuidado nas relações familiares. (TUPINAMBÁ, 2008, p. 70)

O afeto traz à baila a confiança existente entre os membros que compõem a família e permite a convivência em comum mais harmoniosa, solidária e, ainda, exalta a “competência em dar e receber amor.” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 80).

define-se, então, novo paradigma da família, qual seja o advento da família afetiva contemporânea, que contempla uma relação conjugal que não repousa mais na coerção da vontade dos pais, mas no consentimento de vontade de pais e filhos. O amor, a paixão, o afeto estão no cerne da instituição do casamento. (TUPINAMBÁ, 2008, p. 78)

A afetividade e o cuidado dão o contorno pluralista de família e também de

proteção constitucional. Assim, tem-se a afetividade como princípio do direito de família, como forma de proteção da dignidade da pessoa humana.

Diante deste novo paradigma, temos que a afetividade e o cuidado acabam por proteger a criança e o adolescente, nos termos do artigo 227 da CF.

E nesta esteira, temos a paternidade e a maternidade sócio afetiva, que viabiliza a proteção da criança e do adolescente e ainda leva a sua proteção integral. A paternidade biológica é aquela que decorre de laços de sangue e a sócio afetiva que decorre de laços de afeto, cuidado, que apresenta proteção jurídica nos termos do artigo 1593 do CC, posto que faz menção a outras formas de parentesco além do biológico.

A paternidade deriva do estado de filiação, independente de sua origem, se biológica ou afetiva. A ideia de paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos. Também em sede de filiação, prestigia-se o princípio da aparência. (DIAS, 2008, p. 333 e 334)

Assim, deve-se entender que as famílias passam por um processo de desbiologização, passando a adotar outros critérios para sua formação, sendo o afeto o principal deles. (SILVA, 2006, p.118).

A proteção da criança e do adolescente fica maior coma socioafetividade, haja vista que a preocupação (cuidado) entre aquele que não está ligado a critérios de sangue se maior de maior relevo e de sinceridade, contribuindo para uma melhor formação psicológica, moral e sociocultural a criança ou do adolescente (RODRIGUES, 2002, p. 287).

Nos dias atuais, a preocupação com a verdade socioafetiva se mostra mais importante do que a verdade real quanto a maternidade ou paternidade. A proteção integral da criança e do adolescente deve ser priorizada em relação aos aspectos sanguíneos, dando origem a um Poder Familiar de fato.

a paternidade socioafetiva é capaz de satisfazer o estado emocional e espiritual do filho, 'conectando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, da solidariedade', pois a autenticidade da paternidade 'reside antes no serviço e no amor que na procriação'. (SILVA, 2006, p. 135)

Ainda sob o aspecto da teoria do cuidado, temos a judiciliazação da expres-

são popular “pai é quem cria”, pois neste momento não há preocupação com a carga genética, mas sim com o zelo, ensinamento, precaução, sustento, em que a paternidade ou maternidade socioafetiva cria uma convivência pública e notória.

Vale frisar, contudo, que ainda que possa preponderar a verdade socioafetiva em relação a verdade biológica, tal circunstância não afasta a possibilidade da criança ou adolescente de buscar suas raízes biológicas, seja por motivo de doença, curiosidade ou mesmo para satisfação psicológica, já que a busca de suas origens constitui-se em direito fundamental (PEREIRA, 2002, p. 178).

Uma vez construída a relação socioafetiva e a criação da relação do poder Familiar de fato, todas as consequências jurídicas de paternidade surgem para esta relação, como o nome, sustento, guarda etc.

A proteção da relação socioafetiva em direito de família traz a proteção da dignidade da pessoa humana, valor máximo da Constituição Federal, ressaltando-se que a interpretação das regras do direito civil deve ser feita de acordo com os princípios constitucionais.

É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo social. (TEPEDINO, 2004, p. 372)

No âmbito da socioafetividade a proteção da dignidade da pessoa humana é meio de garantia da integridade psicofísica, em especial da criança e do adolescente, sem prejuízo da proteção dos demais aspectos da dignidade, tudo nos termos do artigo 227, caput da Carta Magna.

A proteção a dignidade da pessoa humana, através da socioafetividade é meio, instrumento de utilização da teoria do cuidado no âmbito familiar, pois aquele que voluntariamente assume a condição de pai ou mãe de fato, ou seja, de acordo com a verdade afetiva, visa cuidar, zelar, proteger a criança ou o adolescente (MONTEIRO, 2004, p. 204).

Neste sentido, traz-se a colação o aresto do Superior Tribunal de Justiça, identificado como RESP1106637, que adota a teoria do cuidado como valor jurídico nas relações familiares.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. ADOÇÃO. PEDIDO PREPARATÓRIO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR FORMULADO PELO PADRASTO EM FACE DO PAI BIOLÓGICO. LEGÍTIMO INTERESSE. FAMÍLIAS RECOMPOSTAS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

- O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança.

- O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar - 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735).

- O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados.

- Sob essa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define-se, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana” (apud Pereira, Tânia da Silva. Op. cit. p. 58).

- Com fundamento na paternidade responsável, “o poder familiar é instituído

no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores” e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição. Citando Laurent, “o poder do pai e da mãe não é outra coisa senão proteção e direção” (Principes de Droit Civil Français, 4/350), segundo as balizas do direito de cuidado a envolver a criança e o adolescente.

- Sob a tônica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto, todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do Estatuto protetivo, sem descurar que as hipóteses autorizadoras das destituição do poder familiar - que devem estar sobejamente comprovadas - são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c.c. art. 24 do ECA, em numerus clausus. Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna.

- O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.

- Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico - ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas -, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e, conseqüente, segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

- Por tudo isso - consideradas as peculiaridades do processo -, é que deve ser concedido ao padrasto - legitimado ativamente e detentor de interesse de agir

- o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar - pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida - em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169, do ECA.
- Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155, do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destituitório, em procedimento contraditório. Recurso especial não provido.

Como se pode notar o STJ aplica a teoria do cuidado como forma de justificar a sociafetividade nas relações familiares, pois a teoria do cuidado indica que a preocupação, zelo, ocupação na formação do caráter da criança e do adolescente são essenciais à sociedade, principalmente porque a socioafetividade é marcada pela livre manifestação de vontade de cuidar do próximo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação e a idéia de família sofreu diversas alterações durante a evolução da sociedade. O que antes era impossível, atualmente é aceitável, como o divórcio e a formação das famílias monoparentais.

Algumas espécies modernas e família ainda são objeto de preconceito, em especial de ordem moral e religiosa, porém o ordenamento jurídico não pode colocar-se em posição de não enfrentamento dessas novas questões, mas regulando as conseqüências jurídicas dessas novas modalidades de família, ainda que o legislador não o tenha feito.

Assim, o fez o STJ e o STF quando do reconhecimento da união homoafetiva como espécie de união estável e permitindo a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Todo embasamento teórico da aceitação jurídica desta nova família está ligado a Afetividade e a Teoria do Cuidado.

Dois princípios essenciais a formação da família e ainda a garantir a proteção integral da criança e do adolescente.

Afetividade é elo de união entre as pessoas, independentemente do aspecto biológico, que encampa a possibilidade da família socioafetiva, permitindo a criança e ao adolescente proteção integral em nome do amor, zelo, precaução, habitação etc.

Tal dimensão traz à baila a idéia da desbiologização da paternidade, ou seja, o convívio familiar com a possibilidade de se ter Póde Familiar de fato, em nome do afeto, princípio formador das famílias. É claro que o vínculo biológico pode coincidir com o vínculo afetivo, mas no entrave entre ambos, em nome da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente, é possível que em critério de ponderação a afetividade prepondere em relação aos laços biológicos. Tudo de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal.

Por fim, conclui-se que a afetividade está diretamente ligada a teoria do cuidado, pois com diz Saint-Exupéry “quem ama, cuida”. O cuidado como valor jurídico acima estudado indica que o zelo e a proteção, em especial a criança e aos adolescentes, deve estar presente em todas as relações, quicá a relação familiar que é voltada para o sentimento. Tudo aquilo que nos torna responsáveis merece atenção e esta é a idéia da teoria do cuidado, aplicável na formação da família socioafetiva.

REFERÊNCIAS

BOOF, Leonardo. **Saber cuidar: Ética do humano - compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **União Homossexual, o preconceito e a justiça**, Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A Ética na Jurisdição de Família**. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Volume 68. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole Constitucional da personalidade no Código Civil Brasileiro**. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 8, número 31. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 2005.

_____. **Família, direitos de uma nova cidadania.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/Familia.pdf>. Acesso em 25 jan. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Famílias.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JUS PODIVM, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. CICO, Maria Cristina de (trad). **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Delmalice Rocha e. **A Identificação da Filiação Socioafetiva como Verdade Real com a Desbiologização da Paternidade.** Revista de Direito da Defensoria Pública. Ano 19, nº 20. Rio de Janeiro, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito de Família.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUPINAMBÁ, Roberta. **O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Artigo recebido em: 26.11.2014

Revisado em: 15.12.2014

Aprovado em: 20.12.2014