

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito

Giulia Miranda Corcione

AFETO NA ACEPÇÃO JURÍDICA
DE VÍNCULO CONSTITUTIVO E DISTINTIVO DA RELAÇÃO FAMILIAR:
proposição teórica sobre os pedidos de indenização por abandono afetivo

Belo Horizonte

2020

Giulia Miranda Corcione

**AFETO NA ACEPÇÃO JURÍDICA
DE VÍNCULO CONSTITUTIVO E DISTINTIVO DA RELAÇÃO FAMILIAR:
proposição teórica sobre os pedidos de indenização por abandono afetivo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Área de concentração: Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C793a	<p>Corcione, Giulia Miranda</p> <p>Afeto na acepção jurídica de vínculo constitutivo e distintivo da relação familiar: proposição teórica sobre os pedidos de indenização por abandono afetivo / Giulia Miranda Corcione. Belo Horizonte, 2020.</p> <p>138 f.</p> <p>Orientador: Leonardo Macedo Poli</p> <p>Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Direito de família. 2. Afeto. 3. Crianças. 4. Adolescentes. 5. Relações familiares. 6. Abandono afetivo - Aspectos jurídicos. 7. Responsabilidade (Direito). 8. Dano (direito civil). 9. Indenização. 10. Jurisprudência. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>SIB PUC MINAS</p> <p>CDU: 347.6</p>
-------	--

Giulia Miranda Corcione

**AFETO NA ACEPÇÃO JURÍDICA
DE VÍNCULO CONSTITUTIVO E DISTINTIVO DA RELAÇÃO FAMILIAR:
proposição teórica sobre os pedidos de indenização por abandono afetivo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira – UFMG (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 31 de março de 2020.

*Ao Claudemir, meu pai, dono da escolha
que mudou a minha vida. Por todo o seu
amor e presença eu sempre serei grata.*

AGRADECIMENTOS

Ao Dr. Leonardo Macedo Poli, sem o qual este trabalho não teria se tornado possível. Agradeço pelas inúmeras oportunidades de aprendizado e crescimento profissional que tem me possibilitado. Grata pela confiança e generosidade com que tem conduzido os projetos que vimos compartilhando.

Aos meus amigos que pacientemente respeitaram minha ausência. A certeza da felicidade de, em breve, retomar o convívio, serviu como incentivo para enfrentar os desafios que se apresentavam.

Tia Maura, Daniel e minha avó Cipriana, eu agradeço por manterem a nossa relação inabalável diante de todas as adversidades. Vocês sempre se fizeram presentes e vibrantes na minha vida e na minha trajetória profissional. Por todo amor recíproco, obrigada.

A minha madrinha Luisella, por se fazer presente desta maneira na minha vida, simultaneamente, como “mãe-drinha”, amiga e confidente. A generosidade do seu amor permitiu o nosso autorreconhecimento como família.

Ao Fabrício, meu companheiro, pelo seu amor e amizade. Essa trajetória se tornou muito mais leve com sua presença e afeto diários. A vida ao seu lado tem me trazido cada vez mais motivos para ser feliz.

Agradeço a minha mãe, Cida, que sempre me ensinou que não existe nada mais valioso na vida do que os momentos ao lado de quem amamos. Grata por toda ternura do seu amor.

Dedico o resultado do meu trabalho ao Claudemir, meu pai, por quem eu sinto verdadeiramente a potência do amor e da admiração construídos pela escolha e pelo respeito.

RESUMO

Não está pacificado o significado de que se reveste a categoria afeto no âmbito do Direito. Divergem atualmente duas correntes que definem, de um lado, o afeto como sentimento e, de outro, como um dever de cuidado. As consequências teóricas e práticas desse dilema conceitual reclamam um posicionamento doutrinário. Partindo dos autores afiliados a cada uma dessas tendências e do *corpus* constituído pela jurisprudência, esta dissertação aborda duas situações principais, que poderiam se beneficiar de uma compreensão mais precisa e abrangente do afeto. Considera-se, primeiramente, o caso da indenização monetária arbitrada em desfavor de genitores que tenham praticado o chamado abandono afetivo; do mesmo modo, consideram-se situações peculiares derivadas do fato de que a Constituição deixa de recepcionar arranjos familiares divergentes do formato tradicional. Dessa discussão, emerge uma análise genealógica das concepções de infância e de família, com um enfoque multidisciplinar. O objetivo é caracterizar a historicidade desses termos, ao invés de concebê-los de maneira axiológica e dedutiva. As duas perspectivas (afeto como sentimento e afeto como dever de cuidado) que tratam de tal instituto serão revisadas para que, a partir da análise dos seus princípios, sejam identificadas razões suficientes para justificar a necessidade de aplicação de uma nova corrente: o afeto enquanto vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar. Esse novo critério pretende conter duas perspectivas implicadas no tema do afeto – a subjetiva e a objetiva – para que seja possível proteger todos os tipos de relações familiares: aquelas tipificadas e aquelas que não possuem seus critérios definidos no texto legal. Para alcançar tal proposição analisa-se o instituto da responsabilidade civil, particularmente no que diz respeito ao nexos de causalidade e ao dano moral e existencial. Reconhece-se o afeto enquanto um vínculo de pertencimento autodeclarado capaz de constituir direitos aos cidadãos e de direcionar ao Estado um comando de ação para que promova a proteção e a inclusão de grupos autorreconhecidos como família.

Palavras-chave: Teorias jurídicas do afeto. Afeto como vínculo constitutivo distintivo. Abandono afetivo. Direito de Família.

ABSTRACT

There is no uniformed stand in the Law concerning the category of affection. At present, two currents attempt to define affection, on the one hand as a feeling and the other as a duty of care. The theoretical and practical consequences of this conceptual dilemma call for a doctrinal position. Stemming from the authors affiliated with each of these tendencies and the Brazilian jurisprudential *corpus*, this dissertation addresses two main situations, which could benefit from a more exact and extensive understanding of affection. Foremost, we consider the case of the arbitrated compensation to the impairment of the parents that have committed the so-called affective abandonment; similarly, we consider singular situations derived from the fact that the Constitution does not acknowledge family structures that differ from the traditional formats. This argument emerges a genealogical analysis of childhood and family conceptions, with a multidisciplinary approach. The aim of which is to characterize the history of said terms, rather than conceive them in an axiological and deductive manner. Both perspectives (affection as feeling and affection as duty of care) regarding such an institution shall be reviewed so that, from the analysis of its principles, sufficient reasoning is identified to justify the need to apply a new current: affection as a constitutive and distinctive bond of the family entity. This new criterion aims to hold two perspectives implicating the theme of affection – subjective and objective – so that it is possible to protect all constructions of family relationships: those represented and those that are not defined in the legal text. To achieve this undertaking, the institute of civil liability is analyzed, in explicit regard to causation, moral and existential harm. Affection is recognized as a self-declared bond of belonging capable of constituting rights for citizens and directing to the state as a command of action to promote the protection and inclusion of self-recognized groups as families.

Keywords: Legal theories of affection. Affect as a distinctive constitutive bond. Affective abandonment. Family Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO E DA INFÂNCIA: ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DO AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA	13
2.1	A produção social da filiação	16
2.2	Infância e adolescência sob uma perspectiva psico-histórica	22
2.3	Devir da percepção sobre a infância e a adolescência	28
2.4	História da criança e do adolescente no Brasil	33
3	HISTORICIDADE DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	42
3.1	A produção social da filiação	16
3.2	Sistemas de proteção à criança e ao adolescente no brasil	44
3.3	Relações de parentesco numa perspectiva genealógica	49
3.4	Transformações do modelo clássico de família	53
3.5	A família eudemonista	59
4	O PERCURSO CONSTRUTIVO DA AFETIVIDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	68
4.1	Revisão do percurso	69
4.2	Bases teórico-críticas da afetividade nas relações familiares contemporâneas	71
4.3	Afeto: princípio ou valor?	75
4.4	Responsabilidade civil no contexto do abandono afetivo	78
4.4.1	Conceito de ato ilícito	80
4.4.2	Pressupostos do dever de indenizar	81
4.5	O afeto como sentimento	83
4.6	A percepção objetiva: o dever do afeto	90

5	OS LIMITES DA CAUSALIDADE LINEAR NA CORRELAÇÃO ENTRE ABANDONO E DANO	95
5.1	Teorias sobre a relação de causalidade	95
5.2	O dano material e o dano existencial a partir da análise da teoria do afeto enquanto dever de cuidado	110
6	CONCLUSÃO: A RECONSTRUÇÃO DA NATUREZA DA AFETIVIDADE PARA O DIREITO DE FAMÍLIA	119

1 INTRODUÇÃO

A definição de afeto para o Direito de família ainda é objeto de discussão. Nas abordagens doutrinária e jurisprudencial atuais, existem hoje duas constatações distintas e divergentes, gerando insegurança jurídica aos cidadãos que demandam do Estado a resolução de conflitos envolvendo questões familiares. Parte da comunidade jurídica entende o afeto como um sentimento; de maneira oposta, outra parte o entende como um dever de cuidado. As reentrâncias inerentes a esse debate são numerosas, não apenas do ponto de vista conceitual, mas, igualmente, pelas implicações múltiplas e variadas que o afeto adquire em situações conflitantes que demandam um posicionamento do Direito, tanto na elaboração doutrinária como em seu emprego na solução de dilemas jurídicos cotidianos.

São diversas as situações em que o afeto passa a figurar como categoria jurídica. Neste texto, exploram-se dois conjuntos de questões como referências para a apreciação conceitual que se deseja fazer do problema. O primeiro deles diz respeito à forma como a noção de afeto tem aparecido na resolução de conflitos envolvendo o abandono afetivo paterno-filial. O debate se intensifica a partir do momento em que o Poder Judiciário começa a admitir a possibilidade de se condenar um genitor por essa omissão e, mais ainda, quando o dano alegadamente gerado por tal ausência passa a ser tratado como passível de conversão em valor monetário indenizatório. O segundo conjunto de situações sobre o qual deve se ancorar o tratamento conceitual do afeto são as famílias que divergem dos formatos constitucionalmente admitidos. A inexistência do amparo legal pleno não impede esses arranjos familiares de acontecerem, marcados que são pelo laço do afeto, pelo reconhecimento recíproco dos membros daquela relação e pelo fato de que essas pessoas nomeiam como família a ligação que elas mantêm.

No debate sobre o afeto, esses dois campos temáticos se aproximam e, em certos aspectos, se unificam. Em ambos os casos, entretanto, as abordagens atuais do afeto se mostram insuficientes. O aprofundamento das duas correntes que se consolidaram apontará para a constatação de que nenhuma das duas definições basta para atender a complexidade das relações familiares na contemporaneidade.

Além de apresentarem resultados pouco satisfatórios, dados os conflitos adicionais que as soluções adotadas acabam por criar, também como teoria as duas perspectivas se revelam pouco consistentes, na medida em que trazem lacunas e até, eventualmente, contradições pontuais. Esses pontos de vista serão discutidos e devidamente aprofundados ao longo da reflexão proposta neste texto.

Considerando-se a imprecisão atual sobre o conceito afeto, a meta perseguida será a de enfrentar os dilemas postos pragmática e teoricamente, trazendo argumentos para sustentar a reconstrução do entendimento sobre a natureza do afeto para o Direito de Família. Com efeito, entre os objetivos traçados para o presente texto, está o de se fazer um percurso genealógico explorando a historicidade da percepção que hoje se tem da infância, da família e das relações que as constituem.

O horizonte histórico e relacional, que se infere das opções metodológicas que demarcam esta reflexão, explicita o solo epistêmico e axiológico sobre o qual se firma toda a análise aqui empreendida. Privilegia-se o levantamento das condições, múltiplas e diversificadas, em meio às quais ocorrem as relações familiares, conflituosas ou não. O contrário disso implicaria um olhar dedutivo, partindo de princípios para prescrever à realidade suas condições de funcionamento e de valor. Recusando essa possibilidade de julgamento, limita-se o presente texto ao reconhecimento da multiplicidade de formatos familiares existentes.

Para além de fazer a crítica das correntes atuais, a presente dissertação se propõe o objetivo maior de detalhar uma terceira e nova teoria sobre o afeto, na qual ele passa a ser entendido como um vínculo constitutivo e distintivo da relação familiar. Qualifica-se tal teoria como “nova” pelo caráter inédito de sua produção. Ela é fruto das reflexões propostas pelo professor doutor Leonardo Macedo Poli, em cuja companhia a autora desta dissertação produziu o artigo “O problema do afeto no Direito de Família: o afeto como vínculo objetivo constitutivo distintivo de pertencimento à entidade familiar” (POLI e CORCIONE, 2019), que se encontra em processo de publicação. É este um momento oportuno para reiterar os agradecimentos ao Doutor Poli, cujas reflexões ecoam ao longo deste texto. Ressalve-se o fato de que, no caso de haverem persistido neste texto erros de interpretação ou na condução da análise, essas falhas eventuais devem ser atribuídas a esta mestrandia e não, obviamente, àquele que lhe serviu de inspiração.

Para alcançar o objetivo de discutir as teorias em vigor e de se fazer uma nova proposição, o texto será dividido em dois momentos. Nos dois primeiros capítulos pretende-se traçar a origem histórica da filiação e fornecer elementos que sejam capazes de enriquecer a discussão a se fazer sobre o afeto no Direito de Família. Algumas passagens têm o objetivo de apontar o contraste entre o tratamento dado às crianças e adolescentes nos séculos passados e aquele que atualmente se vê. Diante de tais comparações a constatação que sobressai é da ordem da cultura: o tratamento dado à criança e o papel social assumido por ela no decorrer da história varia de acordo com o período em questão. Nas seções que tratarão sobre esse tema serão

apresentadas as perspectivas de historiadores, antropólogos, psicólogos e filósofos que contribuíram para a compreensão das mudanças em diversas culturas. Entende-se que essa abordagem que ultrapassa os limites estritos das disciplinas é necessária para uma apreensão mais exata do fenômeno no âmbito jurídico.

Antes ainda de avançar em uma análise estritamente jurídica, serão traçadas as mudanças na história da família, do modelo clássico à pluralidade de modelos contemporânea. Tal como feito na reflexão sobre a infância, pretende-se descrever também as transformações por que passaram as representações conceituais que se fazem sobre a família. Essa passagem será fundamental para compreender o modo como essa instituição vem a ser, em seguida, compreendida e regulada pelo Direito.

Inúmeras razões levam a perceber que instituições sociais estão em permanente devir. Isso se aplica à concepção de família, sempre em processo de mudança. Vale também para a infância e a ideia que dela se faz. Mas, sobretudo, aplica-se igualmente ao próprio Direito que, como ciência e como instituição, nunca deixam de existir *in fieri*, como fruto de processos sociais em constante transformação. Por estar estreitamente vinculado ao contexto e, ao mesmo tempo, pela objetividade que o caracteriza na produção de seus enunciados, entende-se que o ordenamento jurídico pode cumprir o papel fundamental de amparar a diversidade cultural de cada período.

Essa contextualização histórica servirá também como um procedimento heurístico para permitir que se vislumbrem as razões para o surgimento das acepções conflitantes em torno do afeto na atualidade. Assim, a partir do terceiro capítulo deste trabalho será feito um percurso construtivo da afetividade no Direito contemporâneo. Os fundamentos usados pelas duas correntes que discutem o afeto possuem conclusões jurídicas que pretendem justificar ou não a aplicação do instituto da responsabilidade civil nos casos envolvendo o abandono afetivo paterno-filial. Conforme indicado inicialmente, as percepções valorativa e objetiva em torno da afetividade têm fundamentos que se contrapõem e acabam por gerar resultados ambíguos no meio jurídico.

Ainda que cada uma das correntes aponte argumentos que pretendem solucionar o problema do afeto para o Direito de Família, nenhuma delas é capaz de encontrar uma solução que abrace a acepção subjetiva e objetiva que o termo deve carregar. Se, por um lado, entender o afeto apenas como sentimento retira a sua objetividade e impossibilita o reconhecimento de famílias atípicas pelo ordenamento, por outro, entendê-lo na sua acepção objetiva, ao desqualificar a perspectiva anterior, resolve que o afeto não é sentimento, mas não resolve o que ele é para o Direito.

Por isso, nos últimos capítulos desta dissertação serão pormenorizados os elementos da responsabilidade civil com o objetivo de compreender se eles podem ser aplicados nos casos envolvendo o abandono afetivo. Nesse contexto, serão reavaliados os quesitos dano e nexos de causalidade. O primeiro conceito será estudado na forma como tem sido elaborado pela doutrina italiana e as questões envolvendo o nexos de causalidade serão avaliadas a partir das teorias da causalidade.

Concluídas tais reflexões, pretende-se ressaltar uma definição fundamental da nova construção teórica sobre o princípio da afetividade: entender o afeto como vínculo constitutivo e distintivo da relação familiar gera, para o Estado, um comando de ação, mas não o faz em relação à sociedade. Assim, defende-se que a afetividade é detentora de força jurídica suficiente para dirigir ao ente estatal o dever de proteção às pessoas que se autodeclaram como família. Da mesma forma, tal critério permite que os cidadãos tenham liberdade suficiente para terem ou não trocas afetivas, reconhecendo-se também, o caráter espontâneo que o termo possui.

De acordo com essa teoria, o afeto terá os dois elementos, objetivo e subjetivo, como seus componentes caracterizadores. A afetividade passa, então, a ter relevância jurídica suficiente para constituir e distinguir a família das demais espécies de relações existentes. A elevação desse critério para essa nova acepção pretende ser a solução para atender toda a dinamicidade das relações sociais contemporâneas ao permitir o respeito à liberdade de escolha dos sujeitos envolvidos.

2 A CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO E DA INFÂNCIA: ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DO AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Muito se tem falado sobre a existência de novas formas de relações familiares e que essa multiplicidade estaria demandando definições novas e mais eficazes para descrever as idiossincrasias típicas da época atual. Seguindo semelhante avaliação, tem sido comum na literatura jurídica a constatação, por vezes precipitada, de que tal diversidade representa uma novidade histórica. Não é raro que se firme semelhante juízo no fundamento tacitamente pressuposto de que a instituição familiar tenha encontrado, em outros momentos da história, maior fixidez, lastreada – quem sabe – por certa ideia metafísica de natureza ou por valores teológicos igualmente diáfanos e abstratos.

Por um lado, interessa compreender e reconhecer como um dado de fato a existência de um tensionamento social que vem conduzindo as sociedades contemporâneas (entre as quais a brasileira se destaca como objeto de particular interesse nesta reflexão) a uma pluralidade de formas que reivindicam ser nomeadas e legitimadas como família. No entanto, apenas aparentemente a diversidade de modelos familiares pode ser reduzida a algo típico dos tempos atuais. Ao contrário, são muitas as razões para se supor que – na contramão dos esforços para contê-los dentro de contornos estritos – os arranjos familiares existentes em uma sociedade apresentam oscilação e podem variar em suas configurações. Conforme ficará demonstrado nos tópicos seguintes, há investigações rigorosas sobre o tema que há muito vêm percorrendo a história humana em busca de compreender como as famílias se estruturam em cada período, em distintas partes do Planeta.

Também é forçoso reconhecer que, nos últimos séculos, em sociedades ocidentais, o Estado passou a intervir nas relações privadas para encontrar padrões, criar conceitos e, tanto quanto possível, exercer controle sobre a multiplicidade das conexões interpessoais existentes. Esse trabalho de normatização, porém, parece se dar de forma paralela a (e se afigura como uma tentativa de deter) um movimento antropológico mais amplo. Essa é a interpretação que se colhe, neste capítulo, a partir de uma leitura antropológica e filosófica sobre o tema. Espera-se que esse exercício de pensamento ofereça elementos que permitam questionar, de modo consistente, o suposto ineditismo do problema que, hoje, o legislador é levado a enfrentar no tocante à concepção de família.

Não se pretende aprofundar, neste momento, sobre as definições comumente adotadas pelo Direito para tratar desse tema. Com finalidades meramente heurísticas e tendo em vista a discussão que será feita a seguir, nomeiam-se aqui como família todas aquelas relações que se

reconhecem como tal. Do ponto de vista conceitual, essa abordagem do tema está, provavelmente, sujeita a considerável imprecisão e, por essa razão, tal conceito notadamente vasto será admitido, de maneira provisória, nos limites desta primeira parte da dissertação, esperando verticalizá-la ao longo do debate que virá a ser feito neste trabalho. Pode-se dizer, porém, desde o princípio, que tal maleabilidade em um conceito tão central nesta dissertação se justifica à luz das escolhas epistemológicas aplicadas neste texto: o caráter lacunar desse conceito favorece a abertura ao horizonte factual e empírico no qual se quer considerar os múltiplos desenhos familiares contemporâneos. Serão as próprias situações familiares descritas ao longo do trabalho que contribuirão para dar a necessária determinação ao conceito, ainda que as evidências históricas demonstrem a inelidível oscilação que, ao longo dos séculos, mostrou-se inerente ao instituto familiar. Empregar um procedimento contrário, implicaria partir de uma concepção potencialmente idealizadora, que definiria *a priori* e prescritivamente o que se constitui ou não como família.

Nesse sentido, dada tarefa do Direito – que, por seu modo próprio de operação e por suas finalidades, necessariamente conceitualiza e prescreve – haverá ao longo deste texto uma permanente tensão: de um lado a variedade do fenômeno nomeado como família e, de outro, a demanda de se reter tal movimento em fórmulas reconhecíveis pelo saber e pela prática jurídicos. Em comparação à referida multiplicidade dos arranjos existentes, é preciso admitir como redutivo aquilo que a lei determina como família. O Direito realiza uma cisão no real, atribuindo a esse recorte um estatuto paradigmático e normativo. Tal procedimento, contudo, não parece capaz de impedir existência de experiências divergentes.

Uma constatação inicial já pode ser enunciada: o Direito parece sempre estar passos atrás da realidade histórica e cultural que o precede. Significa dizer que ele é fruto do meio que ele próprio regula e não é possível apontar um fim para esse processo de retroalimentação. Assim, se o Direito cria diretrizes sobre uma realidade que se consolidou, pois esse é o seu papel, concomitantemente ou imediatamente em seguida, uma nova realidade se forma. Essa transformação da sociedade, ora em decorrência de uma alteração de ordem tecnológica ou cultural ou, ainda, econômica, demanda que o Direito, mesmo limitado a sua objetividade, seja suficientemente maleável para inserir, na sua esfera de controle e de proteção, tais mudanças.

A adoção desse ponto de partida claramente dual, que distingue o Direito e as condições sociais das quais emergem e nas quais se aplicam as normas, deve ser superado ao longo deste texto para ceder lugar a uma visão menos polarizante e mais integradora daquilo que, na realidade, não se dá de maneira tão esquemática.

Para encaminhar a consecução desse objetivo, divide-se a abordagem do tema em dois momentos que haverão de se mostrar inevitavelmente conjugados. Os dois capítulos que compõem esta primeira parte são complementares e as fronteiras entre os dois dizem respeito apenas a enfoques necessários à clareza discursiva. Por ora, apresentam-se no primeiro capítulo, como contribuições fundamentais ao debate, alguns estudiosos que tratam historicamente dos modos de procriação e das regras de filiação em sociedades distintas da Ocidental, sendo Hérítier (2000) a primeira autora a entrar em cena. O olhar comparatista empregado por Hérítier será mantido como um horizonte para toda a reflexão feita neste trabalho. Em seguida far-se-á uma leitura de Lloyd DeMause (1982), buscando proveito nos conceitos de sua psico-história para a compreensão imanente que aqui se deseja fazer sobre a família.

Esse olhar se completa com a abordagem histórico-social da infância e da família que se obtém na obra de Philippe Ariès (2016). Adiante, ainda neste primeiro capítulo, a questão será trazida para o terreno brasileiro. Mary del Priore (2016) reúne diversos outros autores que contribuem para lançar luz sobre a forma como a concepção ocidental hegemônica de infância e de família foi se consolidando ao longo dos séculos no Brasil. O trânsito entre os diversos textos desse livro foi determinado pela decisão de fazer cintilar aquelas circunstâncias que mais contribuem para compreender o estado atual da questão familiar e suas interfaces no âmbito jurídico.

Esse percurso sobre a concepção de infância haverá de conduzir a reflexão para o capítulo dois, que tem o interesse de compreender as sempre plurais determinações das famílias nos distintos contextos históricos. Tal reflexão haverá de ser projetada sobre o horizonte jurídico, buscando descrever a fortuna que também o conceito de família alcançou no âmbito do Direito. Ao tratar de certa dificuldade conceitual e pragmática encontrada pelo Direito de Família contemporâneo para lidar com a multiplicidade dos arranjos existentes, far-se-á uma discussão sobre o “afeto como vínculo objetivo constitutivo distintivo de pertencimento à entidade familiar” (POLI e CORCIONE, 2019).

Essa maneira de postular o afeto nas relações familiares se constitui como o objeto central desta dissertação, mesmo quando tematiza questões mais nbbbbbbbb do Direito da Família. Antes de tratar diretamente do tema, porém, este primeiro capítulo se dedica ao acompanhamento de diversos estudos que deram visibilidade ao caráter histórico e inventivo do conceito de família. Retomando uma perspectiva genealógica, semelhante àquela que predominou no primeiro capítulo, discute-se a organização familiar na leitura que se fará, por exemplo, da obra de Engels (1984), ou de Fustel de Coulanges (1961), e de diversos autores brasileiros que trazem a discussão para o solo nacional.

2.1 A produção social da filiação

Em busca de ampliar a compreensão da instituição familiar, ultrapassando as fronteiras estritas de certas perspectivas que pretendem fazê-la coincidir com as prescrições (sejam as do Direito, sejam aquelas conformes às morais dominantes), propõe-se a seguir uma leitura do trabalho de Françoise Héritier (2000), no qual se descrevem distintos modelos de organização familiar. O objetivo primordial dessa leitura é problematizar certa suposição que trata a família como um dado direto da natureza, e não como um produto de relações sociais determinadas. É partindo da materialidade da reprodução biológica, que o estudo de Héritier contribui para dar visibilidade ao caráter de constructo social implicado nessa instituição.

Nesse contexto, o texto de Héritier (2000), no qual se avaliam os modos de procriação, motivará uma busca histórica em outras culturas com o fim de demonstrar, especialmente, como a questão da significação objetiva das estruturas familiares não é nova e como diferentes formas de família aparecem no decorrer da história. Ela pretende demonstrar o equívoco da suposição de que aquelas conformações que fogem da tipificação do Direito não mereceriam ser admitidas como partes integrantes da sociedade. Héritier propõe esse percurso histórico, pois considera que para se compreender a sociedade humana deve-se partir de um ponto comum para todas as modalidades familiares existentes: a reprodução. Apenas através da perpetuação da espécie torna-se possível dar continuidade a uma cultura, ainda que posteriormente ela sofra alterações.

Françoise Héritier (2000, p. 98) nomeou, na sua investigação, como “objeto da reflexão dos homens” a busca pela definição de regras específicas de filiação para determinar a legitimidade de pertencimento de uma pessoa a um grupo. A inclusão do indivíduo em um determinado grupo é que definiria os direitos e deveres a que tal pessoa precisaria se submeter. Segundo Héritier,

A análise antropológica permite, com efeito, comparar as diferentes fórmulas que, em algum momento ou algum lugar, foram atualizadas, e talvez depreender desta comparação um certo número de constantes, ou pelo menos de tendências fortemente marcadas. (HÉRITIER, 2000, p. 98).

A autora deixa claro em suas notas introdutórias que sua investigação não teve a pretensão de qualificar ou fazer julgamentos sobre os formatos de família descobertos em cada cultura avaliada. Segundo ela, devem-se evitar equiparações dos formatos de família anteriores aos atuais. Do mesmo modo, Héritier exclui qualquer pretensão que se possa ter de ofertar modelos de família, como se estes pudessem vir a ser reproduzidos ou adaptados. Ao contrário,

percebe-se no texto um esforço para apresentar de maneira descritiva o conjunto de “comportamentos e de representações” (HÉRITIER, 2000, p. 99) associados ao fato jurídico.

Héritier traça alguns limites dentro dos quais deseja refletir. Primeiramente, o estudo sobre os novos modos de criação oferece uma análise que vai além daquilo que é fruto da ciência e da tecnologia. Propõe-se também a fazer uma reflexão crítica e livre de deduções morais sobre o olhar daqueles que colocavam em prática determinado sistema. Por esse motivo, a pesquisa da antropóloga foi motivada apenas pelo estudo sobre o comportamento social das pessoas.

Outro ponto contido na estratégia argumentativa do texto é a avaliação que se faz sobre as regras que comandam a filiação. O aprofundamento desse tópico é crucial para compreender qual o lugar da criança na família e na sociedade, pois essa mudança comportamental também reflete diretamente no grau de interferência do Estado sobre a esfera privada. Essa escolha feita pela autora enriquecerá também a contextualização histórica que, nas seções seguintes, será feita sobre o mesmo tema, mas conforme perspectivas e contextos diferentes apresentados por DeMause (1982), Del Priore (2016) e Ariès (2016).

Héritier (2000) parte do pressuposto de que os sistemas de parentesco, as modalidades de aliança matrimonial e os modelos da família são dados eminentemente sociais. Chega então à constatação de que se alguma dessas instituições fosse natural e necessária não sofreria alterações e se apresentaria de maneira universal. Significa dizer que os indivíduos que constituem a sociedade se comportam e se envolvem de maneira múltipla, independentemente daquilo que lhes é imposto, por isso seria impossível afirmar que existe um modelo estático referencial para todas essas modalidades de relações sociais.

Ficaria demonstrada a trivialidade de uma argumentação que partisse da constatação de que, afinal, existem apenas dois sexos e o encontro deles é necessário no ato da procriação. Esse encontro ocasionaria uma sucessão de gerações cuja ordem não seria passível de inversão: “uma ordem de sucessão dos nascimentos no seio de uma mesma geração classifica os indivíduos em mais velhos e mais novos, e as linhas paralelas de descendência se originam dos indivíduos assim classificados” (HÉRITIER, 2000, p. 99-100). Observando a estrutura familiar de várias culturas, a autora demonstra que existem somente seis possibilidades lógicas de modos elementares pela combinação de quatro unidades: homem e mulher na posição de pais e filhos.

Após discutir arranjos familiares possíveis, a antropóloga caracteriza como formato comum no Ocidente a denominada “filiação cognática ou indiferenciada” que acontece quando “a ligação do filho pela via filiativa e o estabelecimento de seus direitos são os mesmos em relação ao seu pai e sua mãe, e ao conjunto de seus ascendentes paternos e maternos” (HÉRITIER, 2000, p. 100).

No entanto, a antropóloga faz um apontamento sobre um ponto comum às sociedades que ela analisa: nenhuma delas é fundada unicamente sobre a procriação biológica, assim como sociedades distintas atribuem graus de importância distintos à filiação socialmente definida. Verificou-se que em todas as sociedades consideradas existe maior prevalência do vínculo social formado do que daquele construído sobre o critério biológico. Segundo Hérítier (2000, p. 102), “a filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação. É uma terceira constante.”

Em várias culturas citadas pela autora, como os Chagga¹ e os Samo de Burkina-Faso², o dever de procriação é, sobretudo, um desejo eminentemente social de realização, com o fim de preservar a memória dos mortos. Apesar disso, dava-se mais importância na autodeclaração de filhos buscando-se assegurar a prosperidade dos indivíduos, o renome das linhas de descendência e a sobrevivência dos ancestrais. Segundo a autora,

A ideia bastante disseminada da transmissão de um mesmo sangue – sobretudo masculino – **não é contraditória com a de pertencer ao grupo e a inserção na linhagem passa igualmente pela vontade, pelo reconhecimento público, pela atribuição do nome**, logo, por uma palavra, por assim dizer, seminal, que assegura a incorporação social da criança tanto para os mortos quanto para os vivos. **“É a palavra que faz a filiação, é a palavra que a retira”, como dizem expressamente os Samo.** (HÉRITIER, 2000, p. 106, grifos meus).

O comportamento social dos Samo de Burkina-Faso demonstra a preponderância da preocupação com a continuidade do culto frente às questões biológicas. Nota-se como a instituição mascara totalmente o fato da esterilidade masculina. Nessa cultura, quando nasce uma mulher, ou logo na sua primeira infância, ela é destinada a se casar com um homem previamente determinado. Após alcançar a puberdade, essa mulher pode escolher um amante com o qual conviverá durante os próximos três anos dentro da casa paterna. Com o nascimento do primeiro filho, ela se une ao marido (considerado legítimo) que lhe foi destinado ao nascer. O filho nascido passa a ser considerado o primogênito dessa união legítima.

¹ População africana considerada o terceiro maior grupo étnico da Tanzânia. Vive tradicionalmente nas encostas sul e leste do Monte Kilimanjaro. Nessa cultura, “os homens que morrem sem ter casado viverão na aldeia dos mortos uma existência infeliz de solteiros, além de não serem honrados na Terra. Também é praticado, se possível, um casamento entre mortos, para disfarçar tanto quanto possível essa infelicidade *post mortem*. Os que estavam casados, mas sem descendência, passam a procurá-la. O pai do marido defunto poderá, então, desposar, em nome de seu filho, uma jovem cujos filhos serão os do morto para o qual eles terão um culto filial que tornará doce sua vida no além.” (HÉRITIER, 1985, p. 104).

² Trata-se de um subgrupo étnico do povo Mandinka, da África Ocidental, que vive principalmente no noroeste de Burkina Faso e, do outro lado da fronteira, no sul do Mali. Nessa cultura, “a mulher só é considerada e designada como tal, depois de ter procriado. Caso contrário, mesmo casada, ela é sempre considerada e tratada como uma filha que jamais saiu da infância e, após sua morte, será enterrada sem honras no cemitério das crianças. [...] As mortas sem filhos, cujo destino não se realizou, são as colaterais invejosas que passam a agredir os vivos, trazendo-lhes a infelicidade.” (HÉRITIER, 1985, p. 104).

Para os Samo, a mulher pode ter apenas um marido legítimo e todos os filhos que ela venha a ter de outras uniões continuarão sendo do primeiro marido. Ainda que futuramente a mulher resolva dissolver a união com o marido legítimo, o homem nunca deixará de ser pai do filho gerado pela mulher durante aquela relação. O homem, por outro lado, pode ter várias mulheres legítimas e todos os filhos que elas vierem a ter serão considerados filhos dele: “um homem impotente ou estéril possui tantos filhos quanto suas esposas legítimas tenham gerado em sua vida, salvo renúncia expressa de sua parte para exercer seu direito”. (HÉRITIER, 2000, p. 107).

Outra relação que merece especial atenção são as uniões do tipo poliândricas, comuns no Tibete. Nelas, a mulher que se casa com um primogênito deve se casar sucessivamente com todos os outros irmãos do seu marido. Nesses casos, a mulher fica exclusivamente com cada um dos maridos pelo período de um ano, enquanto os outros viajam a trabalho. Essa configuração considera que os irmãos não têm preocupações sobre a paternidade individual de cada um deles, ou seja, o que conta é a paternidade coletiva. Nesse caso, mais uma vez, não há esterilidade masculina (HÉRITIER, 2000, p. 108).

A esterilidade das mulheres era tratada de maneira diferente em outra sociedade estudada por Hérítier: trata-se dos Nuer, povo que vive no sul do Sudão. Nessa tribo, para saber sobre a esterilidade feminina avaliava-se o tempo de convivência da mulher com o marido sem a promessa de filhos. Significava que, se em um período de dois anos, por exemplo, a mulher não engravidasse, ela poderia ser considerada estéril. Declarada a infertilidade feminina, a mulher era obrigada a voltar para a casa paterna e passava a ser tratada como se homem fosse. Com essa passagem, a mulher passava a ser autorizada a fazer o papel do homem em toda a sua extensão social, tornando possível a ela a constituição de uma nova família, com uma esposa. Não significa que se estimulavam relacionamentos homossexuais. O que acontecia era que a esposa servia o agora seu marido. Aquela que antes exercera papel social como mulher e agora é socialmente reconhecido como marido deve trabalhar para retribuir o serviço da sua esposa. A forma encontrada para assegurar a reprodução era o recurso à ajuda de um criado, que manteria relações sexuais com a esposa. Quando gerado um filho, este seria considerado fruto da relação da mulher que passara a ser considerada como homem e que figurava como o pai da criança. O criado utilizado na procriação não mantinha qualquer laço com o filho biológico. Como se vê, “estatutos e papéis masculinos e femininos são aqui, independentes do sexo: é a fecundidade feminina ou sua ausência que cria a linha de separação” (HÉRITIER, 2000, p. 109).

Outra perspectiva importante considerada pela autora parte de investigações cujos resultados foram publicados por Silk³, em 1980. Tal como apresenta Hérítier (2000), a antropóloga Joan B. Silk havia demonstrado como o apego afetivo não está necessariamente vinculado à questão biológica: em algumas sociedades da Oceania é comum confiar o filho a terceiros que passam a criá-los como seus. Como exemplo, Joan Silk cita Tonga, país no qual, em 83% das moradias, identifica-se pelo menos um indivíduo “dado ou adotado”. Da mesma forma, frequentemente aquelas pessoas que adotam, doaram suas próprias crianças. À época das investigações realizadas, nas sociedades africanas (Gonja, Kotokoli, Samo e outras), era comum também, a troca de crianças entre parentes, vizinhos, aliados ou até mesmo amigos, para suprir – entre outras possíveis razões – uma questão de escolha de gênero. Nessas culturas era comum que as famílias trocassem uma filha por um filho, quando os pais só conseguiam gerar, por exemplo, mulheres, ou vice-versa. No entanto, essas trocas não afetavam, necessariamente, adoções que modificavam a filiação anteriormente estabelecida pelo nascimento, mas afetavam o que a autora chama de “posse de direito, criando novas relações afetivas e de manutenção das crianças” (HÉRITIER, 2000, p. 109).

Partindo dessa diversidade de configurações, Hérítier passa a descrever agrupamentos familiares, distintos do padrão hegemônico, na França, em meados da década de 1980, quando ela publicou seu texto. Ela constata que certos padrões então vistos como novidade, já haviam sido vivenciados em sociedades específicas. Pensando nisso, Hérítier (2000) afirma que, para que tais agrupamentos venham a ser reconhecidos como instituições, as sociedades particulares precisariam ser:

[...] mantidas sem ambiguidade pela lei do grupo, inscritas firmemente na estrutura social e que correspondam ao imaginário coletivo das representações da pessoa e da identidade. A lei do grupo deve designar claramente os elementos que fundam a filiação, o direito à sucessão e à herança. (HÉRITIER, 2000, p. 112).

Hérítier (2000) defende ser crucial que os critérios biológico e social não se sobrepõem, apesar do biológico ser a origem existencial de todos os outros. O apontamento que a autora faz, que é comum a todos os formatos discutidos, reside na defesa comum de que independentemente de como a filiação se constituiu, os papéis assumidos pelos genitores superam as barreiras definidoras do papel do pai figurado no gênero masculino e da mãe, no gênero feminino. O que a antropóloga pretende demonstrar é que, independentemente do papel

³ SILK, Joan B. Adoption and Kinship in Oceania. *American Anthropologist*, v. 82, n. 4, p. 799-820, Dec. 1980.

assumido por cada pessoa na relação familiar, é um direito dos filhos não serem privados do apoio e do amor necessários ao seu desenvolvimento.

Quando o consenso social se estabelece, a filiação é definida por lei e pode viver em harmonia consigo mesmo e com os outros, dissociando perfeitamente as funções do genitor e do *pater*, da genitora e da *mater*, pelo menos nas situações onde a criança não é privada do amor e do apoio que tem direito de esperar de seus pais de fato. (HÉRITIER, 2000, p. 113).

Essa reflexão leva, mais uma vez, à compreensão de que o Direito segue sendo posterior ao costume, justamente porque as mudanças acontecem independentemente daquilo que a lei prevê. Por outro lado, isso demanda uma reestruturação constante da norma, de modo a incluir tais adaptações, ou seja, para que seja garantida a proteção e inclusão de todas as variadas relações que se estabelecem. Frente a tal fato, vai se fortalecendo a percepção de que o Estado não tem como se eximir da tarefa de conceber estratégias para acolher os diversos formatos familiares em todas as questões que passam por sua esfera de projeção, como é o caso dos direitos sucessórios e patrimoniais. Não parece possível ignorar a interface jurídica que essas questões carregam. Sempre haverá aspectos que deverão ser objeto da apreciação pelo Poder Judiciário.

A reflexão feita até este ponto já serviu ao propósito de demarcar o caráter histórico e social com que se pretende delinear o conceito de família. Com esse procedimento, evidencia-se a escolha de uma perspectiva que privilegia as situações específicas que podem ser encontradas nas sociedades, ao invés de um olhar dedutivo que parta de definições e enunciados, positivados ou não na legislação.

Por essa razão, antes ainda de enfrentar o debate propriamente jurídico sobre a família, que constitui o objetivo primeiro desta dissertação, pretende-se percorrer uma das obras de DeMause (1982) em que discorre sobre o tratamento dado às crianças no decorrer da história, postulando a existência de uma relação necessária entre esse fenômeno e a forma como se estrutura a família em dada sociedade. Em seguida buscar-se-á compreender como foi construída a condição da criança como sujeito vulnerável, passível de proteção parental e estatal. Serão analisadas as obras de Philippe Ariès (2016), *História social da criança e da família*, e, depois, a *História social da criança no Brasil*, com textos reunidos por Mary Del Priore (2016).

Todo o estudo histórico que está sendo conduzido nesta primeira parte haverá de fundamentar o enfrentamento de situações familiares existentes na sociedade contemporânea. São aspectos definidores para a abordagem que aqui se pretende fazer sobre o afeto, o chamado

“abandono afetivo” e outros temas correlatos. Tem-se a expectativa de que, especificamente, a leitura de DeMause (1982), Ariès (2016) e de Del Priore (2016) favoreça a percepção de que o tratamento dado a crianças e adolescentes hoje, no âmbito dessas questões jurídicas, está diretamente relacionado à forma como esses sujeitos são reconhecidos socialmente. A perspectiva histórica aqui enunciada pode tornar possível, entre diversos outros fatores, a demonstração de que apenas em tempos recentes se passou a atribuir ao adolescente e, em especial, à criança, a condição de sujeito de direitos.

2.2 Infância e adolescência sob uma perspectiva psico-histórica

O tratamento dispensado às crianças sofreu mudanças radicais com o passar dos anos. Essa constatação representa uma perspectiva complementar à discussão feita na seção anterior, mediante a leitura de Héritier (2000), sobre a diversidade de configurações familiares. Agora, é necessário dar visibilidade ao fato de que, mesmo em sociedades ocidentais, a economia das relações intrafamiliares não são estáticas: não apenas mudam ao longo do tempo dentro de uma mesma sociedade, como também podem variar motivadas por transformações sociais de diversas naturezas.

Como já dito, o respaldo necessário a tal afirmação provém de diversas áreas que têm procurado discutir a variação do papel social atribuído à criança no padrão ocidental. A história da criança e da instituição familiar, na leitura de Philippe Ariès (2016) e, mais especificamente, a história da criança no Brasil, retomada na obra de Mary del Priore (2016) serão, mais adiante, referências importantes para essa discussão. Antes disso, porém, este momento da reflexão parece oportuno para recuperar a análise psico-histórica de DeMause (1982), mencionada anteriormente.

O estudo da perspectiva dos quatro autores referidos tem dois objetivos: discorrer sobre as transformações que ocorreram em todos os níveis sociais e situar historicamente a esfera de proteção integral à criança e ao adolescente na contemporaneidade, dando destaque às contradições desse discurso com práticas de outros momentos passados.

Conforme será discutido, o elemento afeto, objeto da presente construção dissertativa, é fundamental para tal análise e, para compreendê-lo é necessário estudá-lo inserido no âmbito familiar como fruto das transformações vividas pelos sujeitos envolvidos. Essa construção histórica é importante para compreender como se constituem as relações paterno-filiais na atualidade. Diante da realidade contemporânea de proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, torna-se um desafio compreender as motivações pretéritas que levavam à situação

de descaso generalizado contra esses indivíduos que hoje, inversamente, são considerados vulneráveis.

Nas palavras de DeMause, “quanto mais se recua na história, mais baixo o nível de cuidado infantil e maior é a probabilidade de as crianças serem mortas, abandonadas, espancadas, aterrorizadas e sexualmente abusadas.” (DeMAUSE, 1982, p. 1, tradução nossa)⁴. O autor aponta, ainda, para um bloqueio histórico quando se trata do interesse pela vida das crianças: há pouco registro e análise crítica sobre o tema. Seria, segundo ele, devido justamente à falta de estudos aprofundados que se enfrentam dificuldades para compreender a responsabilidade dos pais e mães na formação das crianças e dos adolescentes.

O ensaio *A evolução da infância* é o primeiro capítulo da obra *Fundamentos da Psico-história* (1982) e nele se propõe uma “teoria psicogênica da história”. Tal proposta teria o objetivo de descobrir – diante da lacuna ainda deixada pela escassez de trabalhos da ciência histórica sobre o tema – quais seriam os “estágios” que se podem verificar no Ocidente no tocante às formas de criação dos filhos desde a Antiguidade (DeMAUSE, 1982, p. 4). Parece ser relevante compreender o que foi construído na proposta de Lloyd DeMause (1982), porque o autor reúne uma análise aprofundada sobre o tema ao traçar a perspectiva de outros especialistas de diferentes ramos do conhecimento, dentre eles Philippe Ariès, John C. Sommerville, Edward Saveth, Neil J. Smelse, Fred Weinstein e Gerald Platt; Talcott Parsons e Robert F. Bales, Peter Coveney, Gillian Avery, F. J. Harvey Darton, Paul Hazard, Grace Abbott, entre outros.

Segundo DeMause (1982), foram desenvolvidas várias hipóteses que passaram a ser analisadas e/ou refutadas por meio de análises empíricas:

1. Que a evolução das relações entre pais e filhos constitui uma fonte independente de mudança histórica. A origem dessa evolução está na capacidade de gerações sucessivas de pais regressarem à idade psíquica de seus filhos e trabalharem com as ansiedades dessa idade na segunda vez em que as encontram melhor do que o fizeram durante sua própria infância. O processo é semelhante ao da Psicanálise, que também envolve regressão e uma segunda chance para enfrentar as ansiedades da infância.
2. Que essa “pressão geracional” para a mudança psíquica não é apenas espontânea, originando-se na necessidade do adulto de regredir e no esforço da criança pelo relacionamento, mas também ocorre independentemente da mudança social e tecnológica. Pode, portanto, ser encontrado mesmo em períodos de estagnação social e tecnológica.
3. Que a história da infância é uma série de contatos mais próximas entre adulto e criança, com cada estreitamento da distância psíquica, produzindo uma nova ansiedade. A redução dessa ansiedade adulta é a principal fonte das práticas de educação infantil de cada idade.

⁴ “The further back in history one goes, the lower the level of child care, and the more likely children are to be killed, abandoned, beaten, terrorized, and sexually abused.” (DeMAUSE, 1982, p. 1).

4. Que o reverso da hipótese de que a história envolve uma melhoria geral no cuidado da criança é que quanto mais se recua na história, menos eficazes os pais estão em atender às necessidades em desenvolvimento da criança. Isso indicaria, por exemplo, que se hoje na América há menos de um milhão de crianças vítimas de abuso, haveria um ponto, de volta na história, em que a maioria das crianças seria o que nós agora consideraríamos como abusada.

5. Isso porque a estrutura psíquica sempre deve ser passada de geração em geração através do estreito funil da infância, as práticas de criação de filhos de uma sociedade não são apenas um item de uma lista de traços culturais. Elas são a própria condição para a transmissão e desenvolvimento de todos os outros elementos culturais, e colocam limites definidos sobre o que pode ser alcançado em todas as outras esferas da história. Experiências específicas da infância devem ocorrer para sustentar traços culturais específicos, e uma vez que essas experiências não mais ocorram, o traço desaparece. (DeMAUSE, 1982, p. 4, tradução nossa)⁵.

DeMause (1982) critica documentos históricos, sociais e psicanalíticos elaborados durante os anos que precederam a produção do seu ensaio aqui citado. Dentre as razões que motivaram tal juízo, destaca-se a distorção dos fatos sobre a infância, ora de maneira idealizada, ora ficcional. O autor questiona também a apresentação de informações que ele considera inúteis sobre a realidade infanto-juvenil do passado. O psico-historiador destaca, ainda, como foram construídas teorias “frágeis” elaboradas sem examinar ao menos a realidade de uma única família. DeMause censura historiadores sociais que, ao invés de se limitarem ao trabalho de trazer à luz as condições em que, no passado, se davam as relações entre pais e filhos, acabam contribuindo para justificá-las e naturalizá-las:

Massas de evidência são escondidas, distorcidas, suavizadas ou ignoradas. Os primeiros anos da criança são minimizados, o conteúdo educacional formal é

⁵ “1. That the evolution of parent-child relations constitutes an independent source of historical change. The origin of this evolution lies in the ability of successive generations of parents to regress to the psychic age of their children and work through the anxieties of that age in a better manner the second time they encounter them than they did during their own childhood. The process is similar to that of psychoanalysis, which also involves regression and a second chance to face childhood anxieties.

2. That this “generational pressure” for psychic change is not only spontaneous, originating in the adult’s need to regress and in the child’s striving for relationship, but also occurs independent of social and technological change. It therefore can be found even in periods of social and technological stagnation.

3. That the history of childhood is a series of closer approaches between adult and child, with each closing of psychic distance producing fresh anxiety. The reduction of this adult anxiety is the main source of the child-rearing practices of each age.

4. That the obverse of the hypothesis that history involves a general improvement in child care is that the further back one goes in history, the less effective parents are in meeting the developing needs of the child. This would indicate, for instance, that if today in America there are less than a million abused children, there would be a point back in history where most children were what we would now consider abused.

5. That because psychic structure must always be passed from generation to generation through the narrow funnel of childhood, a society’s child-rearing practices are not just one item in a list of cultural traits. They are the very condition for the transmission and development of all other cultural elements, and place definite limits on what can be achieved in all other spheres of history. Specific childhood experiences must occur to sustain specific cultural traits, and once these experiences no longer occur the trait disappears.” (DeMAUSE, 1982, p. 4).

examinado incessantemente e o conteúdo emocional é evitado ao se enfatizar a legislação infantil e evitar o lar.” (DeMAUSE, 1982, p. 5-6, tradução nossa)⁶.

Vale destacar que até mesmo Philippe Ariès – que, como já enunciado, constitui uma importante referência na reflexão que está sendo conduzida neste texto – recebe críticas de DeMause (1982, p. 5) por, supostamente, haver minimizado, em certas passagens de sua obra, as situações de abuso sexual praticado contra uma criança.

DeMause (1982) considera importante analisar a psique do adulto quando ele se encontra frente a uma criança que tem alguma demanda, para compreender as razões que motivam reações tão agressivas contra as crianças. Para o autor, o adulto tem três reações possíveis relevantes para se avaliar o tipo de tratamento destinado à criança. São elas:

[1] Ele pode usar a criança como um veículo para projeção do conteúdo de seu próprio inconsciente (reação projetiva); [2] ele pode usar a criança como um substituto para uma figura adulta importante em sua própria infância (reação reversa); ou [3] ele pode ter empatia com as necessidades da criança e agir para satisfazê-las (reação empática). (DeMAUSE, 1982, p. 7, tradução nossa)⁷.

Segundo ele, a primeira e a segunda reações – projetiva e reversa – eram muito utilizadas pelos pais no passado, quando se produzia o que ele chama de “imagem dupla”, entendida quando “a criança era vista como cheia dos desejos e hostilidades e pensamentos sexuais do adulto, e ao mesmo tempo como uma figura mãe ou pai. Ou seja, é ruim e amoroso.” (DeMAUSE, 1982, p. 8, tradução nossa)⁸.

DeMause começa a narrar situações específicas nas quais poder-se-iam identificar as reações desproporcionais de pais e mães contra seus filhos. Ele demonstra como tais comportamentos são o resultado de reações projetivas, quando a criança é a própria projeção daquilo que o adulto abomina em si e, reversamente, daquilo que ama em si, servindo a criança de projeção viva para o adulto:

O que torna esse tipo de cena tão típica da interação adulto-criança no passado é a existência de tantas atitudes contraditórias por parte do adulto sem a menor resolução.

⁶ “Masses of evidence are hidden, distorted, softened, or ignored. The child’s early years are played down, formal educational content is endlessly examined, and emotional content is avoided by stressing child legislation and avoiding the home.” (DeMAUSE, 1982, p. 5-6).

⁷ “[1] He can use the child as a vehicle for projection of the contents of his own unconscious (projective reaction); [2] he can use the child as a substitute for an adult figure important in his own childhood (reversal reaction); or [3] he can empathize with the child’s needs and act to satisfy them (empathic reaction).” (DeMause, 1982, p. 7).

⁸ “The child was seen as both full of the adult’s projected desires, hostilities, and sexual thoughts, and at the same moment as a mother or father figure. That is, it is both bad and loving.” (DeMAUSE, 1982, p. 8).

[...]. É função da criança reduzir as ansiedades urgentes do adulto; a criança age como a defesa do adulto. (DeMAUSE, 1982, p. 9, tradução nossa)⁹.

O autor explica as razões pelas quais tantos espancamentos eram cometidos contra as crianças:

O uso da criança como “privada” para projeções adultas está por trás de toda a noção de pecado original e, por mil e oitocentos anos, os adultos concordavam que, como diz Richard Allestree (1676), “o bebê recém-nascido é cheio das manchas e da poluição do pecado, que herda de nossos primeiros pais através de nossos genitais.” (DeMAUSE, 1982, p. 11, tradução nossa)¹⁰.

Em seguida DeMause menciona as figuras fantasmagóricas, ainda usadas nos dias de hoje, que têm o objetivo de assustar as crianças:

Quando a religião não era mais o foco da campanha terrorista, figuras mais próximas de casa eram usadas: o lobisomem vai engolir você, Barba Azul vai te picar em pedacinhos, Boney (Bonaparte) vai comer sua carne, o homem preto ou o limpador de chaminés vai roubar você à noite. Essas práticas foram atacadas apenas no século XIX. (DeMAUSE, 1982, p. 13, tradução nossa)¹¹.

O autor traz evidências de que o uso de figuras mascaradas para assustar crianças remonta à antiguidade. Existem gravuras de Jacques Stella, de 1657, que mostram crianças brincando com máscaras e aterrorizando umas às outras. Tais estratégias tinham o fim de desencorajar as crianças de fazer algo que desejavam ou para induzi-las a cumprir a ordem de um adulto.

Outra forma para aterrorizar crianças mencionada era a utilização de cadáveres. O autor remonta ao século XIX, mais precisamente nos anos de 1818, 1842 e 1847, anos nos quais foram publicados os três volumes da obra *As histórias da família Fairchild*, de Mary Martha Sherwood, relatando as lições ensinadas pelo pai aos seus três filhos. Dentre as lições repassadas, o pai levava as crianças em visita à forca para inspecionar cadáveres apodrecendo, enquanto histórias morais eram repassadas.

⁹ “What makes this sort of scene so typical of adult-child interaction in the past is the existence of so many contradictory attitudes on the adult’s part without the least resolution. [...] It is the child’s function to reduce the adult’s pressing anxieties; the child acts as the adult’s defense.” (DeMAUSE, 1982, p. 9).

¹⁰ “The use of the child as a “toilet” for adult projections is behind the whole notion of original sin, and for eighteen hundred years adults were in general agreement that, as Richard Allestree (1676) puts it, “the new-born babe is full of the stains and pollution of sin, which it inherits from our first parents through our loins.” (DeMAUSE, 1982, p. 11).

¹¹ “When religion was no longer the focus of the terrorizing campaign, figures closer to home were used: the werewolf will gulp you down, Blue Beard will chop you up, Boney (Bonaparte) will eat your flesh, the black man or the chimney sweep will steal you away at night. These practices came under attack only in the nineteenth century.” (DeMAUSE, 1982, p. 13)

O que muitas vezes não é percebido é que essas cenas são tiradas da vida real e formavam uma parte importante da infância no passado. Turmas de alunos costumavam ser levadas da escola para enforcamentos, e os pais geralmente levavam seus filhos para enforcamentos e depois os chicoteavam quando voltavam para casa para fazê-los lembrar o que viram. (DeMAUSE, 1982, p.15, tradução nossa)¹².

O tempo de convívio com os pais por parte da criança de classes sociais mais favorecidas era muito reduzido no século XVIII. Havia pouca interferência dos pais, pois desde o momento da amamentação a criança era assistida pela ama de leite e nos anos seguintes ela era introduzida na rotina escolar:

Embora houvesse muitas exceções ao padrão geral, até o século XVIII, a criança média, de pais abastados, passava seus primeiros anos na casa de uma ama de leite, voltava à casa para os cuidados de outros criados e era mandada para o serviço, aprendizado ou escola aos sete anos de idade, de modo que a quantidade de tempo que pais ricos realmente gastavam para criar seus filhos era mínima. Os efeitos desses e de outros abandonos institucionalizados, praticados pelos pais em relação à criança raramente foram discutidos. (DeMAUSE, 1982, p. 35, tradução nossa)¹³.

A prática de terceirizar a educação e os cuidados, nos dias de hoje, costuma se tornar uma necessidade em razão das exigências do mercado de trabalho e, conseqüentemente, do consumo de tempo dos pais em função da sobrevivência da família. No período comparado, tratava-se de um de uma prática de todas as famílias que pudessem pagar tais terceirizações no cuidado com as crianças. Além desse cuidado terceirizado, era legal entre muitas nações a venda direta de crianças. Segundo narra DeMause, a Igreja tentou durante séculos acabar com essa prática:

Theodore, arcebispo de Canterbury no século VII, estabeleceu que um homem não poderia vender seu filho à escravidão depois dos sete anos de idade. Se se der crédito a Giraldus Cambrensis, no século XII, os ingleses vendiam seus filhos como escravos aos irlandeses e a invasão normanda foi um castigo de Deus por esse tráfico de escravos. Em muitas áreas, a venda de crianças continuou esporadicamente até os tempos modernos, não sendo ilegal na Rússia, por exemplo, até o século XIX. (DeMAUSE, 1982, p. 35, tradução nossa)¹⁴.

¹² “What is not often realized is that these scenes are taken from real life and formed an important part of childhood in the past. Classes used to be taken out of school to hangings, and parents would often take their children to hangings and then whip them when they returned home to make them remember what they had seen.” (DeMAUSE, 1982, p. 15).

¹³ “Although there were many exceptions to the general pattern, up to about the eighteenth century, the average child of wealthy parents spent his earliest years in the home of a wet-nurse, returned home to the care of other servants, and was sent out to service, apprenticeship, or school by age seven, so that the amount of time parents of means actually spent raising their children was minimal. The effects of these and other institutionalized abandonments by parents on the child have rarely been discussed.” (DeMAUSE, 1982, p. 35).

¹⁴ “Theodore, Arch-bishop of Canterbury in the seventh century, ruled a man might not sell his son into slavery after the age of 7. If Giraldus Cambrensis is to be believed, in the twelfth century the English had been selling

No mesmo período, uma outra forma de abandono que merece ser destacada era a utilização de crianças como reféns políticos e caução em caso de dívidas contraídas pelos adultos (DeMAUSE, 1982, p. 35-36).

O distanciamento entre pais e filhos na Idade Antiga e na Idade Média era muito diferente do que se vê na atualidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) assegura o dever de proteção conjunta da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público às crianças e adolescentes. Por essa razão, qualquer sinal de abandono deve ser severamente fiscalizado e punido. Na contramão do que era comum em séculos passados, a responsabilidade da família é avaliada em primeiro lugar, pois é considerada como aquela que detém o dever primário de suprir, acompanhar e possibilitar o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

Essa mudança de perspectiva será aprofundada, a seguir, com a ajuda das reflexões de Philippe Ariès (2016) e dos textos reunidos por Mary Del Priore (2016). Buscar-se-á compreender como as transformações das relações familiares ao longo dos anos ajudaram a construir a condição da criança como sujeito vulnerável, passível de proteção parental e estatal. Os autores fazem esse trajeto buscando definir o novo papel desempenhado pela criança e pela família e serão uma importante referência para a consecução do objetivo de perceber a instituição familiar em sua historicidade.

2.3 Devir da percepção sobre a infância e a adolescência

Ariès (2016), assim como DeMause (1982), demonstra como as atitudes em relação às crianças se alteraram no tempo, juntamente com as mudanças econômicas e os avanços sociais. Tem-se, como consequência lógica, que houve uma transformação do próprio comportamento da criança no decorrer dos séculos. Discute-se se a própria construção moderna sobre o conceito de afeto sofreu modificações em decorrência de tais variações ou se o contexto das relações familiares atuais demanda nova interpretação, tendo em vista a necessidade de compreendê-las à luz do Direito. Essa discussão será objeto da segunda parte desta dissertação.

Antes, porém, de enfrentar a discussão sob uma perspectiva jurídica, parece necessário aprofundar a abordagem já iniciada com Héritier e DeMause sobre a percepção de infância no decorrer dos séculos para, em seguida, compreendê-la como elemento constitutivo da família.

their children to the Irish for slaves, and the Norman invasion was a punishment from God for this slave traffic. In many areas, child sale continued sporadically into modern times, not being outlawed in Russia for instance, until the nineteenth century.” (DeMAUSE, 1982, p. 35).

Depois da leitura de Ariès (2016), ainda será necessário dialogar com alguns dos textos ofertados por Del Priore (2016), com vistas a trazer a discussão para o contexto brasileiro.

Ariès (2016) demonstra como até por volta do século XII havia um desconhecimento generalizado da infância, ou sobre o que se entende hoje como infância (ARIÈS, 2016, p. 17). O autor menciona ainda como até o final do século XIII associavam-se as crianças com pequenos adultos, acreditando que poderiam viver sem a presença de suas mães, babás ou qualquer outra pessoa:

No mundo das fórmulas românicas, e até o fim do século XIII, não existem crianças caracterizadas por uma expressão particular, e sim homens de tamanho reduzido. Essa recusa em aceitar na arte a morfologia infantil é encontrada, aliás, na maioria das civilizações arcaicas. (ARIÈS, 2016, p. 18).

Apenas por volta do século XIII começaram a surgir algumas representações de crianças que se assemelham um pouco mais da percepção moderna. A obra de Ariès (2016) aprecia principalmente como o discurso sobre a infância está vinculado à emergência da percepção da especificidade do infantil na modernidade. O autor divide em três os primeiros tipos de crianças mais próximas do sentimento moderno.

As crianças identificadas pelo autor como aquelas do primeiro tipo receberam a classificação de “anjos” (ARIÈS, 2016, p. 18). Seriam aquelas que eram educadas para ajudar na missa e “eram destinadas às ordens, espécies de seminaristas, numa época em que não havia seminários, e em que apenas a escola latina se destinava à formação dos clérigos.” (ARIÈS, 2016, p. 18).

As crianças do segundo tipo seriam aquelas do modelo ancestral de todas as crianças pequenas da história da arte: o Menino Jesus, ou Nossa Senhora menina, “pois a infância aqui se ligava ao mistério da maternidade da Virgem e ao culto de Maria” (ARIÈS, 2016, p. 19). Segundo o autor, já a partir do século XII as crianças haviam começado a ser representadas de forma mais realista e mais sentimental. Apesar de ainda figurarem como pequenos homens e mulheres, mostrava-se em alguns raros manuscritos certa aproximação afetiva entre pais e crianças: “o sentimento encantador da tenra infância permaneceu limitado ao Menino Jesus até o século XIV, quando, como sabemos, a arte italiana contribuiu para desenvolvê-lo e expandi-lo” (ARIÈS, 2016, p. 19).

Por fim, Ariès (2016) aponta como o terceiro tipo de criança, encontrada no final da Idade Média, a criança nua. Houve uma mudança na representação da imagem infantil a partir do período mencionado. Segundo o autor, num primeiro momento havia poucas miniaturas

bíblicas carregadas com o valor moral do período: todas as crianças ilustradas estavam vestidas. Depois disso, passou-se a expor imagens de crianças como parte do simbolismo do que era sagrado:

Na arte medieval francesa, a alma era representada por uma criancinha nua e em geral assexuada [...]. O moribundo exala uma criança pela boca numa representação simbólica da partida da alma. Era assim também que se imaginava a entrada da alma no mundo, quer se tratasse de uma concepção miraculosa e sagrada – o anjo da Anunciação entrega à Virgem uma criança nua, a alma de Jesus –, quer se tratasse de uma concepção perfeitamente natural – um casal repousa no leito, aparentemente de forma inocente, mas algo deve ter-se passado, pois uma criança nua chega pelos ares e penetra na boca da mulher: “a criação da alma humana pela natureza”. (ARIÈS, 2016, p 19-20).

Diante dessa mudança de apresentação da figura infantil a partir do século XIV, o tema da infância sagrada (ARIÈS, 2016, p. 20) passou a ser ampliado e diversificado. Segundo Ariès, aconteceu um progresso na consciência coletiva. Na arte, por exemplo, isso era demonstrado pela sutileza como eram traçadas as características da criança ilustrada: a forma de comer, de brincar e de se vestir, por exemplo. Segundo o autor, toda minúcia dessa mudança de percepção sobre a criança era vislumbrada por aqueles que desejavam ver. Trata-se de uma mudança muito sutil e que teria demorado a se estender para além das fronteiras religiosas.

Outra representação tardia das crianças era feita nas efígies funerárias que, segundo Ariès, começaram a aparecer apenas no século XVI. Não fazia parte da cultura daquela época registrar a vida de uma criança que poderia, grande parte das vezes, não se prolongar por muito tempo. O autor narra, em certo momento, alguns registros que foram feitos ainda no século XVII: “vemos uma vizinha, mulher de um relator, tranquilizar assim uma mulher inquieta, mãe de cinco ‘pestes’, e que acabara de dar à luz: ‘antes que eles te possam causar muitos problemas, tu terás perdido a metade, e quem sabe todos’.” (ARIÈS, 2016, p. 22). Em seguida, Ariès complementa citando uma declaração de Montaigne: “perdi dois ou três filhos pequenos, não sem tristeza, mas sem desespero”. (ARIÈS, 2016, p. 22).

Naquela época não se pensava que a criança já tivesse personalidade. Os pais e parentes próximos não se apegavam muito às crianças, pois as consideravam uma perda possível. Esse alto índice de mortalidade na demografia da época persistiu até o século XIX, com a crença de que a criança batizada teria a alma imortalizada. Tal insensibilidade era vista como natural, dadas as condições daquele período.

O autor narra como era comum enterrar, no quintal de casa, a criança que não era batizada, da mesma forma que se fazia com animais domésticos: “a criança era tão insignificante, tão mal entrada na vida, que não se temia que após a morte ela voltasse para

importunar os vivos” (ARIÈS, 2016, p. 22). Sobre esse comportamento, o autor menciona como ainda é comum que se fale em começar a vida no sentido de sair da infância. A insensibilidade contida no tratamento da figura infantil estava ligada às próprias condições de vida da criança, pois não havia uma preocupação da família ou do Estado com sua segurança ou com seu futuro.

A ideia de perda demográfica começou a ser tratada com mais atenção quando se passou a retratar a imagem da criança morta, ainda no século XVI. Essa visibilidade dada ao fato da morte da criança é um momento importante na história, na medida em que indica que se deixava de considerar a morte da criança uma perda inevitável. O século XVII continuou trazendo sinais de desenvolvimento da descoberta da infância, tendo sido ainda mais marcado do que no século anterior pelos retratos infantis, ora em família, ora das crianças individualmente.

Apesar das condições demográficas se manterem em um baixo nível, a vulnerabilidade inerente à condição infantil passou a ser reconhecida e a alma da criança passou a ser entendida como imortal, assim como a do adulto (ARIÈS, 2016, p. 25). Notou-se o incentivo à vacinação infantil e conseqüentemente observou-se uma queda considerável nos índices de mortalidade.

Outra questão a ser apontada diz respeito ao tratamento natural dado à sexualidade em relação às crianças. Era muito comum no século XIII que fossem feitas brincadeiras com os órgãos genitais das crianças, alusões jocosas ao corpo infantil e que se praticasse o incesto. Da mesma forma, a sexualidade infantil era tratada com naturalidade e o sexo entre adultos era feito em frente às crianças, sem que nisso incorresse qualquer julgamento moral. As provocações e a publicidade de tais atitudes não chocavam ninguém (ARIÈS, 2016, p. 75-76).

A constatação apontada por Ariès parece incômoda quando confrontada com a realidade atual, entretanto, o tratamento dado à sexualidade infantil naquela época era natural e não existiam os tabus que hoje se impõem a essas relações. Conforme propõe o autor, esse tipo de comportamento varia de acordo com o período e o local do qual se fala:

Essa ausência de reserva diante das crianças, esse hábito de associá-las a brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais para nós é surpreendente: é fácil imaginar o que diria um psicanalista moderno sobre essa liberdade de linguagem, e mais ainda, essa audácia de gestos e esses contatos físicos. Esse psicanalista, porém, estaria errado. A atitude diante da sexualidade, e sem dúvida a própria sexualidade, variam de acordo com o meio, e, por conseguinte, segundo as épocas e as mentalidades. (ARIÈS, 2016, p. 78).

O tratamento dado às crianças, conforme os traços acima descritos, era muito comum na Europa antes do que o autor chama de “reforma moral” (ARIÈS, 2016, p. 78). Para ele, a influência cristã manteve forte presença na Inglaterra e na França durante os séculos XVIII e XIX, de forma a afastar o tratamento erotizado também destinado às crianças. Ele confronta

essa realidade com aquela ainda comum no mundo árabe. Essa diferença é mencionada em certo trecho reescrito de uma obra que traduz a realidade de uma sociedade tunisiana tradicional. Narra o autor sobre um menino de dois anos e alguns meses que está em um transporte coletivo com o seu pai. A criança passa a ser assediada por um homem que propõe a compra do seu pênis. Sem qualquer reação do pai e em tom jocoso, o homem faz várias ofertas à criança. Após inúmeras recusas do menino, o homem reage e se joga sobre o garoto tentando agarrar seu órgão genital. A cena é descrita e traz em detalhes a tranquilidade do pai e dos demais passageiros diante desse comportamento (ARIÈS, 2016, p. 78).

Na Europa, as brincadeiras desse tom cessavam quando a criança entrava na puberdade. Isso acontecia, pois acreditava-se, primeiramente, que a criança impúbere seria indiferente à sexualidade e, por essa razão, essas alusões ou insinuações sobre a criança acabavam sendo neutralizadas. Em segundo lugar, não se acreditava que as insinuações sexuais poderiam macular a inocência infantil (ARIÈS, 2016, p. 80).

Apesar de tal percepção que hoje se considera equivocada sobre a sexualidade infantil, havia uma corrente que se iniciou no século XV, promovida por moralistas e educadores, que estudava de perto o comportamento sexual das crianças. Notou-se que a masturbação e a ereção sem ejaculação eram comportamentos muito comuns, mas que também eram reprimidos pela religião. As observações sobre esse tipo de comportamento infantil à época apontavam que, para preservar a infância, era necessário evitar palavras e atitudes com cunho sexual direcionadas às crianças.

Foi sob a influência de tal corrente, expandida de maneira mais concreta no século XVI que muitos religiosos começaram a proibir o toque, o beijo e a promiscuidade entre as crianças e a coabitação na mesma cama que adultos. O respeito à infância começou a ter suas primeiras manifestações no final desse século, quando essa preocupação surgiu entre os católicos e os protestantes, na França e na Inglaterra. Nesse mesmo período os colégios jesuítas introduziram precauções inabituais e passaram a administrar castigos corporais quando as crianças desrespeitavam alguma regra imposta:

Uma grande mudança nos costumes se produziria durante o século XVII [...]. Não se tratava mais de alguns moralistas isolados como Gerson, e sim de um grande movimento cujos sinais se percebiam em toda parte, tanto em uma farta literatura moral e pedagógica como em práticas de devoção e em uma nova iconografia religiosa. (ARIÈS, 2016, p. 83)

Foi nesse período que se iniciou certa percepção sobre a inocência infantil – uma noção que será fundamental para a discussão que se deseja fazer na segunda parte desta dissertação.

Ariès constata que, a partir dessa mudança, alguns adultos se mostravam confiantes de que, em se dedicando a proteger uma criança, entendida agora, como inocente, receberiam algum tipo de retribuição divina por seu ato. Uma narrativa presente nos *Ensaio*s de Montaigne é lembrada por Ariès para demonstrar esse “novo sentimento”: “[...] correndo um grande perigo de naufragar, colocou um menininho sobre os ombros, para que em sua associação à *inocência* da criança lhe servisse de garantia e recomendação para obter o favor divino e assim chegar são e salvo à terra.” (MONTAIGNE¹⁵ apud ARIÈS, 2016, p. 84).

Outro ponto marcante para evidenciar a mudança de comportamento com relação às crianças foi o surgimento de livros de etiqueta no início do século XVII. Essa literatura destinada aos pais e educadores fazia conexões com passagens bíblicas que consideravam que as crianças teriam uma relação especial com Deus e, por essa razão, vinculavam os demais súditos, obrigando-os a não tratar com rejeição a inocência infantil protegida. As passagens que remetem a esse marco histórico demonstram como os educadores religiosos passaram a proteger as crianças como seres puros e merecedores de cuidado.

São inúmeras as citações históricas, artísticas e sociais apresentadas por Ariès. O autor enriquece sua produção com evidências factuais das mudanças que ocorreram nos últimos séculos e que favorecem uma percepção das vivências narradas a partir dos documentos e dos personagens históricos de cada período considerado. A riqueza de detalhes que caracteriza tais descrições produz um contraste marcante com o contexto atual, cujos modos de vida parecem apoiar-se em construções morais diversas e em flagrante conflito em relação a épocas passadas.

2.4 História da criança e do adolescente no Brasil

A perspectiva histórica que se encontra em Ariès parece constituir, em si mesma, uma proposta metodológica proveitosa também para a discussão contemporânea sobre o afeto no Direito de Família. Graças a essa forma de abordagem da questão, é possível evitar discussões puramente conceituais e axiológicas que, não raro, assumem contornos metafísicos e alheios às experiências e vivências familiares que de fato acontecem. No entanto, antes ainda de enfrentar essa questão jurídica, é preciso aproximar do contexto brasileiro a discussão iniciada anteriormente. Com esse objetivo, pretende-se percorrer, nesta seção, a obra *História Social da Criança no Brasil*, investigando alguns dos textos reunidos por Mary Del Priore (2016), na medida em que apresentam a inserção da criança no contexto histórico e social brasileiro.

¹⁵ MONTAIGNE. *Essais*, I, 39.

Algumas passagens específicas serão analisadas com o fim de apontar o contraste entre o tratamento dado às crianças e aos adolescentes nos séculos passados e aquele que atualmente se vê. Privilegiam-se, nesta narrativa, a observação daqueles momentos históricos que mais contribuem para demarcar o caráter contingente (e não essencial) da ideia que cada época faz, para seu uso, do que vem a ser a infância e de seus papéis sociais.

O capítulo que abre o livro de Del Priore é produzido por Fábio Pestana Ramos (2016) e discute as condições das crianças que, no século XVI, eram trazidas de Portugal para o Brasil. Para além do critério de idade, Ramos (2016) relata a situação vivida pelas crianças, cujo cotidiano era determinado pelo papel que desempenhavam na divisão do trabalho dentro das embarcações. O autor preserva a nomenclatura de época, nomeando como “grumetes” os maiores, e como “pajens” os menores de dezesseis anos. Essa diferenciação por idade é aproximativa, visto que o autor deixa claro que havia certa sobreposição nas funções (e no destino) reservado para ambos os grupos. Não obstante, tal distinção é relevante para as considerações feitas a seguir, pois o tratamento dado a cada um desses grupos à época também guardava diferenças importantes.

Tal percepção merece destaque, ainda, por permitir que se demarque a diferença com a divisão que hoje se faz, ao considerar adolescentes – pelo menos do ponto de vista legal – aquelas pessoas que possuem entre doze anos e dezessete anos completos e como crianças aquelas que ainda não atingiram tal idade. Para além da faixa etária aproximativamente coincidente, pode-se afirmar que o tratamento social destinado aos grumetes ou aos pajens não guarda qualquer possibilidade de equiparação com as noções admitidas hoje. O exercício de cotejamento feito aqui se presta, pois, a fazer visíveis as graves diferenças entre os dois períodos históricos.

De acordo com, o relato de Ramos (2016), os primeiros registros de crianças na história brasileira se referem ainda ao modo de vida nas embarcações portuguesas, a partir de 1530, quando as terras brasileiras começavam a ser povoadas. Essas crianças apenas subiam a bordo na condição de “grumetes ou pajens, como órfãs do Rei enviadas ao Brasil para se casarem com os súditos da Coroa, ou como passageiros embarcados em companhia dos pais ou de algum parente” (RAMOS, 2016, p. 19).

O autor narra os constantes e “tolerados” abusos sexuais sofridos pelos adolescentes órfãos, inclusive aqueles que viajavam acompanhados. Apenas as órfãs virgens eram “guardadas e vigiadas” para se manterem assim até a chegada à Colônia. As histórias desses adolescentes aparecem apenas nas entrelinhas das narrativas da época e pouca ou nenhuma importância era dada aos trágicos acontecimentos que acometiam esses jovens. Ora sofriam

pelas mãos daqueles que estavam nas embarcações, ora sofriam nas mãos de piratas que atacavam os navios portugueses:

Quando piratas atacavam as embarcações, quer da chamada Carreira do Brasil ou da Carreira da Índia, esta última, vale lembrar, constantemente de passagem pela costa brasileira, os adultos pobres eram com frequência assassinados. Os poderosos, por sua vez, eram aprisionados e trocados por um rico resgate, e as crianças, escravizadas e forçadas a servirem nos navios dos corsários franceses, holandeses e ingleses, sendo prostituídas e exauridas até a morte. (RAMOS, 2016, p. 19-20).

Entre os séculos XIV e XVIII, a expectativa de vida das crianças portuguesas era baixa. Antes dos sete anos de idade, metade dos nascidos vivos morriam (RAMOS, 2016, p. 20). Por essa realidade, as crianças eram equiparadas aos animais, cuja força de trabalho deveria ser aproveitada enquanto durassem suas vidas. Esse era também o motivo pelo qual era muito comum que os pais alistassem seus filhos como tripulação dos navios. Além de receberem pelo alistamento, com a saída do filho, passariam a ter uma boca a menos para alimentar. Como a expectativa de vida no mar não era muito diferente daquela em terra, não era um sofrimento grande esse distanciamento familiar (RAMOS, 2016, p. 22).

Os grumetes levados nos navios tinham o mesmo tratamento destinado aos adultos e, em decorrência da falta ou das péssimas condições dos alimentos oferecidos nas embarcações, era muito comum que fossem acometidos de inanição e escorbuto. Como não havia médicos nos navios, o serviço de tratamento para a podridão nas gengivas causada pela doença era feito por barbeiros, mas que acabavam por matar essas crianças em decorrência dos tratamentos aplicados. Para enriquecer a dieta, os grumetes utilizavam-se de cadáveres para atrair e capturar pássaros dos quais pudessem se alimentar (RAMOS, 2016, p. 26-27).

A realidade vivida por essas crianças e adolescentes acabava por obrigá-los a abandonar a infância e a se adaptar ao ambiente adulto. Apesar de não existirem muitos registros sobre os abusos sofridos, há relatos de grumetes que eram sodomizados por adultos violentos e que acabavam por não se queixar, por medo ou vergonha ou, muitas vezes, por não terem a quem recorrer para denunciar os males recebidos. Ainda diante desses acontecimentos, era muito comum a percepção de que, sobrevivendo a todos os obstáculos e humilhações, muitos grumetes acreditavam que aquela poderia ser a chance de ascensão social que tanto esperavam. Acreditava-se, naquela época, que sobrevivendo a todas as adversidades impostas, havia um sonho geral de que seria possível seguir carreira na marinha (RAMOS, 2016, p. 27).

O número de pajens nos navios era consideravelmente inferior ao de grumetes. Aos menores de dezesseis anos eram confiadas tarefas mais leves e menos arriscadas, como servir

comida aos oficiais e providenciar tudo aquilo que pudesse oferecer a estes mais conforto. Devido à proximidade com os oficiais, era comum que os pajens tivessem certa autoridade sobre os grumetes e sobre os demais marinheiros. Também em razão dessa relação mais próxima à autoridade, os pajens recebiam castigos menos severos e recebiam mais do que os grumetes, o que demonstrava sua superioridade em relação a estes últimos. Entretanto, mesmo recebendo gratificações dos oficiais, isso não impedia que sofressem abusos e, mais uma vez, não havia a quem recorrer para denunciar as violações. Os pajens detinham a possibilidade de terem uma alimentação mais rica, o que diminuía as chances de perecerem durante a viagem (RAMOS, 2016, p. 27).

Em razão da falta de mulheres brancas nas regiões portuguesas, a Coroa passou a convocar ou retirar dos lares meninas pobres entre catorze e trinta anos – as órfãs do Rei – a fim de enviá-las, principalmente, às Índias. Aquelas que eram enviadas ao Brasil tinham idade inferior a dezessete anos. Eram consideradas órfãs as meninas que não se convertiam à fé cristã ou que tinham apenas o pai falecido. Fatos como esses levam Ramos a concluir que, no alvorecer da história brasileira, “existiu uma espécie de sequestro de meninas pobres, principalmente menores de dezesseis anos” com a finalidade de trazer meninas portuguesas para a nova Colônia (RAMOS, 2016, p. 33).

Além do abuso sofrido pela retirada forçada de casa ou pela imposição da promessa de casamento, quando as meninas embarcavam nos navios viviam momentos de terror diante do risco de sofrerem abusos pela tripulação. Não havia punição por estupro cometido contra meninas maiores de catorze anos, embora, quando provados, pudessem ser punidos os abusos contra meninas entre doze e catorze anos. No entanto, em razão das constantes ameaças e do medo de serem depreciadas no mercado matrimonial para o qual estavam destinadas, as meninas acabavam por ocultar o fato (RAMOS, 2016, p. 34). Alguns padres assumiam a missão de tentar proteger as virgens, principalmente as menores de dezesseis anos, o que se tornava uma árdua missão, considerando o excessivo número de tripulantes:

A tarefa devia ser difícil se levarmos em conta que em meio a novecentos embarcados, entre tripulação, soldados e passageiros, as mulheres a bordo não passariam de dez, e que mesmo os meninos não escapavam dos pedófilos de plantão. As meninas embarcadas entre as órfãs do rei acabavam ainda por passar pelas mesmas privações alimentares dos tripulantes, e muitas, entregues ao ambiente insalubre das naus, terminavam falecendo ao longo da viagem sem nunca chegar a conhecer seu futuro marido. (RAMOS, 2016, p. 34).

Diante das descrições apresentadas sobre a realidade das crianças e adolescentes nos séculos passados fica demonstrado como o universo infantil era restrito. As crianças eram

obrigadas a se adaptar ou acabavam por perecer. A realidade vivida por elas nos navios portugueses, na época quinhentista, foi um acúmulo de tragédias pessoais e coletivas. Aquelas crianças que não pereciam durante a viagem, enfrentavam a fome, a sede, os abusos sexuais e eram obrigadas a superar as humilhações e o sentimento de impotência diante de um mundo que, “não sendo o seu, tinha que ser assimilado independentemente de sua vontade” (RAMOS, 2016, p. 49).

Del Priore (2016, p. 84-106) contribui para a síntese histórica aqui reunida com uma exposição sobre “o cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império”. Ela parte da constatação das condições que distinguiam severamente a vida de uma criança pobre e as circunstâncias de uma criança rica. A classe social passa a ser uma categoria a ser observada ao se descreverem as contingências da infância nessa época. Outra relevante distinção se dava nas classificações etárias do período. Manuais de medicina entre os séculos XVI e XVIII definiam que a primeira idade do homem era a “puerícia”, que durava do nascimento até os catorze anos. A segunda idade, chamada de “adolescência” perdurava dos catorze aos 25 anos.

[...] o que hoje chamamos de infância corresponderia aproximadamente à puerícia. Esta, por seu turno, dividia-se em três momentos que variavam de acordo com a condição social de pais e filhos. O primeiro ia até o final da amamentação, ou seja, findava por volta dos três ou quatro anos. No segundo, que ia até os sete anos, crianças cresciam à sombra dos pais, acompanhando-os nas tarefas do dia a dia. Daí em diante, as crianças iam trabalhar, desenvolvendo pequenas atividades, ou estudavam a domicílio, com preceptores ou na rede pública, por meio das escolas régias, criadas na segunda metade do século XVIII, ou, ainda aprendiam algum ofício, tonando-se ‘aprendizes’. (DEL PRIORE, 2016, p. 84-85).

Outra questão apontada pela autora e que pode ser destacada diz respeito aos castigos aplicados nas crianças com o fim de corrigir algum comportamento indevido (DEL PRIORE, 2016, p. 97). O castigo físico não era novidade e foi uma prática introduzida pelos jesuítas. Causava muito incômodo nos indígenas, pois eles desconheciam o ato de bater em crianças. Era comum que a violência física também fosse cometida contra as mães e acabava por afetar os filhos:

[...] não foram poucas famílias que se desfizeram deixando entregues ao Deus dará mães e seus filhinhos: fome, abandono, instabilidade econômica e social deixaram marcas em muitas crianças. Não são poucas as crianças que encontramos, nos documentos da época, esmolando às portas de igrejas, junto com suas genitoras. (DEL PRIORE, 2016, p. 98).

No mesmo livro, Julita Scarano (2016) trata do que chama de crianças esquecidas das minas gerais. Durante o século XVIII, havia poucas descrições sobre a vida das crianças e

apenas era possível obter tais informações quando a documentação oficial mencionava algo sobre a mulher e subsidiariamente havia algum tipo de comentário sobre a criança. Os documentos daquela época tratavam de assunto como o fisco e tudo aquilo que afetava diretamente os governantes (SCARANO, 2016, p. 108). A criança era vista como secundária.

Nesse contexto, nas senzalas, até que a criança completasse sete anos, ela tinha o direito de percorrer livremente entre os aposentos de seus donos, sobretudo quando as suas mães trabalhavam ali. Tinham a autorização de conviver com os filhos das mulheres brancas, e eram uma espécie de distração para as mulheres brancas que tinham uma vida muito monótona, agradando os pequenos com brincadeiras, doces e outros tipos de afagos (SCARANO, 2016, p. 111).

No mesmo período citado, havia uma demanda grande por homens jovens que, trazidos para o Brasil, trabalhariam na mineração. Acabavam por trazer também algumas crianças, principalmente as mais velhas que poderiam ser vendidas em separado. Era preciso que as crianças tivessem certa idade para conseguirem trabalhar na mineração e, em razão dessa restrição, não interessava para tal atividade que viessem crianças em grande número. Importa estabelecer o padrão de idade do qual se fala, pois, naquela época, de forma geral, o menino com quinze anos já era considerado adulto e a mulher com doze anos já poderia se casar. Era considerada como idade ideal para o trabalho na mineração o jovem entre quinze e 24 anos (SCARANO, 2016, p. 113).

Como mencionado anteriormente, naquela época não havia nenhum tipo de preocupação com a mortalidade infantil, por isso não se criava uma expectativa de que as crianças pudessem crescer para ocupar o lugar dos escravos que haviam morrido:

Entretanto, o próprio modo como se processava o comércio de escravos fazia com que as crianças também viessem para esta terra e fossem levadas para a região das minas. Mesmo sem quantificação a tal respeito, tudo leva a crer que seu número era relativamente pequeno. As crianças que chegavam em navios negreiros pareciam esqueletos, cheias de sarna, problemas de pele e outras moléstias e ficavam sujeitas a tratamentos horríveis para poder enfrentar e bem impressionar seus compradores. Não eram consideradas um bom investimento para o futuro, o presente era o que importava e os pequenos apareciam apenas como mais uma boca a ser alimentada. (SCARANO, 2016, p. 114).

Havia um registro feito à época do número de nascimentos e óbitos de brancos, pardos e negros. De acordo com tais dados, os pardos tinham um maior percentual de nascimento que os demais e os negros não conseguiam atingir um crescimento vegetativo, pois a mortalidade era superior. Salienta-se que os dados não eram precisos, pois inúmeras crianças negras nasciam e não eram batizadas, o que levava à compreensão de que aquela criança não teria tido uma

vida oficial. Assim, os bebês mortos sem batismo eram enterrados sumariamente sem que fossem sequer computados como recém-nascidos (SCARANO, 2016, p. 116).

Em outro capítulo do livro de Del Priore, ao tratar sobre a criminalidade no universo infantil já no início do século XX, Santos (2016) demonstra a existência de grande número de menores criminosos, servindo-se de estatísticas elaboradas em São Paulo. As crianças podiam iniciar precocemente as atividades laborais, mas era comum que transitassem entre atividades lícitas, realizadas nas fábricas e oficinas, e as atividades ilícitas para as quais crianças e adolescentes se encaminhavam como maneira de superar as dificuldades da própria sobrevivência. O tipo de atividades ilícitas provocadas por menores e por adultos era de natureza diferente: enquanto os adultos eram responsáveis pelos altos índices de homicídios, entre os menores era mais comum a prática dos furtos, roubos, desordens, prostituição e mendicância (SANTOS, 2016, p. 214-222). Há vários relatos de atividades ilegais praticadas por crianças e adolescentes pelas ruas da cidade de São Paulo:

É extraordinário o número de meninos que vagam pelas ruas. Durante o dia, encobrem o seu verdadeiro mister apregoando jornais, fazendo carretos; uma vez, porém, que anoitece, vão prestar auxílio eficaz aos gatunos adultos que, por essa forma, se julgam mais garantido contra as malhas policiais. (CANDIDO MOTTA¹⁶ apud SANTOS, 2016, p. 219).

Para ilustrar a gravidade da situação que se instaurava nas ruas da cidade em decorrência da atuação dessas crianças e adolescentes das classes populares, em setembro de 1907, uma matéria publicada no jornal *São Paulo* alertava os leitores e as autoridades acerca das atividades dos grupos de menores nas ruas. Essa matéria acabou por chamar a atenção do secretário da justiça e segurança pública à época, que enviou um ofício pedindo providências ao comandante da Guarda Cívica (SANTOS, 2016, p. 220).

Na análise documental proposta por Santos (2016), apontava-se como solução para o problema não só a escola como também a fábrica, quando se defendia que o trabalho infantil seria uma solução eficaz e, também, rentável para extinguir a delinquência infantil (SANTOS, 2016, p. 220).

A criminalidade infantil era enquadrada pelo Código Penal como crime de “vadiagem”. As ruas ficavam repletas de trabalhadores rejeitados pelo mercado formal que acabavam por buscar alternativas para sobreviver. Aconteciam inúmeras prisões arbitrárias motivadas por múltiplas razões, ora porque o detido não conseguia comprovar, perante a autoridade, sua

¹⁶ CANDIDO MOTTA. **A justiça criminal**. São Paulo: Imp. Oficial, 1895.

ocupação, ora quando eram detidos menores que andavam pelas ruas e que eram sistematicamente capturados. Os dados estatísticos da época apontavam um significativo número de prisões por crime de vadiagem independentemente da idade:

Naquele mesmo ano [de 1904], as estatísticas indicavam que dos 1.470 presos pelo crime de vadiagem, 293 eram menores; e ainda, que dos 2.415 presos recolhidos à cadeia pública, 1.118 o foram por crime de vadiagem. O mesmo chefe de polícia orientava os praças em seu relatório quanto à prisão daqueles infratores: 'devem ser detidos os indivíduos de qualquer sexo e idade encontrados a pedir esmola, ou que forem reconhecidamente vagabundos', dando margem a inúmeras arbitrariedades cometidas cotidianamente. (SANTOS, 2016, p. 222).

Inicialmente, os institutos disciplinares particulares surgiram com o objetivo de oferecer um ensino profissionalizante para acolher os filhos de operários e comerciantes. O Estado tinha dificuldades de enviar menores que haviam sido incriminados judicialmente para essas instituições, pois elas se recusavam a receber crianças e adolescentes que já haviam iniciado práticas irregulares, sob o argumento de que os pais que pagavam pela estadia dos seus filhos nessas instituições não iriam querer o envolvimento dos seus filhos com aqueles considerados criminosos. Buscando-se reduzir o descompasso entre o Código Penal e a falta material do Estado, que não possuía um estabelecimento específico para o cumprimento das sentenças, começaram a ser implementadas instituições públicas de recolhimento para que pudessem ser cumpridas as sentenças das crianças e adolescentes infratores (SANTOS, 2016, p. 220).

A pressão de juristas e autoridades vinha no sentido de criar tais instituições e aumentava na medida em que a própria criminalidade também aumentava. Falava-se sobre a necessidade de corrigir e proteger os jovens de maneira que fosse promovida sua recuperação. No entanto, tal discurso transvestia a principal motivação que tais instituições tinham: resolver o problema da criminalidade nas ruas retirando tais jovens de circulação. Havia também um discurso preocupado com as reais necessidades desses jovens, que se indignava ao identificar inúmeras sociedades de proteção dos animais e, ao mesmo tempo, o abandono das crianças e adolescentes marginalizados pela pobreza, vítimas de todo o sistema (SANTOS, 2016, p. 223).

Há poucos registros acerca da atuação dos pais a respeito das arbitrariedades praticadas pelo Estado contra crianças e adolescentes, da mesma forma que não há qualquer tipo de menção a punições estatais aos genitores que, na contemporaneidade, são responsabilizados pelos atos de seus filhos. A julgar pelas poucas citações de que se tem registro, o contato desses jovens com os pais se dava apenas nos dias de visitas nos quais o contato entre eles era permitido na presença de um funcionário. Admitia-se a troca de correspondências entre os jovens e os seus pais apenas se houvesse a fiscalização do conteúdo da carta por algum superior. Além

disso, era muito comum que a criança ou o adolescente fosse preso e julgado sem que seus pais tomassem conhecimento disso:

Em 1903, inaugurado o instituto, o temor tinha se espalhado pela cidade em virtude do boato de que a polícia andava pelas ruas capturando menores indistintamente para enclausurá-los na instituição. No bairro do Brás, muitos pais teriam tirado seus filhos das escolas, munindo-os de salvo-conduto para evitar tal desgraça. (SANTOS, 2016, p. 227).

Havia, portanto, um comportamento discriminatório e arbitrário contra as crianças e adolescentes de classes desfavorecidas socialmente. Os institutos disciplinares daquela época tinham como principal escopo a “regeneração pelo combate ao ócio” que, combinada com a “pedagogia do trabalho”, constituíam “moedas correntes no cotidiano do instituto. Tentava-se a todo custo inculcar naquelas mentes, hábitos de produção e convívio aceitáveis pela sociedade que os rejeitava”. (SANTOS, 2016, p. 225).

Dentro desses institutos disciplinares as crianças e adolescentes realizavam atividades laborais e viviam uma rotina rígida e privada de momentos de lazer. Essas limitações acabavam por motivar a prática de constantes protestos, seguidos por punições. Em razão da rigidez do regime que era imposto, era comum a fuga de tais crianças e adolescentes que recusavam submissão às regras do regime autoritário que lhes era imposto.

Esse tratamento dado às crianças foi mantido, no Brasil, em legislações no início do século XX. Entre os diversos objetivos propostos para o próximo capítulo, pretende-se discutir os sistemas de proteção que passaram a ser implementados no Brasil a partir dessa época, alguns presentes até os dias atuais, com o objetivo de compreender como foi sendo desenvolvida a percepção que entende a criança e o adolescente como sujeitos vulneráveis.

3 HISTORICIDADE DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O presente capítulo, tal como o precedente, ainda tem um caráter propedêutico, na medida em que cumpre o papel de trazer os elementos históricos e sociais anteriormente abordados para o âmbito das questões relacionadas ao afeto no Direito de Família brasileiro. O objetivo perseguido é o de enfrentar os dilemas postos pragmática e teoricamente para essa área do Direito Civil.

No entanto, antes de avançar para essa reflexão mais estritamente jurídica, dois movimentos ainda parecem necessários nesta dissertação. O primeiro se refere à importância de se dar visibilidade aos modos como as questões da filiação, do parentesco, da família e de tantas outras já enumeradas anteriormente foram ganhando concretude no Direito brasileiro ao longo dos anos e, em particular, do século XX até hoje. Nesse intuito, a leitura de Marques e Miragem (2012) representa uma contribuição fundamental para a apreciação desse complexo processo pelo qual o aparato jurídico nacional vem se instituindo.

Em seguida, dedica-se uma seção deste capítulo para adicionar uma reflexão sobre a obra na qual Engels (1984) trata da origem da instituição ocidental de família. Esta tentativa de aproximar, numa mesma análise, as percepções genealógica e legal, em conjunto, haverá de propiciar – espera-se – uma análise tão criteriosa quanto abrangente sobre o tema. Entre outros estudos consultados, também pode ser destacado o trabalho de Fustel de Coulanges (1961), com cuja abordagem deseja-se complementar a perspectiva histórica aqui iniciada com a leitura de Engels.

A inter-relação do Direito com a história e a sociedade é insistentemente preconizada neste texto. Ainda que, em certos momentos, seja necessário reconhecer certa anterioridade do social sobre o Direito, parece importante recusar uma propensão dualista para tratar Direito e Sociedade como realidades distintas que então, no máximo, se entrelaçariam. Evitando essa perspectiva – na qual, aqui, se reconhece um caráter reducionista –, parece mais produtivo tratar o jurídico como algo que emerge inelidivelmente da convivência em sociedade. Tal ponto de vista dá sustentação à demanda preconizada nesta dissertação de que – pelo menos no âmbito estrito da discussão que aqui se quer fazer sobre certas contingências atuais do Direito de Família – seja salvaguardada a necessária dinamicidade da lei para acolher as mudanças sociais que, sob este ponto de vista, a precedem. Dessa maneira, sustenta-se, como um desiderato, que o Direito possa, de maneira suficiente, prever abusos e prevenir arbitrariedades. Apesar de o Direito ser reconhecidamente o resultado de uma construção humana para operar regulação

social e, por essa razão, a sua produção caminhe passos atrás da realidade social, a sua objetividade pode amparar a diversidade cultural de dado período.

A regulação sobre atos de alienação parental (Lei nº 12.318/2010) que se vê hoje, por exemplo, não existia antes de 2010. Entretanto, a percepção sobre a existência de atos alienatórios de parentes ou dos próprios genitores na afetação da saúde psicológica da criança e do adolescente foram identificados antes que a lei pudesse ser formulada e antes de haver entrado em vigor. Por essa razão, aparentemente, o fato social acontece e, em seguida, o Direito regula.

Ocorre, porém, que nem sempre essa conexão entre realidade e lei é tão linear e evidente. Há questões que possuem acepções valorativas motivadas pelos mais diversos aspectos (concepções morais influenciadas por questões religiosas, por exemplo) que acabam por afetar a formação de tais construções legislativas. A jurisprudência nacional tenta suprir a lacuna legal ao interpretar a condição social à luz de preceitos constitucionais, por exemplo.

É importante observar que é inerente a toda cultura a dinamicidade de relações. Conforme já vem sendo feito neste texto, para identificar esse dinamismo, recorre-se à observação das transformações históricas na família. Elas conseguem explicitar a pluralidade de configurações que já existiram na humanidade. Os apontamentos sobre o tema que serão feitos abaixo pretendem explorar tais alegações. Além de trazer um aprimoramento da análise ficará demonstrado como a interseção entre as duas matérias é fundamental para que se construam sociedades cada vez mais plurais.

Por fim, passa-se a discutir diretamente o tratamento das questões familiares, o lugar da criança e do adolescente e outros aspectos que ganham conformações conflitantes na sociedade brasileira e na legislação recentes. Vários autores têm contribuições destacada nesse campo, como Almeida e Rodrigues Júnior (2012), Fiuza (2006; 2008) e outros que serão mencionados nas páginas seguintes.

Contudo, na produção deste texto a autora destas páginas contou com o amparo imprescindível das reflexões propostas pelo professor doutor Leonardo Macedo Poli, em cuja companhia produziu o artigo “O problema do afeto no Direito de Família: o afeto como vínculo objetivo constitutivo distintivo de pertencimento à entidade familiar” (POLI e CORCIONE, 2019), que se encontra em processo de publicação. Na preparação desse artigo, foram decantando e ganhando consistência vários dos conceitos e interpretações para questões aqui discutidas.

3.1 Sistemas de proteção à criança e ao adolescente no Brasil

Foram vários os instrumentos internacionais que tentaram conferir às crianças proteção integral. Marques e Miragem (2012, p. 130-131) oferecem um levantamento – tomado como referência ao longo desta seção – em que enumeram as sucessivas organizações e institutos que atuaram em defesa dos direitos das crianças. Entre tantas, destacam-se a Declaração de Genebra e também a Declaração dos Direitos da Criança que foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1959, a partir da qual se passou a reconhecer a vulnerabilidade da criança de maneira universal. De acordo com os referidos autores houve “árdua e lenta” caminhada até que se chegasse à constituição de organizações internacionais dedicadas ao bem-estar da criança (como o Unicef e a OEA).

O Código Mello Mattos, de 1927, também entendido como o primeiro Código de Menores, foi elaborado exclusivamente para o controle da infância abandonada e dos delinquentes, de ambos os sexos, menores de dezoito anos. Havia quem dissesse que as medidas previstas em tal código seriam as primeiras a dar um tratamento mais sistemático e humanizado à criança e ao adolescente. Não foi o que aconteceu. Hoje se entende que o primeiro Código de Menores detinha um viés voltado apenas para punir crianças e adolescentes infratores, trazendo pouca ou nenhuma perspectiva de verdadeira proteção a esses sujeitos. (MARQUES e MIRAGEM, 2012).

Décadas mais tarde, em 1979, o novo Código de Menores viria a admitir a existência de direitos das crianças, como saúde e educação. Também ficava estabelecido o apoio legal do Estado que vem a contribuir para a manutenção dos filhos. Entretanto, um ponto em particular ainda refletia o contexto de abusos existentes nos séculos anteriores: assim como no sistema que o precedeu, também no Código de Menores de 1979 o campo de atuação do Juiz permanecia restrito ao binômio carência/delinquência. As demais questões eram discutidas na Vara de Família e eram regidas pelo Código Civil então vigente (Código de 1916).

Em todo esse período, as crianças e os adolescentes que descumpriam qualquer tipo de regra de conduta social eram tratados de forma segregatória e normalmente eram levados para internatos ou, no caso dos infratores, institutos de detenção mantidos pela FEBEM (Fundação Estadual para o Bem-estar do Menor). Não havia uma preocupação com a manutenção de vínculos familiares. Segundo Cunha (2001, p. 98), “os menores considerados em situação irregular passaram a ser identificados por um rosto muito concreto: são os filhos das famílias empobrecidas, geralmente negros ou pardos, vindos do interior e das periferias”.

Os institutos criados sob o argumento de uma doutrina garantista, na verdade não anunciavam direitos, mas apenas predefiniam situações e determinavam uma atuação de resultados. Agia-se na consequência, e não na causa do problema.

Em 1989, a Organização das Nações Unidas adotou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, que visa à proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo. Tal documento, aprovado pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, passava a assegurar, no seu artigo 7º, que toda criança deveria ser imediatamente registrada após o seu nascimento, vindo a ter o direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

Ainda assim, até que tal proteção integral viesse a ser faticamente assegurada na realidade brasileira e diante de todos os institutos propostos, muitos anos se passaram até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 227, § 6º), o Estatuto da criança e do adolescente, em 1990, e o Código Civil de 2002. Tais dispositivos vieram assegurar proteção direta e indireta à criança e ao adolescente enquanto sujeitos de direito:

O pluralismo vem da própria identificação da criança e do adolescente como sujeitos de direitos a proteger, hoje, sujeito de direitos fundamentais, *ex vi* arts. 226 e 227 da CF/1988. No direito pós-moderno, significa afirmar que hoje a expressão “melhor-interesse” (*best interest*), “bem-estar” ou a expressão do art. 43 do ECA, “vantagem” para a criança deve ser interpretada à luz da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, à luz dos direitos básicos assegurados no ECA, exatamente como faz a Convenção de Haia. [...] Os valores a ponderar são, portanto, dois: não há bem-estar econômico-afetivo, se viola os direitos humanos culturais e de identidade da criança; não há respeito aos direitos humanos da criança, se a decisão desrespeita seu bem-estar afetivo ou econômico; só a conjunção destes dois fatores é que realiza a expressão, o conceito aberto “melhor interesse” ou “vantagem”. (MARQUES e MIRAGEM, 2012, p. 131).

Na descrição de Marques e Miragem (2012), aqui seguida de perto, nota-se como ocorreu uma mudança de perspectiva: passou a haver uma maior preocupação com o bem-estar da criança em todos os seus aspectos. Abandonou-se a perspectiva, que perdurara até o século XIX, que ainda entendia que a criança e o adolescente deveriam ser tratados em igualdade de condições com os adultos. Com o passar dos anos, passou-se a reconhecer tais sujeitos como detentores de certa vulnerabilidade, tornando necessária a inclusão de documentos normativos que pudessem assegurar uma esfera de proteção mínima.

A Convenção de Haia, de 1993, não revogou o Estatuto da Criança e do brasileiro. Ao contrário, determinou que fossem respeitadas as normas internacionais. Ainda assim, a inclusão de tal convenção possibilitou a garantia de ainda mais segurança jurídica para as crianças.

Marques e Miragem (2012) apontam dois aspectos referentes à adoção: “a opção da Convenção de procurar impor suas regras mínimas de cooperação e ética a todas estas adoções internacionais, centrando sua atenção no ‘deslocamento’ internacional da criança, sem valorar [...] as normas internas nacionais” e, ainda, “[...] Ao considerar o vínculo com sua própria família e cultura prioritário, estabelecendo que a adoção internacional é subsidiária à nacional, torna a adoção mais humanitária, concentrada no bem-estar da criança vista sob o lado afetivo e econômico [...]”. (MARQUES e MIRAGEM, 2012, p. 132).

Marques e Miragem (2012, p. 131) se servem ainda da teoria do jurista alemão Erik Jayme, que considera “pluralismo, comunicação, narração e retorno dos sentimentos” como elementos característicos da pós-modernidade. Marques e Miragem defendem, por exemplo, que o pluralismo (no sentido em que Erik Jayme o concebe) pode ser identificado nos novos dispositivos legais de proteção às crianças e aos adolescentes no Brasil. Ambos consideram também a comunicação como um elemento presente no direito de família brasileiro (Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil). Afirmam ainda que a transformação no tratamento dado às crianças e aos adolescentes com a promoção da escuta efetiva, faz afastar a perspectiva que os considerava como “objetos”, buscando-se o reconhecimento desses indivíduos como sujeitos de direitos próprios.

Outro elemento que Marques e Miragem (2012, p. 135) destacam é a narração como um “novo método de elaborar normas legais; não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no microsistema de forma a auxiliar a interpretação teleológica e no efeito útil das normas”. A demonstração que se faz estaria no conteúdo do Estatuto da Criança e do Adolescente que seria, então, mais voltado a uma espécie de discurso político do que de uma norma:

Erik Jayme destaca que as crianças hoje têm uma identidade cultural, reconhecida por instrumentos internacionais e nacionais. Isso se contrapõe fortemente a outras eras e demonstra o caminhar da criança como sujeito de direitos (pós-moderno); de sujeito teoricamente igual ao adulto na Idade Média, de sujeito passivo identificado e segregado na modernidade, a sujeito de direitos (ativos) incluído na pós-modernidade. (MARQUES e MIRAGEM, 2012, p. 136).

Como se viu, em um primeiro momento, a criança era equiparada ao adulto. Até o século XIII a infância era uma fase quase desconhecida e havia um alto grau de mortalidade infantil, pois naquela época não se preocupava com a higiene, a medicina ou com o cuidado especial destinado a esses sujeitos em formação. Também a arte refletia essa realidade: não havia muitas

representações infantis ou, quando eram representadas, as crianças figuravam como pequenos adultos.

A concepção apresentada acima e apontada nas seções iniciais do presente trabalho foi superada na medida em que passaram a ser implementadas ações governamentais como políticas sociais, em substituição às ações de instituições religiosas. Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, implementou-se como dever do Estado, assim como da família, a proteção da criança, do adolescente e dos jovens garantindo-lhes:

[...] 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. (BRASIL, 1988, art. 227).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 (BRASIL, 1990), surgiu com o mesmo objetivo de assegurar a garantia da proteção a crianças, adolescentes e jovens, conforme previsto na Constituição, além de traçar as diretrizes necessárias a todas as questões atinentes a esses sujeitos. Assim, trata-se de “uma nova dimensão da caridade” que “será concretizada combinando, com especial equilíbrio, ações privadas e governamentais”. (PASSETTI, 2016, p. 350).

Em caso de violação de quaisquer um dos preceitos determinados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, existem órgãos especializados (CRAS – Centro de Referência de Assistência Social; CREAS – Centro de Referência Especializado em Assistência Social; Conselho Tutelar, entre outros), aos quais a população pode recorrer para que seja assegurada a proteção da criança e do adolescente na família e na sociedade. Dessa forma, caso seja identificado qualquer tipo de violação, há medidas judiciais para acolher esses sujeitos:

A criança e o jovem se transformam em prioridades de Estado. A legislação pretende protegê-los da família desestruturada e dos maus-tratos que venham a sofrer; quer garantir educação, políticas sociais, alimentação e bases para o exercício da cidadania. Recomenda que a internação seja evitada, utilizada apenas como um recurso derradeiro, e pretende superar a associação pobreza-delinquência que estigmatizou grande parte de crianças e adolescentes como “menores”. Sem dúvida, a Constituição e o ECA exigem um Estado presente no dia a dia zelando pelo futuro das crianças por meio de política de proteção à “criança e ao adolescente” garantida pelo ECA, e vigiando e penalizando os infratores por meio de políticas de prevenção ao crime com base na aplicação do Código Penal. (PASSETTI, 2016, p. 366).

Marques e Miragem (2012) discorrem, entre outras questões, sobre as razões pelas quais determinados sujeitos devem ser entendidos como vulneráveis e sobre os motivos que levam a tal constatação. Segundo os autores,

A proteção dos vulneráveis pelo direito tem sua origem na identificação de diversos novos sujeitos merecedores de proteção por se encontrarem em situação de desigualdade, construindo-se, a partir daí, um sistema de normas e subprincípios orgânicos para reconhecimento e efetivação de seus direitos. A identificação destes novos sujeitos de direito, grupos de não iguais, de vulneráveis pode ter conotações pós-modernas fortes. (MARQUES e MIRAGEM, 2012, p. 125).

Portanto, foi no contexto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente que se passou, legalmente, a compreender crianças e adolescentes como sujeitos vulneráveis. Conforme visto, foram séculos de marginalização e de maus tratos que hoje são, reconhecidamente, entendidos como violadores de direitos. Mostra-se produtivo, agora, abordar as transformações que levaram a essa mudança de compreensão, observando-se as razões pelas quais as crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos vulneráveis no direito privado como uma forma de garantia constitucional.

O primeiro capítulo deste trabalho já mostrou a modificação do sentimento e, conseqüentemente, do tratamento destinado às crianças e aos adolescentes no decorrer dos séculos. A obra de Ariès (2016) demonstra, fundamentalmente, como o discurso sobre a infância está vinculado à emergência da percepção da especificidade do infantil na Modernidade. Disso se infere que a infância é parte de uma construção social e não está limitada a qualquer fato de cunho biológico. Da mesma forma, pela percepção histórico-social e jurídica apontada por Marques e Miragem (2012) foi possível identificar as razões que motivaram a introdução de uma acepção preocupada com a vulnerabilidade inerente a tais sujeitos e a importância que tal reconhecimento trouxe para as transformações sociais na contemporaneidade.

A comparação entre os momentos históricos e sociais diversos que vem sendo empregado como procedimento heurístico pode permitir que se vislumbrem razões para o surgimento de acepções conflitantes na atualidade. As percepções valorativa e objetiva em torno da afetividade – modos de ver que estarão em debate nos próximos capítulos – têm critérios de análise que se contrapõem. Espera-se alcançar a compreensão desse embate por meio da recuperação analítica dos contextos histórico-sociais de períodos anteriores, tal como já intentado no primeiro capítulo, quando o principal objetivo era acompanhar o devir da ideia de infância.

O desenvolvimento da história da família enquanto instituto, aprofundado em seguida, somado às questões envolvendo o tratamento dado às crianças e aos adolescentes no decorrer do primeiro capítulo, apontam para a necessidade de se assegurar liberdade às diversas

conformações familiares. Parece que as discussões já apresentadas são suficientes para dar sustentação ao postulado que se pretende demonstrar adiante: não é possível estabelecer um padrão que abarque toda a pluralidade de famílias existentes sem que se reconheça como critério fundamental o *animus familiae*. Tal reconhecimento recíproco entre os membros da relação foi e permanece sendo o critério indispensável para a formação familiar.

Por essa razão e conforme será enfrentado nos próximos capítulos do trabalho, não cabe ao Direito Civil determinar como família apenas aquela relação que se restringir ao elemento afeto. Dessa maneira estar-se-ia conferindo demasiada ênfase a um critério que pode ser volátil, a depender da maneira como será compreendido. Contudo, da mesma forma, desconsiderar relações construídas pelo afeto – da maneira como este último elemento tem sido tratado atualmente – terminaria por excluir formações familiares construídas sob a égide desse critério. Precisamente na contramão disso, deverá esse ramo jurídico encontrar uma compreensão que respeite a liberdade de conformações familiares existentes na atualidade.

Para isso é preciso rediscutir as acepções existentes hoje sobre o afeto no Direito de Família, distinguindo-se cada uma delas pelo modo como compreendem o afeto, seja como sentimento ou como dever de cuidado. Confrontadas com as análises feitas a seguir, talvez se possa reinterpretar o afeto e a própria ideia de família de modo a salvaguardar a amplitude e o caráter inclusivo desses conceitos. Esta análise das duas perspectivas sobre o afeto será verticalizada no próximo capítulo.

Agora, porém, a exemplo do que se fez anteriormente apurando a mobilidade histórica da ideia de infância, torna-se necessário apreciar o contexto e o conceito do instituto família em seu caminho até a atualidade. Tal debate é relevante para que seja possível compreender o papel do afeto na família. Apenas depois de ultrapassada essa fase conceitual, será possível descrever minuciosamente a nova proposta de compreensão da afetividade para o Direito de Família que, nesta dissertação, se quer delinear.

3.2. Relações de parentesco numa perspectiva genealógica

Vários teóricos discorrem sobre as alterações históricas sofridas pela família. A leitura de Héritier (2000), de Ariès (2016) e tantos outros já discutidos no primeiro capítulo, e mesmo nas partes precedentes a esta seção, já permitiu entrever a questão familiar e do afeto, na medida em que a infância e a adolescência foram tematizados em sua diacronia. Destacam-se, adiante outros aspectos que permitem examinar as alterações por que passou o instituto da família no decorrer da história.

A obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, de Engels (1984), propõe uma reflexão desde os tempos da barbárie até o século XIX, momento este em que o texto está sendo produzido. Engels (1984) aponta a mudança na percepção daquilo que se entendia como família, a partir das investigações de Lewis H. Morgan, um antropólogo, etnólogo e escritor norte-americano que se dedicou a estudar a evolução das sociedades, distinguindo-as, por suas fases históricas, em selvageria, barbárie e civilização.

Tendo por referência esse material, Engels traz reflexões sobre diversas culturas ao redor do mundo. No prefácio à quarta edição da obra, datado de 1891, o autor faz coincidir o início de suas próprias reflexões sobre a história da família com a publicação dos estudos de Bachofen (ocorrida décadas antes, em 1861) sobre “direito materno”:

1 - primitivamente, os seres humanos viveram em promiscuidade sexual (impropriamente chamada de heterismo por Bachofen); 2 - estas relações excluía toda possibilidade de estabelecer, com certeza, a paternidade, pelo que a filiação apenas podia ser contada por linha feminina, segundo o direito materno, e isso se deu em todos os povos antigos; 3 - em consequência desse fato, as mulheres, como mães, como únicos progenitores conhecidos da jovem geração, gozavam de grande apreço e respeito, chegando, de acordo com Bachofen, ao domínio feminino absoluto (ginecocracia); 4 - a passagem para a monogamia, em que a mulher pertence a um só homem, incidia na transgressão de uma lei religiosa muito antiga (isto é, do direito imemorial que os outros homens tinham sobre aquela mulher), transgressão que devia ser castigada, ou cuja tolerância se compensava com a posse da mulher por outros, durante determinado período. (ENGELS, 1984, p. 7).

Sendo um percurso panorâmico pelas transformações que afetaram a estrutura das relações familiares no decorrer dos séculos, diversos são os aspectos em que a leitura de Engels se aproxima do esforço feito, ao longo do primeiro capítulo desta dissertação. Por essa razão, entende-se que há uma relação de complementaridade entre esta discussão e o conteúdo já discutido. O tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes acaba por aproximar-se da discussão sobre a questão da filiação e da família. Como se poderá constatar em seguida, parece ser viável um cotejamento entre o texto de Engels (1984) e os estudos, já discutidos, que foram propostos por Hérítier (2000). No entanto, há aspectos particulares do discurso feito por Engels que justificam sua apresentação nesta seção. Efetivamente, no texto de Engels há percepções de uma certa carga moral que reflete o contexto que constitui o momento de enunciação no trabalho de Morgan. Merecem relevo passagens do texto em que Engels trata da restrição da mulher à monogamia, apontando sua objetificação frente ao masculino, pois ela passa a ser tratada como uma propriedade do homem.

Engels (1984) discorre sobre as relações de parentesco em diversas tribos ao redor do mundo e, ao discorrer sobre a família, recupera o testemunho do antropólogo norte-americano

Lewis H. Morgan (1818-1881), que viveu grande parte de sua vida entre os iroqueses, um grupo nativo de uma região localizada entre o Canadá e os Estados Unidos. Engels narra que, após ter sido adotado pela tribo dos *senekas*, Morgan encontrou um sistema de consanguinidade diferente:

um sistema de consanguinidade, vigente entre eles, que entrava em contradição com seus reais vínculos de família. Reinava ali aquela espécie de matrimônio facilmente dissolúvel por ambas as partes, que Morgan chamava de “família sindiásmica”. A descendência de semelhante casal era patente e reconhecida por todos; nenhuma dúvida podia surgir quanto às pessoas a quem se aplicavam os nomes de pai, mãe, filho, filha, irmão ou irmã. Mas, o uso atual desses nomes constituía uma contradição. O iroquês não somente chama filhos e filhas aos seus próprios, mas, ainda, aos de seus irmãos, os quais, por sua vez, o chamam pai. Os filhos de suas irmãs, pelo contrário, ele os trata como sobrinhos e sobrinhas, e é chamado de tio por eles. Inversamente, a iroquesa chama filhos e filhas os de suas irmãs, da mesma forma que os próprios, e aqueles, como estes, chamam-na mãe. Mas chama sobrinhos e sobrinhas os filhos de seus irmãos, os quais a chamam de tia. Do mesmo modo, os filhos de irmãos tratam-se, entre si, de irmãos e irmãs, e o mesmo fazem os filhos de irmãs. Os filhos de uma mulher e os de seu irmão chamam-se reciprocamente primos e primas [...]. (ENGELS, 1984, p. 28-29).

Segundo o autor, esse sistema de parentesco se achava em vigor entre várias tribos de índios da América como também entre os aborígenes da Índia que, até os dias de hoje reconhecem mais de duzentas formas de parentesco. Como se pode perceber pela passagem acima, o critério de definição de família para esses grupos não é a consanguinidade. Trata-se de uma relação na qual os membros da sociedade reconhecem-se mutuamente como família.

Ainda que estejamos diante de inúmeras conformações familiares, durante as buscas de Morgan, reapreciadas na obra de Engels (1984), foram identificadas tribos de índios em que as relações de parentesco se assemelham ao formato que se vê na sociedade ocidental moderna – a união de um pai, uma mãe e um ou mais filhos conectados pela consanguinidade. Ao apontar um tipo de sistema familiar incomum, isto é, não pautado pela consanguinidade, persistente ainda na primeira metade do século XIX, nas ilhas de Sandwich (Havaí), o autor utiliza-se das palavras de Morgan para dizer que a família

[...] é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos; só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente. (ENGELS, 1984, p. 30).

Conforme observação de Poli e Corcione (2019), constata-se frente a tais observações, que a “consanguinidade é empiricamente uma possibilidade, e não necessariamente um critério

impositivo para incluir ou excluir uma dada forma de relação interpessoal sob a égide do conceito de família”.

Engels constatou que o sistema de parentesco legado historicamente à sua época foi sendo extinto ainda durante o período de sua vida. Ele se reconhece, portanto, como testemunha viva de mudanças essenciais nas formas de organização familiar. Para o autor, com o decorrer dos anos, aconteceram transformações históricas e culturais diversas que contribuíram para tal modificação. Deixa-se entrever aí a sugestão de que, para se compreender a família como instituição, é necessário apreciá-la à luz do próprio contexto histórico em que se dá uma certa organização das relações interpessoais no grupo familiar.

Ao reconstruir a história da família, Engels aponta como Morgan chegou à conclusão de que existiu uma época primitiva nas quais as relações interpessoais eram muito diferentes daquelas que se vê hoje no contexto familiar. No período apontado por ele, havia o que ele designa como um “comércio sexual promíscuo”, por meio do qual todas as mulheres pertenciam igualmente a todos os homens (ENGELS, 1984, p. 31). Prosseguindo sua narrativa, o autor mostra como Morgan discorre sobre as diversas conformações que este último considera promíscuas, as quais demonstram que não existiam os limites proibitivos que se veem nos dias de hoje. Todos esses aspectos ilustram conformações diversas que existiam no passado. Tal pluralidade que, por vezes, ainda pode ser encontrada nos dias atuais parece contrastar com certa expectativa nutrida, sobretudo, pelo senso comum de que, remontando no tempo, se encontrem sociedades sempre mais unívocas em suas estruturas.

Engels constata que a ideia de família varia de acordo com a cultura e com a época da qual se fala. Essa variação pode ser notada também no tratamento dado a cada membro da relação familiar, que também está diretamente conectado à cultura de uma determinada sociedade ou tribo, como nos casos em que há mais de uma mãe e/ou de um pai de uma única pessoa, independentemente da consanguinidade.

Outra questão apontada diz respeito à ausência do ciúme, dada à existência de matrimônios por grupos:

A tolerância recíproca entre os machos adultos e a ausência de ciúmes constituíam a primeira condição para que se pudessem formar esses grupos numerosos e estáveis, em cujo seio, unicamente, podia operar-se a transformação do animal em homem. [...] O matrimônio por grupos, a forma de casamento em que grupos inteiros de homens e grupos inteiros de mulheres pertencem-se mutuamente, deixando bem pouca margem para os ciúmes. (ENGELS, 1984, p. 35-36).

As percepções sobre as diferenças nas formas de família indicadas na obra de Engels apontam que, desde o período do qual o autor fala, conformações diversas já existiam por todo

o Planeta. Embora o autor estivesse analisando, especificamente, grupos sociais do século XIX, a realidade das famílias das quais ele tratava (composta por mais de um pai e/ou de uma mãe) por vezes acabam por se repetir nos dias atuais. A família multiparental tão comum hoje, guarda semelhanças com formatos primitivos do passado.

Percebe-se como Engels (1984) atribui valor às conformações familiares sobre as quais ele trata, pelo fato de serem fundadas em processos culturais de reconhecimento familiar por afinidade. Por essa razão, Poli e Corcione (2019, p. 5) ao tratarem sobre o mesmo tema, consideram tal perspectiva relevante para compreender, de um lado, a questão do afeto na realidade brasileira contemporânea e, de outro, as duas perspectivas que se opõem sobre o tema: “atribuir valor àquelas formas primitivas de organização – tal como faz Engels, ao supô-las fundadas em processos culturais de reconhecimento familiar por afinidade – será um elemento heurístico importante para compreender o impasse brasileiro atual”.

Partindo da ideia acima, pretende-se apontar na seção seguinte a perspectiva histórica e comparativa dos diversos formatos familiares no Brasil. Como feito em um primeiro momento no texto, foram traçados apontamentos sobre a história da família nos primórdios e pretende-se agora traçar alguns apontamentos que permitam perceber a transição da família clássica à contemporânea no Brasil.

3.3 Transformações do modelo clássico de família

Pretende-se traçar nesta seção as características fundamentais à compreensão da família em seu devir e em suas determinações. O objetivo é que tal método possibilite uma introdução à discussão que se fará a respeito do problema do afeto no Direito de Família. Para que se faça uma análise aprofundada sobre o tema dever-se-ão traçar alguns apontamentos sob a perspectiva histórica e comparativa da família clássica à contemporânea (ou eudemonista) aqui no Brasil.

Como foi discutido nas primeiras seções deste capítulo, a história da família varia de acordo com a cultura e o local do qual se fala. Para Poli e Corcione (2019, p. 5), a compreensão sobre essa transformação é fundamental para discutir a natureza do instituto da afetividade na contemporaneidade:

Trata-se de compreender a família em seu devir e em suas determinações, e não a partir de um conceito aprioristicamente estabelecido. Esse olhar genealógico se contrapõe a um outro, de caráter ontológico ou metafísico, que hipostasia o afeto como categoria fundante da família, independentemente de suas concretizações empíricas.

Essa demarcação será fundamental para a reflexão aqui intentada que abarca o afeto no panorama jurídico contemporâneo. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 5).

Na obra estudada na seção anterior, Engels (1984) demonstrou os fatores que comprovavam a influência direta da cultura na realidade das famílias. Supondo tal entrecruzamento recíproco e que se dá em múltiplas direções, verifica-se que o dispositivo que tratava da família no Código Civil de 1916 se filia tanto a uma tradição canônica como à inspiração que remonta ao direito romano. Tal legislação incorporava certa concepção de vertente cristã, desenvolvida nos últimos séculos da Antiguidade, tendo se estendido, mais tarde, pela Idade Média. Durante esse período a estrutura da família era representada por uma reinterpretação da figura jurídica romana do *pater familias*.

Esse modelo de família reconhecia exclusivamente a relação constituída em matrimônio entre um homem e uma mulher. Qualquer tipo de relação que se opusesse a esse modelo não granjeava amparo legal. Havia, portanto, uma discriminação generalizada sobre estruturas familiares diversas daquela legalmente estabelecida.

Com o objetivo de demonstrar as principais características desse modelo hegemônico imposto, propõe-se um breve estudo da cultura no Ocidente contemporâneo para compreender como a família atual brasileira chegou à configuração que possui hoje. Para tal apontamento elege-se como marco teórico a perspectiva do historiador francês Fustel de Coulanges (1961) que desenvolveu um estudo sobre os princípios e as regras que governaram as sociedades gregas e romanas. O seu apontamento e análise histórica permitirão que sejam feitas comparações sobre a diferença na compreensão do instituto família no decorrer da história. Serão apontados os princípios e regras inerentes à família clássica para depois contrapô-los com a família contemporânea. Junto a Fustel de Coulanges (1961) serão lidos outros autores que também apresentam as principais características relevantes para diferenciar a realidade das famílias da época clássica e aquela que se vê nos dias de hoje.

Segundo Viegas (2017, p. 51), por exemplo, a família romana “era um conjunto de pessoas submetidas ao poder do chefe da família, formada pelo parentesco de sangue, pela adoção e pelo casamento”. Os antepassados eram exaltados, pois, para os romanos, eram a base da ramificação familiar. Durante aquele período havia uma preocupação com a manutenção dos cultos religiosos dentro de cada casa e todas as regras deveriam ser seguidas de acordo com a percepção determinada pela figura paterna que, nesses casos, era exercida exclusivamente pelo marido, que exercia o poder sobre todos os demais membros da família. Foi nesse contexto que surgiu a expressão *pátrio poder*. (FUSTEL DE COULANGES, 1961).

A questão da afetividade não era um critério caracterizador da família romana. Mais importante que esse fator era a religião, que se ocupava em definir o destino da família. Por isso o afeto ficava em segundo ou terceiro plano, podendo ou não estar presente nas relações familiares e, da mesma forma, sem afetar as questões jurídicas que pudessem surgir. Segundo Fustel de Coulanges (1961), na sociedade romana, o pai pode “amar a filha, mas não pode legar-lhe os bens”. Recai sobre a família o poder ilimitado do genitor. O historiador francês enumera alguns direitos inerentes a esse poder de interferência paterna sobre a vida de todos aqueles que compunham a família:

I. O pai é o chefe supremo da religião doméstica; dirige todas as cerimônias do culto como bem entende, ou antes, como vira fazer seu pai. Ninguém na família lhe contesta a supremacia sacerdotal. A própria cidade, e seus pontífices, nada podem mudar em seu culto. Como sacerdote do lar, não reconhece nenhum superior.

[...]

Direito de reconhecer a criança no ato do nascimento, ou de rejeitá-la. Esse direito é atribuído ao pai tanto pelas leis gregas, quanto pelas leis romanas.

[...]

Direito de casar a filha, isto é, de ceder a outro o poder que tem sobre ela. Direito de casar o filho: o casamento do filho interessa à perpetuação da família.

Direito de emancipar, isto é, de excluir um filho da família e do culto. Direito de adotar, isto é, de introduzir um estranho junto ao lar doméstico. Direito de designar, ao morrer, um tutor para a mulher e os filhos.

[...]

II. Vimos acima que a propriedade não havia sido concebida, a princípio, como um direito individual, mas como direito de família. A fortuna pertencia, como diz formalmente Platão, e como dizem implicitamente todos os antigos legisladores, aos antepassados e descendentes. Essa propriedade, por sua própria natureza, era indivisível. Em cada família não podia haver mais de um proprietário, que era a própria família, nem mais de um usufrutuário, que era o pai. Esse princípio explica várias disposições do direito antigo.

[...]

III. Plutarco nos informa que em Roma as mulheres não podiam comparecer perante a justiça, mesmo como testemunhas. (FUSTEL DE COULANGES, 1961).

Destaca-se a previsão apresentada no item II acima, na qual Fustel de Coulanges trata da propriedade no Império Romano. Desse trecho pode-se auferir o caráter patrimonialista que recaía sobre aquela organização familiar. Todo o patrimônio era um direito individual do *pater familias*, que controlava e administrava os bens independentemente da anuência dos demais familiares.

Na cultura romana o casamento foi o primeiro e único instituto familiar que se impôs como obrigatório e, para a sua consolidação, dois elementos (subjetivo e objetivo) eram essenciais e deveriam ser observados: a intenção das partes (apenas homem e mulher) pelo reconhecimento recíproco como marido e mulher, somada à realização condigna dessa convivência conjugal.

Importante destacar a condição das mulheres na sociedade romana. Havia duas possibilidades para que as mulheres fossem reconhecidas como seres sociais: estando submetidas aos poderes da autoridade paterna, ou, ao se casarem, passando a estar submetidas à autoridade do seu marido. (VIEGAS, 2017, p. 57).

Merecem destaque também as questões envolvendo a sexualidade e a procriação. Fustel de Coulanges (1961) mostra que, em primeiro lugar, a decisão pelo divórcio nunca poderia partir da mulher. Caso ficasse demonstrada a sua esterilidade (ainda que não pudesse ser comprovado efetivamente que tal impossibilidade era feminina e não masculina) o matrimônio poderia ser dissolvido. Como à época não havia métodos científicos precisos que pudessem determinar ao certo qual indivíduo não podia gerar um filho, a culpa recaía sobre a mulher na grande maioria das vezes, sujeito vulnerável às imposições do *pater familias*. A única solução possível para o caso era a extinção do matrimônio, pois, persistindo nele, o culto não poderia ser perpetuado.

Em raríssimas exceções, quando ficava demonstrada a esterilidade masculina, a condicionante para a continuidade do culto e o peso que essa impossibilidade colocava, continuava recaindo sobre a mulher: ela era obrigada a se relacionar com um irmão ou outro parente do seu marido para que o filho advindo dessa relação pudesse ser considerado como legítimo. O nascimento do filho varão era o que possibilitava a continuidade da família:

O casamento era, portanto, obrigatório. Não tinha por fim o prazer. Seu objetivo principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um do outro, querendo associar-se para a felicidade e para as dores da vida. O efeito do casamento, diante da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, idôneo, para continuar esse culto. (FUSTEL DE COULANGES, 1961).

Daí se infere que a prole era importante para a perpetuação da religião familiar, dado que competia ao filho homem a tarefa de perpetuar o rito. Essa característica reforçava o fato de que ainda que pudessem ser adotados filhos, eles apenas cumpririam o papel de perpetuadores do culto se viessem a ser desligados da sua família de origem. Os filhos que eram fruto da relação extraconjugal não eram legítimos para assumir qualquer papel na família. No entanto, era possível adotar um menino de outra família para que ele pudesse cumprir o papel de perpetuador do culto da família adotante, desde que desligado de sua origem. É importante salientar que:

O nascimento de uma menina não satisfazia o objetivo do casamento. Com efeito, a filha não podia continuar o culto, porque, no dia em que se casasse renunciaria à

família e ao culto do pai, e passava a pertencer à família e religião do marido. A família, como o culto, não continuava senão pelos varões [...]. (FUSTEL DE COULANGES, 1961).

No primeiro Código Civil brasileiro, de 1916, foram conservadas características análogas àquelas das culturas romana e grega. Várias condições citadas acima foram implementadas no Brasil. Dentre elas, a família constituída pelo matrimônio também era a regra e mantinha-se como única possibilidade vigente no ordenamento jurídico brasileiro. As demais relações familiares que fugissem dessa configuração não detinham amparo ou reconhecimento legal. Assim como acontecia com as culturas que influenciaram o Código Civil Brasileiro, o casamento tinha o objetivo de unir os membros da família e assegurar a manutenção do patrimônio:

[...] pode-se dizer que o importante papel ocupado, no Direito Romano, pela chamada religião doméstica foi preenchido, a partir de então, pelo patrimonialismo. Antes a família justificava-se para manter o culto e, em vista disso, valia-se da propriedade privada. Já nesse novo momento histórico, a família formava-se para a aquisição de patrimônio. Alterou-se o escopo, tornando fim o que era simplesmente meio. (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR., 2012, p. 7).

Importa lembrar que os filhos detinham um papel importante na manutenção da força de trabalho e por essa razão havia um grande incentivo ao aumento dos índices de natalidade. Assim como na tradição romana, os filhos havidos fora do casamento tinham posição inferior àqueles constituídos no seio da família tradicional. Por essa razão continuava impossibilitado o reconhecimento de direitos a essa parcela da população. Da mesma forma, a mulher permanecia assumindo uma posição inferior ao homem e era impossibilitada de exercer determinados atos da vida civil, ficando limitada ao cuidado com o lar e com os filhos. Seguem algumas referências do Código Civil de 1916 que demonstram situações nas quais as mulheres deviam se submeter às condições impostas pelo marido:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

[...] IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III). [...]

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

[...]

IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.

V. Aceitar tutela, curatela ou outro múnus público.

VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.

VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV).

VIII. Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal.

IX. Aceitar mandato (art. 1.299).

Art. 243. A autorização do marido pode ser geral ou especial, mas deve constar de instrumento público ou particular previamente autenticado.

Parágrafo único. Considerar-se-á sempre autorizada pelo marido a mulher, que ocupar cargo público, ou, por mais seis meses, se entregar a profissão exercida fora do lar conjugal. (BRASIL, 1916).

A inclusão social e profissional feminina foi marcada historicamente pela Revolução Industrial, quando a realidade da mão de obra para realizar atividades terciárias havia chegado no Brasil, pois não havia mão de obra masculina suficiente para abraçar todo o mercado. Essa alteração na dinâmica industrial trouxe outra mudança relevante: crescimento do número de famílias constituídas por mães solteiras e filhos advindos de uniões sem casamento.

A família, desde sempre, pode-se dizer, nunca se organizou de modo estandardizado, padronizado. O que sempre houve, por vezes mais, por vezes menos, foram vãs tentativas de se enquadrar em molduras previamente estabelecidas por um grupo dominante. No mais das vezes, essas tentativas de padronização estiveram envolvidas por um véu de religiosidade insana, fanática, fundamentalista. O que não estivesse dentro dos estritos padrões da moralidade sectária, era relegado à marginalidade, à criminalidade. (FIUZA, 2006, p. 236).

Devido a tais transformações passou a haver uma reestruturação do cenário econômico e social e conseqüentemente passou a ser necessária a ampliação dos direitos (quase ausentes) antes assegurados apenas para os homens. Foi nesse contexto que foi implementado o Código Civil de 2002.

Merece destaque a influência que a Revolução Sexual, na década de 1960 e o afrouxamento dos padrões rígidos de moralidade e dos laços entre a Igreja e o Estado para possibilitar a atenuação dos rígidos padrões de moralidade. Foi nesse período que passou a haver uma movimentação feminina em busca de garantia de direitos ou mesmo equiparação quanto àqueles assegurados aos homens. (FIUZA, 2008, p. 944).

Foi ainda nesse contexto de aquisição de espaço político e social para sujeitos que antes não detinham qualquer tipo de reconhecimento público, que passaram a apontar novas modalidades de família demandando espaço político social. Maschio (2002) descreve esse fenômeno:

[...] a liberação sexual, sem dúvida, em muito contribuiu para a formação desse novo perfil de família. Não há mais necessidade do casamento para uma vida sexual plena. [...] O objetivo dessa união não é mais a geração de filhos, mas o amor, o afeto, o prazer sexual. Ora, se a base da constituição da família deixou de ser a procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias. Se biologicamente é impossível duas pessoas do mesmo sexo gerarem filhos, agora, como o novo paradigma para a

formação da família – o amor, em vez da prole – os “casais” não necessariamente precisam ser formados por pessoas de sexo diferentes. (MASCHIO, 2002).

Por fim, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esse reconhecimento passou a ser ampliado e, de certa forma, houve uma mudança no perfil familiar do Código Civil de 1916. Passou-se a privilegiar os membros das relações familiares em detrimento dessa instituição em si mesma. A preocupação, nesse novo formato, passa a ser o indivíduo em si mesmo e a sua felicidade, e não o patrimônio familiar.

A felicidade passou, então, a ser o principal objetivo a ser perseguido na contemporaneidade. Segundo Farias,

[...] a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do art. 1, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil. (FARIAS, 2004, p. 15).

Ainda que tal felicidade não seja uma constante diante dos acontecimentos cotidianos que permeiam a família, o principal objetivo desse instituto passa a ser a independência de seus membros e, conseqüentemente, a busca individual pela felicidade. Segundo Poli e Corcione (2019, p. 10, “semelhantes leituras tratam como razoável a inferência de que a estrutura familiar foi alterada com o decorrer dos anos, passando-se a valorizar a personalidade de cada um dos seus membros frente a valores patrimoniais”.

A mudança desses padrões trouxe à realidade contemporânea uma nova modalidade de família, que passou a permitir o reconhecimento da realidade plural de famílias existentes. No tópico seguinte serão traçadas as principais características da família eudemonista e das razões que levam ao seu reconhecimento jurídico e social cada vez maior.

3.4 A família eudemonista

Antes de delimitar as características dessa modalidade familiar torna-se importante situar uma razão que possibilitou o surgimento dessa nova proposta. Há teóricos que defendem que a constituição familiar é um direito fundamental que deve ser assegurado a todos os cidadãos. Para conceituar os direitos fundamentais, Lorenzetti (1998) utiliza-se da proposta de Francesco Galgano. Tal definição tem importante papel para contextualizar o significado de família contemporânea que se pretende discutir:

Os direitos fundamentais têm sido chamados de garantias de liberdade, direitos individuais, direitos participativos, direitos humanos ou direitos personalíssimos. Indicamos a origem histórica e a indubitável referência aos valores que eles supõem, e que correspondem ao homem enquanto tal, independentemente da ordem jurídica onde vive. (GALGANO¹⁷ apud LORENZETTI, 1998, p. 283).

Lorenzetti (1998, p. 284) propõe que cabe ao jurista situar tais direitos dentro da “dogmática vigente”, de forma que eles estejam adaptados ao âmbito das decisões judiciais. O autor entende que esses direitos são “jurisfundamentais” porque “surgem de alguma fonte e promovem a organização da sociedade.”

Apesar do momento específico de que tratam os autores, tal conceito parece se aplicar à realidade contemporânea e se aproxima da construção de estudiosos do tema no Direito de Família. Para Almeida e Rodrigues Júnior (2010, p. 60), os direitos fundamentais englobados nos incisos do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estão conectados à ideia de dignidade e por isso estão diretamente relacionados à proteção do “homem como um fim em si.” Para os autores, a família surge com o objetivo de reconhecer a liberdade de cada membro que a constituiu como fundamental para sua existência. Eles a conceituam como “toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem. Configura-se, dessa forma, a partir de três elementos: afetividade, estabilidade e ostensibilidade.” (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 20). Portanto, a família é entendida como o espaço propício para que seus membros possam preservar suas escolhas pessoais e se desenvolver com relativa liberdade frente a influências externas.

O raciocínio permite perceber que, se a família é imprescindível para a tutela dos direitos fundamentais de cada cidadão. Ela se torna tão fundamental quanto os demais direitos que protege:

[...] e não há que se falar que a omissão constitucional sobre esse direito fundamental de constituição familiar impede tal raciocínio. Afinal, consoante ao dito, em face da unidade da pessoa humana, é plenamente autorizada a verificação de outros direitos fundamentais que não estejam manifestos no elenco normativo. Crê-se que tal direito tenha caráter implícito, aferível na sistemática disposição dos demais direitos expressos e da própria redação do art. 226 da Carta Magna que, especialmente em seu § 8º, reconhece que a família é protegida como intermediária à defesa dos familiares [...]. (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 61).

Sobre esse ponto pode-se concluir que a constituição familiar deve ser considerada como um direito fundamental e, como tal, deve ser entendida como um direito de primeira

¹⁷ GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. Padova: Cedam, 1990. v. 1.

geração. Almeida e Rodrigues Júnior (2010, p. 61) afirmam que isso constitui uma liberdade individual. Sendo assim, o Estado e o Direito devem assegurar a autonomia individual, sem assumir uma postura de intervenção. Dessa forma, cada indivíduo deve ter o direito de gozar da liberdade para decidir entre formar ou não família e sobre o momento e as condições em que o fará. Qualquer limitação ou ameaça às escolhas do cidadão poderia configurar uma afronta aos direitos fundamentais constitucionais.

Passadas as primeiras questões referentes à família como um direito fundamental pretende-se tratar da concepção de família eudemonista contemporânea. Ela é, em primeiro lugar, o resultado de transformações culturais e sociais. Diferentemente dos modelos anteriores, cujo foco era a manutenção do patrimônio, atualmente tem-se uma preocupação com a busca da realização pessoal de cada um dos membros que a compõe. Conforme preceitua Dias (2010, p. 55), “o eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca, pelo sujeito, de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-a da instituição para o sujeito”. Nesse mesmo sentido, segundo Lôbo,

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procriacional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. O anacronismo da legislação sobre a família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades familiares. O advento do Código Civil de 2002 não pôs cobro ao descompasso da legislação, pois várias de suas normas estão fundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais referidos. (LÔBO, 2004).

Essa mudança de perspectiva é reflexo de muitos anos de análise e de transformação. Vários foram os estudiosos que pretenderam demonstrar as situações fáticas que levavam a uma constatação diferente daquela voltada para a manutenção da instituição família frente à felicidade dos sujeitos envolvidos. O professor e jurista mineiro João Baptista Villela, no ano de 1979, proferiu uma conferência na qual ele discutia a fragilidade da paternidade biológica frente à paternidade construída pela escolha livre dos sujeitos. O autor já percebia a paternidade muito mais como um fator cultural, pois independentemente da responsabilização civil que pudesse recair sobre um devedor de alimentos, a verdadeira paternidade só se faz se for fruto de uma decisão espontânea, pois “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quando na circunstância de amar ou servir.” (VILLELA, 1979, p. 408). Assim, já em 1979, Villela

propunha a superação das definições previamente constituídas que envolviam a família clássica, sugerindo um novo olhar sobre essa instituição:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. (VILLELA, 1979, p. 400).

Tais perspectivas acima apontadas demonstram como o estudo e a análise social estavam ocorrendo antes que a própria legislação viesse a sofrer mudanças. A proposta de Villella acerca da *desbiologização da paternidade* traz outro apontamento relevante. Quando o autor demonstra como a paternidade é fruto de uma autodeterminação, ele aponta o afeto como o elemento fundamental para a sua constituição e manutenção. Significa dizer que, para ele, uma determinada relação entre um pai e um filho só pode se constituir como tal se partir de uma decisão espontânea. A obrigação legal nada interfere na construção dessa relação.

Villella (1979) propõe tal reflexão preocupando-se em apontar a necessidade de superação do entendimento de que apenas existe relação paterno filial quando é possível identificar o fator biológico entre os membros. Ele identifica, então, a importância de se reconhecerem os laços familiares formados pelo interesse recíproco de se tornar família e aponta a adoção como exemplo, na medida em que é resultado de um impulso da paternidade e que poderá aproximar duas pessoas que pretendem complementar sentimentos:

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o país sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber. (VILLELA, 1979, p. 415-416).

Pretende-se demonstrar de maneira similar, como as duas concepções sobre o afeto – seja como sentimento, seja como cuidado – para o Direito de Família contemporâneo são insatisfatórias para preencher a lacuna que surge ao se discutir o tema. Pensando-se na mudança do objetivo da família, da manutenção do patrimônio para o fortalecimento da felicidade entre os membros da relação, parece oportuno tratar de uma obra que Lacan escreveu em 1938. O seu trabalho, denominado *Os complexos familiares* aponta para reflexões muito atuais sobre o novo modelo de família hoje existente. No entanto, o termo eudemonismo usado hoje não é empregado por Lacan. Para o autor, o instituto família parte da ordem da cultura, sem nenhuma

fundamentação biológica (LACAN, 2008, p. 9). O fator cultural que atinge a família é denominado então como *complexo* para Lacan:

[...] a família humana é uma instituição. A análise psicológica deve adaptar-se a essa estrutura complexa e nada tem a fazer com tentativas filosóficas que tenham por objetivo reduzir a família humana seja a um fato biológico, seja a um elemento teórico da sociedade. (LACAN, 2008, p. 30).

Assim como os dois autores citados anteriormente, pela análise das questões psicanalíticas que permeiam a família, Lacan (2008, p. 12) também apontou como as instâncias culturais favorecem mais a construção da família do que as naturais. Lacan aponta que seria impossível entender o homem fora da cultura, porque é por meio dela que é possível introduzir a família como a dimensão específica na realidade social e na vida psíquica. Segundo ele, “a espécie humana caracteriza-se por um desenvolvimento singular das relações sociais. [...] Sua conservação e seu progresso por dependerem de sua comunicação, são, antes de tudo, obra coletiva e constituem a cultura”. (LACAN, 2008, p. 7-8).

Assim como Lacan, outros estudiosos citados nas primeiras seções deste trabalho apontaram a interveniência da cultura na formação da família. Fica evidente, conforme demonstram Ariès (2016), a obra de Del Priore (2016), Hérítier (2000), DeMause (1982), Villela (1979) e agora Lacan (2008) que existe uma prevalência da relação construída culturalmente, pelo interesse das partes envolvidas, sobre as relações que existem a partir de vínculos biológicos. Essa supremacia da cultura foi verificada durante diversos períodos históricos, ainda que legislações esparsas tenham estabelecido perspectivas que tentaram fazer prevalecer vínculos biológicos.

Não obstante o grau de evidência que vem sendo alcançado na abordagem dessa questão, é notável o fato de que a legislação não tem conseguido reconhecer eficazmente essa diversidade de modo a assegurar a necessária proteção dos sujeitos. Isso indica novamente a fragilidade de tais construções que envolvem o afeto e o Direito de Família. Ao que parece, não se tem encontrado uma maneira para que o Estado possa tutelar a diversidade de relações existentes. A dificuldade que comumente tais discussões apontam reside na tentativa de criação de estereótipos taxativos sem correspondência com a dinamicidade das conformações familiares. Apesar da parentalidade socioafetiva, por exemplo, não ser juridicamente reconhecida hoje, ela não enfraquece ou desconstitui outros tipos de paternidade. Diferentemente disso, esse tipo de paternidade é mais um critério que vem sendo reconhecido pela jurisprudência brasileira como passível de tutela jurídica.

A história foi capaz de demonstrar que para que se constitua uma família não é necessário o critério biológico. Lacan (2008) destaca a adoção como exemplo do vínculo criado pela escolha pessoal e cultural dos membros da família. Entende-se, dessa forma, que o afeto possui importância significativa para a manutenção do vínculo familiar. Por essa razão, é necessário que seja delimitada a sua natureza, de maneira que se torne possível assegurar ampla proteção a todos os tipos de família existentes na atualidade.

Também é interessante acompanhar a perspectiva delineada por Lôbo (2018, p. 2) ao apresentar os formatos de famílias na contemporaneidade que, para ele, podem ser deduzíveis. Essa reflexão demonstrará que a hierarquia entre as entidades familiares existentes, da forma como é posta hoje, é fruto de uma determinação legal que não reflete como, de fato, é a realidade social. Acredita-se que os formatos legais de família de hoje são exemplificativos e por isso não podem ser impostos a todas as famílias como padrões pré-fixados.

Segundo o levantamento feito pelo citado autor, cada um dos perfis que serão a seguir apontados tem se distanciado dos modelos legais existentes no Brasil. A fonte de suas pesquisas foram os dados coletados pela Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), feita pelo IBGE, que descreve, no campo da demografia e da estatística, as unidades de vivência dos brasileiros. Essa busca possibilitou que fossem formados os perfis de famílias que se distanciam dos modelos legalmente constituídos hoje. Dentre essas unidades o autor aponta três entidades que podem variar: o casamento, a união estável e a comunidade monoparental:

- a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos;
- b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;
- c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular. (LÔBO, 2004).

Ainda que pareça abarcar um número extenso de possibilidades, afigura-se da mutabilidade dos fenômenos sociais, como consequência, uma constante inovação de estruturas

familiares. Essa multiplicidade de configurações gera uma demanda por proteção que deve partir do Estado, titular dessa responsabilidade. O distanciamento do perfil acima aponta para a impossibilidade de se determinarem características objetivas para adequar as conformações familiares da atualidade. Nota-se que cada vez mais surgem variações que não podem se limitar a padrões previamente estabelecidos.

Além disso, como salienta Lôbo, o afeto passou a ser elemento caracterizador e perpetuador das entidades familiares após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

[...] projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriacionais, econômicas, religiosas e políticas. (LÔBO, 2018, p. 8).

Da mesma forma, Almeida e Rodrigues Júnior (2012, p. 354), ao tratarem da família eudemonista contemporânea, demonstram a superação dos vínculos limitados a critérios biológicos. A compreensão de família da atualidade, entendida como aquela que fornece espaço para o livre desenvolvimento de cada um dos seus membros distancia-se de percepções que pretendiam favorecer critérios biológicos como os verdadeiros reconhecedores das relações paterno-filiais.

Parece ficar evidente que o afeto é elemento caracterizador da família, o que justifica o favorecimento de questões existenciais voltadas para o melhor desenvolvimento de cada um dos membros da relação familiar. Superou-se, nesse novo entendimento, a ideia de que a proteção da família se daria com a proteção do patrimônio.

Entende-se, diante dessa nova acepção de família, que a relação formada pelo vínculo afetivo entre os membros é fruto da liberdade de escolha de cada um deles, o que permite distinguir a família e outras relações sociais. Essa autodeclaração dos sujeitos, como será discutido no próximo capítulo, é o elemento essencial na discussão sobre a afetividade na relação familiar. Segundo Poli e Corcione (2019, p. 13), “atualmente, a presença de um vínculo afetivo capaz de unir as pessoas com identidade de projetos de vida e de propósitos converte-se no instituto que distingue a família, colocando-a sob o manto da juridicidade”.

Dessa forma, há uma tendência que leva a considerar o afeto como um fato gerador da família. Essa discussão será retomada mais à frente neste trabalho quando essa hipótese será apresentada como um marco relevante para a defesa da pluralidade e das famílias atípicas. Para que seja possível tal análise, serão estudadas as duas percepções doutrinárias e jurisprudenciais

sobre o tema (afeto como sentimento e afeto como cuidado), quando os fundamentos de cada uma serão analisados.

O entendimento citado acima é fruto do estudo desenvolvido por Poli e Corcione (2019), que constroem um novo entendimento sobre a natureza do afeto. A nova perspectiva que se pretende adotar como fruto deste trabalho será retomada no último capítulo. Tal perspectiva é diversa daquelas que se aplicam atualmente. Os autores citados entendem que o afeto deve ser entendido como princípio jurídico para possibilitar o desenvolvimento da personalidade dos membros da relação familiar. Para eles,

É nesse contexto que se mostra a maior potencialidade da relação paterno-filial – para o benefício de seus membros – construída pelo critério da escolha e do afeto, em face de uma outra forma de relação que tenha surgido, desde o seu início, como uma imposição de caráter biológico ou jurídico. Sob essa ótica, o afeto ganharia um maior relevo para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos nas relações familiares. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 13).

Mesmo sob essa ótica, sabe-se que a natureza do afeto não é univocamente definida pela comunidade jurídica, o que possibilita uma variação de decisões judiciais, cujos resultados ficam prejudicados diante da instabilidade de tal definição. Questiona-se, atualmente, se a afetividade é princípio ou valor e quais seriam as consequências de compreendê-la de uma ou de outra forma.

No Direito de Família um dos principais fatos geradores desse impasse teórico e prático surge nas demandas envolvendo as indenizações por abandono afetivo. Tais demandas são levadas ao Judiciário que é instigado a decidir se o afastamento entre o responsável legal e a criança poderia gerar danos à saúde psicológica do filho, de maneira que deva ser arbitrado um valor monetário para ressarcir esse demandante.

Parte da doutrina brasileira atual aponta o abandono afetivo como um fato gerador de responsabilidade civil e outra parte entende que a falta de afeto não pode ser considerada como um problema jurídico, já que em uma relação familiar pode não haver troca afetiva pelo próprio desinteresse das partes. O que tal perspectiva pretende provar é que não se pode esperar que o sentimento seja elemento obrigatório em uma relação ou que ele possa ser imposto pelo poder estatal.

É importante salientar que não se pretende discutir o afeto inserido em temas como as relações conjugais ou os pontos de contato entre esse tema e aquele diretamente escolhido como objeto deste estudo. Dentre os diversos temas exploráveis, escolhe-se a indenização por

abandono afetivo como possuidora de relevante força discursiva para se problematizar e, possivelmente, reavaliar o entendimento sobre o afeto.

4 O PERCURSO CONSTRUTIVO DA AFETIVIDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Aborda-se, neste capítulo, a questão do afeto nas perspectivas doutrinária e jurisprudencial brasileiras, partindo da discussão sobre os limites e as possibilidades do entendimento da afetividade enquanto princípio jurídico. Para que se produza tal reflexão, devem-se distinguir, de antemão, a concepção do afeto como valor e aquela que o entende como um princípio, explicitando a razão das escolhas de cada uma das teorias hoje existentes. Tal discussão tem um caráter preliminar e introdutório para o que se constitui o objetivo maior desta dissertação, que é caracterizar outra proposta de interpretação sobre o tema: o afeto enquanto vínculo constitutivo distintivo da entidade familiar.

Não será feito qualquer tipo de questionamento aos limites e aplicações do direito a alimentos previsto na legislação brasileira; ou ao princípio da solidariedade familiar que prevê o dever recíproco de prestar alimentos entre pais e filhos e entre estes e seus tutores. Entende-se como não passível de discussão a necessidade de manutenção desses direitos e dos princípios correlatos, assim como a de se reconhecer o poder e o dever do Estado de exigir o cumprimento dessa obrigação. Essa distinção, tomada aqui como um postulado, é importante por julgar-se que não se podem confundir os quesitos fundamentais para a sobrevivência com a liberdade de escolha daquelas pessoas envolvidas em uma relação familiar. Reconhecidamente, o afeto não tem sua existência condicionada a uma obrigação recíproca; ao contrário, trata-se de um elemento livre, volátil e difícil de ser apreendido em uma categoria específica.

Nos dois primeiros capítulos deste trabalho optou-se pelo estudo da infância e da família no decorrer da história da humanidade. Entende-se que esse percurso permitiu constituir o quadro mais amplo do contexto e da contingencialidade das relações familiares, sobre o qual, agora, se projeta uma interpretação para esse fenômeno contemporâneo dos litígios levados ao Judiciário, envolvendo casos de abandono afetivo. Tal contextualização histórica e a escolha do objeto abandono afetivo conduziram à problematização, vista como mais abrangente, da categoria afeto, tal como compreendida e praticada no Direito de Família.

Diante de toda a problemática que costuma ser apontada no tocante à relação paterno-filial, elegeu-se esse objeto de discussão como relevante para retomar as duas vertentes que estudam a natureza do afeto na atualidade. Ao analisar a fundamentação de cada uma das correntes verifica-se uma inadequação dos seus termos com a realidade da família na contemporaneidade. Por essa razão pretende-se apresentar o novo conceito de afetividade elaborado por Poli e Corcione (2019) como solução para o impasse atual sobre a natureza do

afeto. Espera-se que essa nova constatação consiga apontar uma solução mais viável aos casos levados ao Judiciário e, especialmente, dar o amparo necessário a todas as formas de família existentes na atualidade. Apresentados tais esclarecimentos, serão discutidas a seguir as correntes atuais que tentam definir a natureza do afeto no âmbito jurídico.

4.1 Revisão do percurso

Rocha (2017) aponta as razões pelas quais a definição do afeto para a comunidade jurídica enfrenta tantos desafios. Para a jurista, apesar de parecer um tema passível de uma definição inteiramente intuitiva, a complexidade das relações familiares leva à esfera judicial demandas particulares, as quais apontam problemas cuja solução não se mostra simples e são de difícil dedução em se permanecendo nos limites dos contornos legais. Para a autora,

Apesar de uma tarefa definidora do fenômeno afetivo poder se dar quase que intuitivamente, tem-se percebido uma tendência a torná-lo algo que ultrapassa ou escapa às íntimas esferas das sensações humanas para alocá-lo em artificiais molduras de rebuscadas adjetivações, na tentativa de dar a ele um sentido que possa ser juridicamente reconhecido e que lhe autorize ser legitimamente exigido. (ROCHA, 2012, p. 105).

Discussões como essa são cada vez mais recorrentes na medida em que enfrentam situações jurídicas que, em momentos anteriores, não seriam sequer apontadas como problemas que viessem a demandar solução judicial.

Atualmente existem duas correntes doutrinárias que discutem a natureza do afeto para o Direito de Família – aquela que o entende como sentimento ou amor e aquela que o entende como dever de cuidado. Tais posicionamentos partem de análises sobre as relações entre os membros da família e, por essa razão, fez-se o estudo sobre distintos modos de organização familiar, nos primeiros capítulos.

Dado o caráter da presente reflexão, que tem como horizonte privilegiado a perspectiva do Direito, o caminho percorrido não teve qualquer pretensão de esgotar o tema. Ao contrário, foram escolhidas referências que pudessem fazer cintilar, precisamente, a diversidade do fenômeno, sem projetar sobre os casos vistos qualquer hierarquia e, menos ainda, sem pretender lançar mão de uma linguagem prescritiva. O objetivo maior dos capítulos anteriores foi, precisamente, dar visibilidade ao caráter plural da instituição familiar. Os dados aduzidos na primeira parte desta reflexão impedem de reclamar qualquer legitimidade para juízos que tendam à preconização de certo modelo como superior aos demais. Defende-se aqui a

impossibilidade de que tampouco o Direito o faça. Assume-se como um postulado que, ao contrário disso, o Direito acolha, ampare e, na medida de suas possibilidades, ordene a multiplicidade de configurações familiares existentes.

Assim, como foi estudado nos capítulos anteriores, certas questões precisam estar superadas. Entre elas – a que parece ser a mais importante para o debate aqui empreendido – é o privilégio do histórico e do empírico sobre o axiológico e metafísico. Entende-se como estéril a tentativa de negar o que de fato acontece na sociedade, atribuindo estatuto menor ao que não se conforma a valores e convicções. Reconhecer e amparar as experiências existentes pode emergir como uma saída mais produtiva, mais positiva e mais potente do que condenar ao ostracismo as dissonâncias. Todo o esforço anterior visou à demonstração da historicidade das percepções sobre a criança, a família e, acrescente-se, também sobre o afeto.

A primeira dessas questões anteriormente tratadas diz respeito, então, ao papel ocupado pela criança na sociedade. Como foi visto, o sistema de proteção à criança e ao adolescente é muito recente na história mundial e brasileira. Durante anos equiparavam-se as crianças aos adultos e, por essa mesma razão explorava-se o trabalho infantil. Desconsiderava-se a vulnerabilidade das crianças frente aos adultos e ignoravam-se as altas taxas de mortalidade infantil. Inicialmente não era dado crédito à fragilidade contida na pouca idade e isso levava à discriminação em decorrência de situação econômica, ao abuso sexual e à morte precoce.

Durante muitos anos não se consideravam ensejadoras de dano as agressões sofridas pelos pequenos trabalhadores, mas se cogitava ainda menos a afetação a qualquer tipo de saúde psicológica. Não foram a Psiquiatria ou a Psicanálise as primeiras aliadas aos “pequenos adultos” e que motivaram o restante da sociedade a revisar os conceitos. Foi a Igreja Católica que deu os primeiros passos rumo à proteção das crianças e adolescentes. Por isso, os primeiros registros iconográficos religiosos demonstravam a alteração no tratamento dado à questão infantil. Durante séculos ignoraram-se as consequências psicológicas que um trauma na infância poderia gerar na vida adulta e a preocupação voltava-se à fé e ao futuro daqueles que depois perpetuariam o culto.

A proteção familiar que hoje é obrigatória em toda relação configurava-se de maneira distorcida. A proteção ao patrimônio levava famílias a venderem seus filhos ou a motivá-los a buscar vida nova enfrentando adversidades potencialmente letais. Todos aqueles que hoje são considerados adolescentes, não gozavam de qualquer proteção frente aos adultos. As descrições sobre as embarcações portuguesas demonstraram as violações sofridas por meninos e meninas, impunes aos olhos do Estado.

Todo esse compilado descritivo retoma o estudo bibliográfico já feito, principalmente no primeiro capítulo, e aponta para diferenças marcantes para o tratamento hoje preconizado como ideal para crianças e jovens. A indiferença era tão comum que não causava qualquer tipo de espanto à população ou ao governo. Esse tratamento, inerente a diversas sociedades de diferentes épocas, foi considerado, portanto, correto e adequado.

O capítulo seguinte passou a descrever as transformações históricas da família como instituição, desde o modelo clássico até o contemporâneo. Essa parte do percurso se deve à profunda relação entre a ideia que se faz da criança e as formas de conceberem as relações intrafamiliares. Parece desnecessário ressaltar a íntima conexão desses temas com aquela que é a questão central desta dissertação.

Prosseguindo, pretende-se explorar agora os fundamentos das mencionadas teorias do afeto. Na mesma oportunidade, discutir-se-á se as conclusões até hoje propostas por essas teorias são suficientes para suprir a demanda jurídica atual. Questiona-se se os argumentos utilizados são satisfatórios para resolver o papel da afetividade na família e, da mesma forma, avalia-se qual o limite – caso ele exista – da atuação do Estado nas relações familiares.

4.2 Bases teórico-críticas da afetividade nas relações familiares contemporâneas

Para ilustrar o contexto de análise das duas correntes paradigmáticas, elege-se um tema de relevância no Direito de Família: as indenizações arbitradas em desfavor de pais por terem abandonado afetivamente os filhos. Esse assunto inflama a discussão sobre a natureza do afeto e, apesar da frequência com que o tema é problematizado, continuam se apresentando resultados ambíguos em litígios levados ao Judiciário.

A razão dessa assimetria entre soluções aplicadas a casos similares poderia, talvez, ser associada à divergência de compreensão sobre qual viria a ser a natureza do afeto. Parece razoável reconhecer que, apesar de existirem duas correntes que se opõem ao apresentarem significados e argumentações, nenhuma delas tem se mostrado capaz de gerar um convencimento suficiente para dar resolução a certas controvérsias persistentes no Direito de Família.

Na falta de uma definição satisfatória sobre a natureza do afeto, permanecem lacunas que dificultam a proteção de diversas formações familiares. Os embaraços relativos à afetividade não só restam sem solução, como parecem ter sido reforçados por tais correntes doutrinárias. Essas são as razões e as hipóteses de interpretação que fundamentam a tentativa

empreendida neste capítulo de se reconstruir, firmando-se sobre o estudo até aqui realizado, a compreensão do afeto para o Direito de Família.

Nesse sentido, aparece a necessidade de se revisitar a natureza do afeto de modo a superar o padrão de definições comumente proposto. A esperança de alcançar esse intento se baseia na proposta de manter uma estrita observância das experiências existentes sob as múltiplas configurações familiares presentes na sociedade contemporânea. Como já dito, aspira-se a uma formação conceitual capaz de evitar o restabelecimento de padrões limitadores e restritivos.

A proposta aqui descrita encontrou sua primeira formulação em Poli e Corcione (2019). Os autores entendem ser possível uma compreensão mais flexível da realidade, quando se parte das experiências vividas, ao invés de analisar o fenômeno pelo filtro de categorias preexistentes, que acabam por anteceder o próprio fato observado, com o risco de até mesmo se sobreporem a ele. Conferir à abordagem essa direção demanda que se reconheça a diversidade e a relativa instabilidade das relações sociais.

Mais adiante, será importante experimentar outro caminho para esta discussão, sob uma perspectiva diversa – ainda que complementar – daquela feita nas partes anteriores desta dissertação. Buscar-se-á um aprofundamento, mediado desta vez pelas reflexões propostas por Jung (2005) e, em seguida, por Bauman (2004). A interseção da perspectiva psicológica e do olhar sociológico trazido por cada um desses autores haverá de contribuir com um aparato argumentativo necessário para tratar das trocas afetivas na contemporaneidade. Esta abordagem será possível apenas na conclusão desta dissertação, pois, antes de apresentá-la alguns passos são requeridos para compreender a amplitude do debate destas questões no quadro atual do Direito de Família contemporâneo.

Distintamente daquilo que se fez nos dois primeiros capítulos, interessa agora mergulhar em uma aproximação propriamente jurídica do tema. Pressupõe-se, todavia, uma profunda conexão entre ambas as partes. Está sendo suposto nesta reflexão que as fronteiras entre o Direito e a sociedade - dadas as vastas e complexas contingências que a caracterizam sincrônica e diacronicamente – se mostram bastante permeáveis.

Conforme apontado nos capítulos iniciais deste trabalho, há razões para afirmar que, ao longo da história, seja por meio de regras de conduta reconhecidas por certos grupos, seja por meio de legislações, as sociedades pretenderam regulamentar situações vividas nas comunidades. Ao se delimitarem padrões, acaba-se por criar critérios pretensamente universais que tendem a ignorar individualidades. É comum que, em razão disso, pessoas que não se

adaptam ao padrão imposto passem a viver sob o manto da ilegalidade, já que seus modos de existência não correspondem ao estereótipo determinado por uma maioria reguladora.

Isso significa dizer que a padronização acaba por selecionar aquilo que será imposto a uma coletividade. Assim, o compilado histórico apresentado nos capítulos iniciais teve a pretensão de demonstrar a variedade nas relações familiares: na mesma medida em que se constituem relações, outras são desfeitas. Mais ainda, a própria diversidade de formatos que se viu na compreensão dos papéis assumidos pelos diversos componentes da relação familiar se faz e desfaz na mesma medida em que novas condições sociais se erigem.

Relações humanas são objeto de construção e desconstrução, tal como se pode observar, em se adotando uma perspectiva comparatista, entre agrupamentos sociais diversos, ou, diacronicamente, até num mesmo grupo. Por essa razão, para o Direito persiste o desafio possivelmente intransponível de constituir regramentos que se antecipem às mudanças sociais de maneira que fiquem previamente definidos os direitos e os limites das condutas privadas. Por isso, o Direito se segue, com alguma demora, à realidade social presente. No caso particular do Direito da Família, esse descompasso rítmico entre realidade e norma tende a contribuir, por vezes, para a exclusão do segmento social que, em dado momento e pelas mais diversas razões, deixa de se enquadrar nos padrões.

É nesse contexto que se faz a discussão sobre o papel da afetividade nas relações familiares contemporâneas. Disseminou-se, com o surgimento da família eudemonista, a percepção de que a felicidade de cada um dos membros que a compõe deveria ser garantida. A mudança comportamental evidenciada nos relacionamentos contemporâneos permitiu que novas conformações familiares surgissem. Essas construções são fruto de escolhas feitas pelos sujeitos envolvidos, motivados pelas mais diversas razões, como será apreciado em outras passagens deste trabalho. Destaca-se, apenas como uma possibilidade entre muitas, aquelas relações motivadas pelo afeto recíproco vivido por esses membros.

É no presente contexto que se focaliza a discussão sobre a tentativa de impor responsabilidade civil aos pais que abandonaram afetivamente os seus filhos. Na construção histórica já realizada para discutir o tratamento dado à criança e ao adolescente no contexto familiar de cada período (posição social, forma de comportamento recíproco, entre outros critérios), ficou demonstrado como é recente o reconhecimento da vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, com o conseqüente merecimento de especial proteção. A admissão dessa particular carência de proteção se reflete no cuidado que passou a ser julgado como devido a crianças e adolescentes.

Conforme demonstrado anteriormente, durante certo período histórico, identificavam-se majoritariamente crianças e adolescentes como sujeitos independentes (pequenos homens e pequenas mulheres) e, desde idades ainda tenras, responsáveis pelos seus próprios atos. No entanto, sob a avaliação que hoje se faz sobre o espaço ocupado por tais sujeitos, entende-se que aquela alegada independência não significava real capacidade de discernimento. Dificilmente algum autor contemporâneo concordaria em dizer que crianças e adolescentes possam responder plenamente por atos ou decisões. Diversamente daquilo que, no passado, mal era problematizado, atualmente atribui-se a crianças e adolescentes uma possibilidade diminuída no quesito responsabilidade.

Considera-se haver vários fatores que influenciam a formação humana. Por isso, parece oportuno mencionar, ainda que brevemente, a Competência de Gillick¹, como método eficaz para reconhecer à criança e ao adolescente a possibilidade, juridicamente garantida, de tomada de decisões nas questões em que figurem como partes, ainda que indiretamente. O teste tem o objetivo de identificar a capacidade do menor para compreender e, portanto, para concordar com determinado procedimento.

Nota-se que a implementação de tal método possibilita que se verifique a existência de graus de competência, que permitirão definir o nível de participação dessa criança ou adolescente na tomada de decisão. Ainda hoje, mesmo que tal avaliação permita inferir a possibilidade de discernimento desses sujeitos, os pais ou responsáveis continuam respondendo civilmente pelos atos de seus filhos e, da mesma forma, as crianças e adolescentes continuam sendo compreendidos como sujeitos vulneráveis e necessitados de proteção especial.

A fórmula² para apurar a Competência de Gillick poderia possibilitar que médicos avaliassem se a criança ou o adolescente são suficientemente maduros para tomar decisões

¹ “Em verdade, o caso Gillick representa um marco na conquista do direito de adolescentes e crianças receberem informações médicas, independentemente da autorização de seus pais ou responsáveis. Gillick é o nome de uma preocupada mãe de cinco filhas que, inconformada com o disposto na circular – HSC (IS)32, emitida em 1974 [...], requereu às autoridades locais a proibição de fornecer informações referentes a métodos contraceptivos às suas filhas, até que completassem a idade de dezesseis anos ou apenas mediante a sua autorização. A Circular mencionada é dirigida aos profissionais da área da saúde do planejamento familiar dedicando a seção G aos jovens. De acordo com a circular, as consultas clínicas devem ser disponibilizadas para pessoas de todas as idades. Inclui-se nas atribuições do médico, o aconselhamento e a avaliação acerca da prescrição de métodos contraceptivos à criança e ao adolescente, ainda que sem o consentimento dos pais. [...] Em sede de recurso a mãe teve a sua pretensão acolhida. [...] A Corte decidiu pela ilicitude da Circular afirmando que a autoridade parental visa proteger a criança, tratando-se de um dever dos pais. Ao final prevaleceu o entendimento de que é permitido ao menor de dezesseis anos dar seu consentimento em questões relacionadas a tratamento médico, independentemente de autorização do representante legal, desde que seja considerado apto pelo profissional da saúde.” (LIMA e SÁ, 2016, p. 21).

² “Para apurar se a criança ou o adolescente tem competência necessária para tomada de decisões, foram criados os denominados testes Gillick (*Fraser Guidelines* e o teste de *Lorde Scarman*), elaborados por dois juízes que julgaram a questão. Para Lorde Scarman os critérios são inteligência e discernimento, que devem ser avaliados pelo médico diante de cada situação”. (LIMA e SÁ, 2016, p. 22).

responsáveis. Lima e Sá (2016) aplicam a discussão à seara médica, como no caso Gillick, que originou tal discussão. No entanto, tem sido verificada a possibilidade de se aplicar tal proposta também em questões envolvendo conflitos familiares nos quais essas crianças e/ou adolescentes estejam envolvidos.

Seja como for, a necessidade de adaptação de um método que permita inferir o nível de discernimento de crianças e adolescentes já é uma clara demonstração de que tais sujeitos dependem da participação e da proteção dos seus responsáveis, e até mesmo do Estado, para serem assegurados os seus direitos. Essas questões, ao que parece, têm interface com o tema das indenizações monetárias arbitradas por magistrados que reconhecem responsabilização civil a pais que tenham abandonado afetivamente seus filhos.

Pretende-se, agora, apontar as principais características das duas correntes que discutem a natureza do afeto no Direito de Família. A primeira delas recusa a percepção de que exista um princípio da afetividade, questionando a existência de qualquer senso comum que entenda o afeto como uma obrigação dos pais e um direito dos filhos. Essa mesma corrente questiona as decisões que arbitram valores monetários às relações afetivas ao considerarem que o pai alegadamente ausente deve ressarcir o filho pela falta de convivência. (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

Por outro lado, a corrente que entende o afeto como um dever de cuidado pressupõe que aquele que não cumpre com os deveres parentais estaria descumprindo um dever previsto nos artigos 227 e 229 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1998). De acordo com essa corrente, os casos de pais ou mães que deixam de participar ativamente da vida dos filhos, gerariam, necessariamente, um prejuízo. Por isso, os defensores desta segunda corrente passaram a entender que caberia um ressarcimento indenizatório ao filho, pois estariam configurados os requisitos da responsabilidade civil, a saber: a conduta dolosa ou culposa, o nexo de causalidade e o dano. As duas perspectivas atuais discutem fundamentalmente se o afeto é ou não um princípio jurídico. Será detalhada cada uma dessas correntes nos tópicos seguintes.

4.3 Afeto: princípio ou valor?

A discussão jurídica sobre o afeto passa, necessariamente, pela avaliação de sua categorização como princípio ou como valor. Essa questão, assim como a dimensão conceitual do próprio afeto, servirá para amparar uma e outra tese que serão tratadas detalhadamente mais

adiante. Torna-se relevante traçar os principais apontamentos das duas correntes para clarear o entendimento que depois também se pretende fazer.

Como se verá, todos os fundamentos utilizados pelas duas correntes – afeto como sentimento e afeto como dever de cuidado – produzem conclusões jurídicas que justificam a aplicação ou não do instituto da responsabilidade civil em casos concretos. De maneira geral, os teóricos que entendem o afeto como um elemento espontâneo da relação familiar acreditam que o instituto deve ter a acepção principiológica afastada. Por outro lado, os teóricos do afeto como princípio o consideram um elemento inescapável das relações familiares e, como tal, indispensável para o desenvolvimento da personalidade. Desse modo, a afetividade é vista como um dever de cuidado, a ser tratado, portanto, como um elemento gerador de responsabilidade civil.

Parece dispensável expor a trajetória histórica do princípio e os conflitos inerentes a seu reconhecimento como força normativa ao longo do tempo. Pretende-se discutir, ao invés disso, a acepção fundamentada a partir do Positivismo e do Pós-positivismo, que constituem as perspectivas históricas mais recentes e que se revestem de maior importância para o contexto aqui tratado. Serão cotejadas as concepções teóricas de Alexy (2008) e de Dworkin (2002) que se complementam na análise do instituto, tratado como regra ou como princípio.

Para Alexy (2008) as regras deverão ser aplicadas em sua integralidade ou afastadas na mesma medida. O autor as entende como conceitos absolutos. Por outro lado, segundo ele, os princípios poderiam ser aplicados na medida das suas possibilidades, de maneira gradual:

A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Essa tese é correta. Há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios. Esse critério [...] será apresentado a seguir.
[...]

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90).

Dworkin (2002), por outro lado, admite a natureza normativa do princípio, inclusive quando existirem regras que conseguem solucionar uma determinada questão. Para o autor, independentemente de existirem lacunas, o princípio deve ser aplicado:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é da natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis da maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

Ainda sobre o tema, o autor continua:

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.

[...]

As regras não têm essa dimensão. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Independentemente dos critérios adotados pelos dois teóricos para especificar o conceito de princípio pode-se constatar que, para ambos, os princípios são espécies de normas. Por essa razão, por estarem inseridos dentro desse gênero, as características inerentes às regras acabam por reverberar na sua própria conceituação. Os princípios são, portanto, carregados de imperatividade e coercibilidade. Tais características possibilitam que, por meio da imposição, os princípios possam coagir tendo em vista seu próprio cumprimento.

Diante de tais constatações, a corrente que acaba por entender o afeto enquanto dever de cuidado o considera revestido de normatividade e, dessa forma, dotado de coercibilidade suficiente para ensejar a reparação civil em caso de conduta dolosa ou omissiva. Por outro lado, a corrente que entende o instituto como sentimento fortalece o seu caráter espontâneo que é inerente às emoções humanas. Esta corrente não identifica no afeto a característica impositiva e acaba por desvinculá-lo de qualquer compreensão objetiva.

Percebe-se que cada uma das duas vertentes tem uma interpretação diversa para a afetividade em meio jurídico: o afeto como princípio ou como valor. Entretanto, depois de discutir a fundamentação de cada uma das correntes, como se fará adiante, pretende-se demonstrar que tal instituto não precisa se limitar às teorias que vêm sendo impostas

categoricamente. Como será evidenciado, a afetividade pode ser discutida em diferentes searas no Direito de Família e, em todas elas, pode conferir, simultânea e inclusivamente, proteção, liberdade e juridicidade para as relações familiares da contemporaneidade.

Antes de aprofundar na tratativa das duas correntes, discorrer-se-á sobre a responsabilidade civil no contexto do abandono afetivo. Esse estudo também é fundamental para introduzir as duas teorias que se consolidaram hoje. Os elementos detalhados a seguir têm como objetivo identificar a prática de atos lesivos e, para que isso se torne possível, devem conter uma conduta lesiva, o dano (em todas as suas formas) e nexos causal entre eles.

4.4 Responsabilidade civil no contexto do abandono afetivo

Para tratar das questões atinentes a cada uma das correntes que serão a seguir problematizadas é imprescindível que se compreendam os requisitos da responsabilidade civil no Direito brasileiro. Esse critério é relevante para determinar se deve haver reparação pecuniária à conduta do genitor ou genitora que tiver abandonado afetivamente o filho ou filha. Tratar-se-á de apresentar a aplicabilidade de tal conteúdo, para que depois seja possível avaliar a abordagem de cada uma das teorias sobre o tema. Em um segundo momento serão discutidas as teorias da causalidade existentes no Direito brasileiro.

Elege-se como principal referência para tal apresentação a obra de Flávio Tartuce (2016), tirando proveito da síntese ali ofertada sobre perspectivas de outros doutrinadores e estudiosos sobre o tema. Por ser um elemento caracterizador das ações indenizatórias, muito já se tratou dessa temática. Apesar disso, parece fundamental dedicar-se à definição de alguns dos seus critérios, com vistas a caracterizar adequadamente ambas as correntes sobre o tema. Tal procedimento se mostra um passo necessário, dado o objetivo final de se propor outro entendimento sobre o afeto.

Também pode ser produtivo fazer uma breve passagem sobre o conceito e origem histórica da responsabilidade civil para que se possibilite uma melhor compreensão acerca dos institutos relacionados com as indenizações. Esse aparato argumentativo pretende demonstrar quais são os fundamentos das indenizações por abandono afetivo. Tal construção, somada à análise proposta no primeiro capítulo, tem a pretensão de demonstrar como os elementos da responsabilidade civil de hoje são parte do contexto social e cultural contemporâneo.

Segundo Tartuce (2016, p. 309), “a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”. Os

desdobramentos que o instituto sofre com o passar dos anos são reflexos do reconhecimento de direitos e, conseqüentemente, da mudança de percepção da sociedade, que passa a observar critérios que antes não recebiam o devido tratamento jurídico.

Antes de alcançar os termos propostos na atualidade, a responsabilidade civil figurava-se de maneira muito diferente. A princípio a responsabilidade civil extracontratual teve seus parâmetros definidos pela denominada responsabilidade civil aquiliana, que partia da *Lex Aquilia de Danno*, existente no final do século II a. C.. Esse tipo de responsabilidade advém do Direito Romano, para o qual a responsabilidade civil sem culpa era a regra e, por essa razão, o causador do dano era punido de acordo com a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente). (TARTUCE, 2016, p. 309-310).

Ocorre que as situações injustas decorrentes dessa perspectiva começaram a demonstrar a necessidade de se entender o tema diante de uma nova abordagem. A inserção da culpa na cultura romana apenas ocorreu a partir da inclusão da máxima de Ulpiano, segundo a qual “haveria o dever de indenizar mesmo pela culpa mais leve”. (TARTUCE, 2016, p. 309-310). A partir daí a responsabilidade civil passou a ser incluída nas codificações modernas. O Código Civil Francês é um exemplo (1804) e foi a partir dele que surgiram os elementos tradicionais inerentes ao instituto: a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa *stricto sensu*), o nexo de causalidade e o dano causado. (TARTUCE, 2016, p. 309-310).

As alterações seguintes àquela acima abrangeram foram fruto da observação e do surgimento de novas demandas levadas ao Judiciário. A primeira delas foi a responsabilidade civil sem culpa, que surgiu no direito francês. Segundo Tartuce (2016, p. 310-311), Saleilles e Josserand foram os primeiros teóricos a tratarem da teoria do risco e a proporem a responsabilidade civil objetiva, no ano de 1897.

Outro marco histórico importante indicado pelo autor foi o período da Revolução Industrial. Com o crescimento da exploração em massa da atividade econômica feita pelo Estado passou-se a implementar a responsabilidade civil sem culpa (objetiva) que, nesse cenário, possibilitaria a responsabilização do Estado pelos atos comissivos de seus agentes. Essa nova teoria passou a ser implementada no Brasil, no Código Civil de 1916, no artigo 15. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 37, parágrafo 6º, também passou a prever a responsabilidade civil do Estado: “o poder público foi atingido pela responsabilidade sem culpa em virtude da amplitude de sua atuação diante dos cidadãos, tendo em vista a constatação de que prestação de serviços públicos cria riscos de eventuais prejuízos.”. (TARTUCE, 2016, p. 311).

Passados alguns anos de severas alterações no âmbito civil, com a inclusão do Código de Defesa do Consumidor, novas delimitações surgiram ao tema. Em 1990 passou-se a implementar a responsabilidade civil sem culpa nas relações consumeristas.

Em seguida, no Código Civil de 2002, incluiu-se o artigo 927 passando a tratar especificamente da responsabilidade civil objetiva. Tartuce (2016) destaca a importância da implementação de tal teoria ao contexto brasileiro. Ele indica uma preocupação de cunho social que parece ser adequada ao contexto atual da sociedade, pois seria difícil responsabilizar (como ocorre nas das relações consumeristas) o ente estatal ou uma grande empresa em uma ação iniciada por um particular, pela própria fragilidade econômica desse último.

Tratar-se-á, a seguir, do conceito de ato ilícito, primeiro elemento que compõe o instituto da responsabilidade civil.

4.4.1 O conceito de ato ilícito

Para Tartuce (2016) a ideia de responsabilidade sempre esteve relacionada à lesão do direito, que está expressa no artigo 186 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002b). O dispositivo define que o ato ilícito fica configurado toda vez que a lesão estiver presente, cumulada com um dano material, moral, estético ou de outra categoria. Para o autor o ato ilícito “é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém”. Assim, “quando alguém comete um ilícito há uma infração de um dever e a imputação de um resultado”. (TARTUCE, 2016, p. 325).

A responsabilidade civil atual é baseada em dois conceitos, o ato ilícito e o abuso de direito. Tartuce (2016) aponta a perspectiva de inúmeros juristas que pretenderam definir o abuso de direito (Renan Lotufo, San Tiago Dantas, Silvio Rodrigues, Miguel Reale, Rubens Limongi França). Amparado pela análise dos autores citados, Tartuce (2016) conclui que o abuso de direito é um

[...] ato ilícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo. Em outras palavras, a ilicitude do abuso de direito está presente na forma da execução do ato. Desse conceito conclui-se que a diferença em relação ao ato ilícito tido como puro reside no fato de que o último é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências. (TARTUCE, 2016, p. 330).

Tendo em vista o objeto deste estudo, interessa acompanhar de forma mais próxima os elementos da responsabilidade civil ou os pressupostos do dever de indenizar para que seja

possível discutir o tema segundo as duas correntes atuais que tratam da afetividade. Ainda que não haja unanimidade sobre os elementos estruturais da responsabilidade civil, de acordo com Tartuce (2016) serão apontados os entendimentos de autores brasileiros mais convergentes.

A ausência de critérios objetivos para definir o tema figura-se como mais uma dificuldade para identificar a responsabilização em algumas situações fático-jurídicas que se apresentam, como é o caso das ações nas quais o filho alega ter sido lesado por suposto abandono afetivo praticado por um dos genitores. Ainda assim, pretende-se apresentar os conceitos que melhor identificam os elementos da responsabilidade civil de maneira a encontrar critérios suficientes para demarcar uma outra natureza da afetividade.

4.4.2 *Pressupostos do dever de indenizar*

Em uma primeira análise, Tartuce (2016) demonstra a persistência de um conflito. De um lado, encontram-se aqueles que admitem a existência da culpa, genérica ou *lato sensu*, como pressuposto do dever de indenizar. Essa é a perspectiva de Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e Sérgio Cavalieri Filho. Por outro lado, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho consideram que a culpa genérica é “um elemento acidental da responsabilidade civil” e “apresentam somente três elementos para o dever de indenizar: *a*) conduta humana (positiva ou negativa), *b*) dano ou prejuízo e *c*) nexo de causalidade”. (TARTUCE, 2016, p. 360).

Mesmo diante desse impasse conceitual continua prevalecendo o entendimento, ao qual Tartuce (2016) está afiliado, de que a culpa em sentido amplo permanece sendo elemento essencial para o instituto da responsabilidade civil. Conclui-se, portanto, que existem quatro pressupostos do dever de indenizar: a conduta humana, a culpa genérica, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo.

Ainda que para alguns juristas a conduta humana e a culpa se confundam, distingui-las é considerado por Tartuce (2016) um caminho melhor por permitir compreendê-las em suas peculiaridades. Para o autor, “a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia”. (TARTUCE, 2016, p. 361).

Merece destaque o fato de que Tartuce propõe que a conduta positiva é que deveria ser a regra, visto que para configuração da omissão é necessário que exista o “dever jurídico de praticar determinado ato”, ou ainda, “a prova de que a conduta não foi praticada” (TARTUCE, 2016, p. 361). Nessa perspectiva, identifica-se aí um primeiro elemento que gera dificuldade conceitual ao tratar dos casos de alegado abandono afetivo.

As ações distribuídas com o fim de responsabilizar genitores pela suposta ausência na vida do filho se apresentam sob a alegação de que a omissão paterna ou materna teria gerado um dano psicológico e moral na vida do filho, em razão do sofrimento que lhe foi causado por tal ausência. De acordo com esse elemento negativo da conduta, inerente ao instituto da responsabilidade civil, “para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado”. (TARTUCE, 2016, p. 361).

O problema de tal compreensão para o tema do abandono afetivo é a constatação de que um dever jurídico teria de ser, necessariamente, descumprido e, assim, teria sido gerada a responsabilização civil do agente omissivo. Ocorre que a constatação da existência de tal dever não é pacífica na doutrina e na jurisprudência, justamente porque a natureza do afeto – elemento objeto dessas ações – não tem a sua delimitação pacificada.

Retomando-se o elemento conduta humana constatam-se outras duas características: a voluntariedade do ato praticado (significa que ela deve ser controlada pela vontade), conforme estabelece o artigo 942 do Código Civil (BRASIL, 2002b); e a possibilidade de a pessoa responder pelo ato de terceiro, como nos casos do artigo 932 do mesmo dispositivo.

No caso das ações envolvendo o abandono afetivo, os defensores da existência de conduta geradora de responsabilidade civil argumentam que o genitor que deixa de conviver com o filho pratica tal ato de maneira voluntária.

A culpa genérica, ou *lato sensu*, engloba o dolo e a culpa em sentido estrito: “o dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. Trata-se da ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do Código Civil.” (TARTUCE, 2016, p. 363). É importante salientar que não se confundem o dolo com o efeito do negócio jurídico (sendo o dolo essencial ao ato, causará a sua anulabilidade) e o dolo da responsabilidade civil (não gera qualquer tipo de anulabilidade).

Neste primeiro momento, convém constatar que a codificação civil atual adota como regra geral a teoria da causalidade adequada. No entanto, ficará patente adiante, ao se discutirem as teorias existentes, que a aplicação da teoria da causalidade adequada é mitigada no ordenamento jurídico atual. A compreensão que entende o afeto como dever de cuidado acaba por aplicar entendimento diverso daquele adotado pelo Código Civil atual. Esses aspectos serão abordados em profundidade nas próximas seções.

O outro elemento é a culpa estrita. Pode ser conceituada como “o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta.” (TARTUCE, 2016, p. 364). Para o Direito Civil não

importa se o autor do dano agiu com dolo ou culpa, sendo a consequência a mesma: a imputação do dever de reparação do dano ou indenização dos prejuízos.

Embora vários aspectos do elemento culpa pudessem ser abordados, este trabalho limita-se a nomeá-lo e a reconhecer sua pertinência. Dá-se prioridade àquilo que tem constituído mais fortemente um ponto de tensão para o Direito de Família, em especial no campo central para esta reflexão. Efetivamente, o conflito mais incisivo se refere ao nexo de causalidade.

Entendido como “elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil” (TARTUCE, 2016, p.374), o nexo de causalidade figura como o conectivo necessário entre a conduta culposa, ou o risco criado, e o dano suportado por alguém. Esse é o elemento fundamental para se definir se determinado agente tem responsabilidade sobre o ato danoso praticado e a consequência provocada:

A responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar. Fundamental, para tanto, conceber a seguinte relação lógica:

- Na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186, CC).
- Na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal da responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC). (TARTUCE, 2016, p. 375).

Delineiam-se, com as discussões feitas nesta seção, os principais apontamentos sobre o tema responsabilidade civil para introduzir a problemática que será retomada na última parte deste trabalho. Serão contrapostas, a seguir, as duas correntes que discutem a afetividade, com vistas a discutir a coerência – ou sua ausência – de tais perspectivas para o Direito de Família contemporâneo.

4.5 O afeto como sentimento

A compreensão do afeto como sentimento foi, cronologicamente, a primeira fundamentação que começou a ser adotada em resposta às demandas provocadas pelo tema abandono afetivo. O pioneirismo de tal proposição e, da mesma forma, a razoabilidade por meio da qual se coloca tal construção trazem ao tema importante papel na discussão que aqui se pretende fazer.

Almeida e Rodrigues Júnior (2012), os dois precursores dessa corrente, fundamentaram as razões pelas quais não seria possível compreender a natureza do afeto como princípio e,

dessa forma, seria incabível qualquer tipo de exigibilidade por parte do Estado. Assim, não caberia ao agente estatal determinar que as relações familiares se mantenham vinculadas pelo afeto.

Nesse sentido, os dois autores defendem que a afetividade deve ter relevância significativa nas relações familiares, mas, mesmo que assim seja, não pode ser imposta. Para eles, o afeto faz parte de uma escolha livre e consciente dos sujeitos envolvidos. Caso exista qualquer tipo de imposição sobre as relações particulares estaria sendo perdida a característica da espontaneidade inerente às trocas afetivas:

Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo a característica de espontaneidade. É uma sensação que se apresenta, ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com o outro que não tolera variações de existência: ou há ou não há; e, tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico. Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa inferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos. (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 43).

Lôbo (2000) também aprecia a discussão sobre a afetividade no âmbito familiar. Sua construção pretende provar aquilo que o afeto não é, distanciando-o de qualquer acepção que o entenda como uma consequência de uma relação biológica:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações. (LÔBO, 2000).

A defesa do afeto como um fato social foi fundamento para inúmeras decisões judiciais que indeferiram pedidos de indenização por abandono afetivo, considerando a inexistência de conduta dolosa ou culposa, ou de nexo de causalidade entre a conduta e eventual dano causado ao filho. O conteúdo dessas decisões considerava o afeto como sentimento e por isso indicavam o instituto com um caráter valorativo, pois poderia ou não estar presente nas relações familiares.

No mesmo sentido, Farias e Rosendal (2014, p. 64) entendem o afeto como valor moral e, da mesma forma, afirmam a relevância do instituto no reconhecimento e constituição das famílias. Entendem que o afeto não poderia ser interpretado como princípio, pois, se assim fosse, passaria a ser obrigatório entre os sujeitos de uma determinada relação. Tais autores reiteram o caráter espontâneo das relações afetivas contemporâneas e a desobrigação entre os

seus membros de se amarem entre si. Com a mesma perspectiva, também Teixeira e Rodrigues defendem que:

O grande desafio é que, por mais que se queira negar, o afeto consiste em um elemento anímico ou psicológico. E, sob um certo aspecto, que urge ser pontuado, é um fator metajurídico que não pode ser alcançado pelas normas das ciências jurídicas, mas apenas pela normatividade da Moral. (TEIXEIRA e RODRIGUES, 2015, p.195).

Além de se questionar o papel do Estado na esfera privada, a corrente acima descrita desvincula o afeto, na relação paterno-filial, do entendimento que o insere entre as obrigações parentais. Para essa corrente o afeto deve ser entendido como um valor moral e, visto como um sentimento, pode ou não existir. Por essa razão, segundo esses autores, não deve haver a interferência autoritária do Estado na autonomia privada dos cidadãos.

Sobre esse tema, relevante inserção pode ser avaliada no filme *Fences* (2016) que trata de uma adaptação de uma peça teatral de 1983, de August Wilson. O drama traz em seu enredo, paralelamente à trama principal, um conflito paterno-filial que faz um gancho provocador sobre o recorte que se pretende fazer na discussão atual.

O filme conta a história de um coletor de lixo que vive em Pittsburg nos anos 1950. O protagonista gostaria de ter jogado na liga principal de beisebol, mas, na sua época, a prática desse esporte era vedada para negros. Anos mais tarde, o filho dele foi convidado para participar de um teste para o time de futebol americano. O pai o proíbe de ir ao teste aduzindo que o filho deveria se preocupar em encontrar maneiras de sobreviver, libertando-se de ambições que, para o pai, não permitiriam ao filho um futuro promissor.

Destaca-se, para o presente contexto, o diálogo no qual o pai se nega a autorizar que o filho fizesse o teste para o qual havia sido convidado. Nessa oportunidade, inconformado com a negativa, o filho questiona se o pai gostava dele. Segue a transcrição do referido diálogo:

Filho:	Posso fazer uma pergunta?
Pai:	Para mim? Pergunte ao Sr. Stawicki.
Filho:	Por que não gosta de mim?
Pai:	Gostar de você? Quem disse que eu tenho que gostar de você? Que lei diz que eu tenho que gostar de você? Quer ficar na minha frente e fazer uma pergunta idiota? Gostar? Venha aqui enquanto falo. Fique direito, caramba. Eu te fiz uma pergunta. Que lei diz que eu tenho que gostar de você?
Filho:	Nenhuma.
Pai:	Tudo certo, então. Não come todo dia?
Filho:	Sim, senhor.
Pai:	Tem um teto. Tem roupas. Por quê?
Filho:	Por sua causa.
Pai:	Claro que é por minha causa. Mas por quê?
Filho:	Porque você gosta de mim.

Pai: Gosto de você. Eu saio daqui toda manhã e ralo para aturar aqueles branquelos todo dia, porque gosto de você. Como você é besta. É o meu trabalho. Minha responsabilidade. Um homem deve cuidar da sua família. Você mora na minha casa, come da minha comida, dorme na minha cama, porque é meu filho. Não porque gosto de você. É o meu dever. Tenho uma responsabilidade para com você. Deixemos isso bem claro antes de mais nada. Não preciso gostar de você. O sr. Rand não me paga porque gosta de mim, me paga porque me deve. Já te dei tudo que te devia, te dei a sua vida. Eu e sua mãe te fizemos, e gostar da sua bunda preta não era parte do negócio. Não passe a vida se preocupando se gostam de você ou não. Apenas tenha a certeza de que te tratam direito. Entendeu? (FENCES, 2016).

Na produção acima, para o protagonista não há qualquer relação entre a sua obrigação material em assistir ao filho e a existência de qualquer tipo de relação afetiva. O personagem deixa claro que a sua relação com o filho é uma mera obrigação. O fato de suprir as necessidades materiais da casa na qual vivem já seria suficiente para considerar cumprido o seu papel como genitor.

Apesar de sua crueza e a despeito do fato de que o diálogo se dê em um período histórico e em uma sociedade diferente da brasileira, o conteúdo dessa fala parece representar coerentemente a proposta da teoria em discussão. Sustenta-se ali o entendimento de que existe o dever parental de manutenção da vida do filho, mas que tal obrigação não se confunde com aduções de cunho sentimental. Em face do questionamento feito pelo filho sobre a existência de amor paterno, o discurso do pai desvincula, do seu dever material de cuidar, a existência de sentimento, declarando que os dois quesitos não são complementares.

Um dos pontos principais a ser destacado, quando se trata de indenizações por abandono afetivo, é a diferença entre o dever alimentar e os questionamentos de cunho subjetivo envolvendo o abandono. O conteúdo dos pedidos de ressarcimento por prejuízo decorrente de alegado abandono não está inserido no dever de alimentar que perdura independentemente de qualquer alegação de afetação de cunho psicológico. Portanto, fica assegurada a manutenção da obrigação alimentar, conforme previsto no artigo 229 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) e no artigo 1.696 do Código Civil (BRASIL, 2002), independentemente do convívio entre os genitores e o filho.

Pressupõe-se a partir dessa análise que, caso se admita o caráter obrigacional do afeto, poderia ser gerado um efeito diverso daquele almejado. Quando um filho ingressa judicialmente requerendo um ressarcimento pecuniário motivado por abandono afetivo contra o seu responsável, ele pode gerar um rompimento ainda mais severo da relação paterno-filial que, no passado, ele pretendia fortalecer. A gravidade na judicialização de uma demanda pela pretensão de se obter uma indenização sobre um fator de ordem subjetiva e variável pode acabar por

acirrar ainda mais o conflito em uma relação abalada pela distância. Entendem Almeida e Rodrigues Júnior (2012) que não cabe ao Direito utilizar-se de meios coercitivos para interferir em relações familiares em que não existe afeto:

[...] verifica-se não ser possível a inserção da afetividade no campo dos princípios, do dever-ser; ao contrário, a principal característica do afeto é a espontaneidade de um sentimento que se apresenta naturalmente e, por isso, é autêntico. O afeto – uma vez imposto – não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos. Por isso, o Direito não possui meios, e, menos ainda, legitimidade para resolver a falta de afeto no âmbito das relações familiares. (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 557).

De acordo com tal perspectiva, a vinculação do afeto como sentimento traz uma interpretação subjetiva do instituto e pretende retirar do Judiciário a obrigação de apreciar questões envolvendo a afetividade entre os membros da relação familiar. Esse entendimento pretende demonstrar como o afeto nas relações paterno-filiais não é possuidor de juridicidade, por não ser possível obrigar uma pessoa a amar a outra.

No mesmo sentido, segundo a proposição de Rocha,

O afeto não nasce com o Direito: é emoção possível ao homem. Por isso, não é suficiente dizer que o afeto é a mola propulsora das relações familiares, ou elemento dela estruturante, ou direito fundamental garantido constitucionalmente, ou afirmar que ele é essencial para o desenvolvimento da personalidade e a concretização da dignidade da pessoa humana. Antes e crucial, é saber o que ele é e concluir, depois disso, que, por sua essência e qualidade, não se deve submeter às determinações do Direito. Reconhecer que o afeto encontra-se nas redondezas das emoções humanas é condição inexorável. Talvez por isso, considerável parte da doutrina apenas tangencie em sua definição esse aspecto, até porque, se o fizer de modo preciso, inexistirão argumentos para a formulação de uma teoria do afeto enquanto suscetível à coercibilidade jurídica. (ROCHA, 2017, p. 111).

Ainda que a exposição acima pretenda demonstrar o afeto enquanto uma possibilidade e que, por essa razão, não deveria se submeter às regras do Direito, por outro lado pretende-se questionar tal perspectiva ao demonstrar que, ao deixar de reconhecer o afeto enquanto elemento fundante de relações familiares, se retira da esfera jurídica o dever de resguardar os membros da relação familiar nas suas individualidades.

Se a proposição dos defensores do afeto enquanto fator social retirarem do Direito o poder de resguardar os direitos dos cidadãos, justificando tal medida pelo fato de a afetividade ser um elemento variável, passível ou não de existir dentro de um determinado contexto, significaria dizer que as relações que passassem a ser constituídas por esse único vínculo ou em

decorrência desse vínculo, deixariam de gozar da proteção estatal, pelo fato de não ser um elemento constitucionalmente assegurado.

Pretende-se demonstrar, na conclusão deste trabalho, que o afeto é elemento que constituiu e também que diferencia a relação familiar de outras relações diversas. Isso significa que o afeto pode ser fato gerador de uma família e, como tal, merece especial reconhecimento. Pensando nisso, o afeto deve ser elemento com força jurídica suficiente para obrigar o Estado a tutelar a relação formada com ele. Tal construção será discutida em suas particularidades mais à frente, depois de se concluir este percurso entre as duas correntes paradigmáticas atuais.

Deixa-se entrever, portanto, que a corrente que entende o afeto enquanto sentimento, propõe que a suposta alegação de dano a uma criança que não usufruiu da presença de um dos genitores na sua vida não é autoevidente. A comprovação de eventual prejuízo à criança ou ao adolescente, no período da vida em que teria sido necessário acompanhamento parental, não possui constatação lógica e consequente. Essa aceção possui forçosa interpretação e pode não ser imputada a um só fator, como afirmam os adeptos dessa corrente (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 552). Situações como a alienação parental ou a própria distância geográfica entre a residência dos genitores podem provocar um afastamento paterno-filial, não tendo sido a falta de amor a ensejadora de eventual dano futuro.

Tendo sido tratados os aspectos defendidos por essa teoria, falta ainda enfrentar os problemas gerados por essa compreensão no Direito de Família. Pretende-se problematizar os pontos abordados pela teoria do afeto enquanto sentimento para que num próximo capítulo sejam traçados os novos contornos do princípio da afetividade reconstruído.

De acordo com a teoria descrita acima, existem determinadas situações em que não é papel do Estado interferir na esfera estritamente privada dos sujeitos envolvidos. Segundo tal entendimento, se o afeto tem caráter espontâneo, tanto pode ser agente motivador de uma relação contribuindo para a sua existência, como também pode não estar presente. A partir dessa colocação e analisando-se a forma como se constituem as famílias na atualidade, verifica-se que, em algumas delas, há vinculação afetiva entre seus membros, ao passo que em outras tal vínculo inexistente. No entanto, mesmo estando ausente o vínculo afetivo, não parece razoável dizer que tais relações estejam descaracterizadas como família.

Diante disso, a percepção que comumente se faz de que o afeto como sentimento estaria necessariamente presente nas relações afetivas estabelecidas na sociedade, parece ser infundada. Alguns tratam esse pressuposto como impreciso e como mera projeção de uma percepção romântica do termo. De acordo com Poli e Corcione,

Até mesmo numa observação intuitiva e assistemática das relações estabelecidas na sociedade, não parece infundado reconhecer que as razões apregoadas para a constituição e manutenção de famílias são plurais. Há pessoas que admitem constituir família por interesse econômico; outras por interesse político; ora por medo, ora por vingança, entre outras tantas razões. Existem também aquelas que se casam por amor, mas que se mantêm casadas por razões diversas. Uma série de sentimentos perpassa tais situações e o amor é uma condição possível, mas nem sempre necessária. Amplia-se significativamente, portanto, o entendimento da natureza do afeto, não mais indicando apenas um sentimento positivo. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 33).

Verifica-se que, apesar de se reconhecer que em algumas relações existe afeto, há outras que se compõem e se mantêm por razões diversas, nem sempre, portanto, sendo o amor uma delas. Ocorre que, hoje, uma família que se constitui conforme os limites estabelecidos pela Constituição, de forma explícita ou de maneira derivada, terá amparo jurídico, independentemente da existência de amor na sua formação e/ou manutenção (POLI e CORCIONE, 2019, p. 33).

Tal interpretação extensiva da teoria estudada demonstra que, apesar de ter sido dado ao afeto a natureza de sentimento, essa constatação não resolve o problema do que ele é para o Direito. Ao contrário do que propõe a corrente tratada, o sentimento seria uma condição possível, não obrigatória, na relação familiar. Essa perspectiva tem o mérito de acolher as famílias cujo reconhecimento e tutela já são assegurados pelo texto constitucional e, independentemente de como se mantêm ou se constituem, cabe ao Estado protegê-las. Esse é o caso do casamento e da união estável entre duas pessoas.

Por outro lado, não está suficientemente claro se, de acordo com a teoria do afeto como sentimento, aquelas famílias atípicas – autorreconhecidas no mundo fático, mas não positivamente regulamentadas como família – deixariam ou não, de acordo com essa acepção doutrinária, de estarem protegidas pelo Estado, pois o afeto – existente, mas volátil – não asseguraria sua manutenção. Em tal caso, como Poli e Corcione (2019, p. 33) concluem, tendo sido “formadas em base da afetividade recíproca autodeclarada, as famílias atípicas ficariam desassistidas com a retirada, pura e simples, do Judiciário como assegurador e legitimador de sua existência”.

Conforme se viu, ao longo da história, a concepção de família se adaptou, em cada lugar ou período, à cultura e aos costumes da sociedade. Não se trata de uma concepção rígida e, por isso, ela depende das transformações sociais para se formar. Nessa trajetória, nem sempre houve participação estatal ativa na esfera privada, mas considerando as repercussões que a família tem para a sociedade, parece impossível ignorar a relevância do controle estatal nas questões privadas.

Reconhecendo-se essa importância passa a ser necessário estabelecer limites de controle para evitar o abuso de direito. Justamente por essa razão, torna-se dever do Estado assegurar a tutela desses sujeitos e não a percepção reversa: o sujeito devendo se adaptar aos padrões determinados por uma parcela da população.

A concepção atual de família permite que se estenda sua aceção para além das barreiras jurídicas hoje postas. Tal como atualmente se apresentam, essas limitações legais vão de encontro com o significado social e cultural do termo. É possível que a natureza dada ao afeto na aceção que o interpreta como valor, tenha deixado de apreciar a existência de relações familiares formadas em razão da troca de afetos. O fato de existirem tais agrupamentos humanos com esse laço afetivo demonstra a relevância de tal elemento para a aplicação jurídica. Interpretá-lo meramente como um valor pode desqualificar sua importância para o universo jurídico severamente determinado por critérios de análise.

Acredita-se que, diante da inobservância do afeto como elemento relevante e indispensável para a compreensão da família, a corrente apresentada contribuiu para a disseminação de uma nova teoria oposta. O marco temporal do surgimento dessa outra vertente foi o voto da ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2012) em um julgamento histórico. Depois dessa decisão passou-se a disseminar uma perspectiva que define o afeto como dever de cuidado. O relatório apresentado pela jurista descartou a hipótese do afeto enquanto sentimento e passou a compreendê-lo de forma objetiva, descaracterizando-o enquanto valor e compreendendo-o como princípio. Assim, passa-se a tratar agora da análise crítica dessa segunda corrente.

4.6 A percepção objetiva: o dever de afeto

A construção apresentada até o momento, segundo a qual o afeto é interpretado como sentimento, defende que não caberia ao Estado o poder de obrigar uma pessoa a amar outra e, dessa forma, não poderia ser elemento obrigatório na relação familiar. Esse caráter subjetivo da afetividade contribuiu para a diminuição do número de decisões que julgavam procedentes os pedidos de indenização por abandono afetivo.

Essa aceção se manteve até que, em 2012, problematizou-se em um julgamento (REsp n. 1.159-242/SP62) da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o caráter subjetivo dado ao instituto. A ministra Nancy Andrighi foi relatora de uma decisão (BRASIL, 2012) que afetou o tratamento dado ao instituto e que passou a ser acatada por vários juristas.

O caso trata de um pedido feito por uma mulher que alegou ter sido abandonada afetivamente pelo seu pai durante a sua infância e juventude. Em razão da aceção que se mantinha de que o afeto, como sentimento, não poderia ser elemento obrigatório na relação familiar, a ação foi julgada improcedente pelo juízo de origem. O relatório demonstrava que a aproximação do pai com a filha não aconteceu por razão distinta do abandono. No caso, concluiu-se que a agressividade da genitora teria causado o afastamento entre os dois.

Em sede recursal, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão e condenou o pai a pagar, a título indenizatório, a importância de quatrocentos e quinze mil reais. A instância superior manteve a decisão do tribunal, reduzindo, todavia, o valor da condenação para duzentos mil reais.

Na fundamentação utilizada pela ministra Nancy Andrichi, construiu-se uma nova concepção acerca do afeto, apreciando-se, desta vez, o cunho objetivo do termo. Foi questionada a percepção do afeto enquanto sentimento, traçando-se uma nova compreensão sobre o instituto: a afetividade como dever de cuidado. Segundo a ministra, a indenização por danos morais nas relações familiares teria o objetivo de resguardar a integridade da menor pela ausência de cuidado. No relatório apresentado, tratou-se de cada elemento constitutivo do instituto da responsabilidade civil e evidenciou-se a importância do cuidado ao declará-lo como valor jurídico. Assim, de acordo com essa concepção, considerou-se que o afeto, entendido como cuidado, passa a ser elemento essencial na formação da personalidade da criança.

Convém, neste ponto, acompanhar alguns trechos do voto da ministra, com o objetivo de contrapô-los, quer com a teoria da responsabilidade civil, quer com a teoria, estudada anteriormente, do afeto como sentimento.

Em primeiro lugar, a relatora aponta o cuidado como fundamental para a formação da criança e do adolescente e defende que a discussão toma contornos mais técnicos quando se deixa de discutir o intangível, que seria o amor, e passa-se a verificar o cumprimento, descumprimento ou parcial cumprimento da obrigação legal de cuidar. Nesse momento, fica evidente a tentativa de desvincular o afeto da sua percepção como sentimento. Ao partir dessa argumentação, a ministra pretendeu encontrar contornos mais objetivos ao instituto, buscando enquadrá-lo de forma que possa ser objeto de análise pelo Direito.

Com essa construção a relatora consegue superar o óbice comum às discussões envolvendo o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar: “o amor diz respeito à motivação, questão que refoge dos lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo metajurídico da filosofia, da psicologia ou da religião” (BRASIL, 2012). Segundo a ministra existe um dever jurídico que é uma

imposição biológica e legal de cuidar e que recai sobre todas as pessoas que geram ou adotam um filho.

Em seguida, a ministra justifica a conexão entre afeto e cuidado, apontando que o amor diz respeito à motivação e que isso não cabe à lei determinar. Assim como ficou demonstrado na outra teoria analisada anteriormente, o amor está cercado de pura subjetividade e se torna impossível ao Estado obrigar uma pessoa a amar outrem. A relatora defendeu que, de maneira distinta ao amor, o cuidado possui elementos objetivos que permitem sua mensuração:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (BRASIL, 2012).

Andrighi (BRASIL, 2012) defende que a omissão no cuidado e criação, educação e companhia configuraria a ocorrência de ilícito civil. Propõe ainda que, há situações que podem gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações. Ainda assim, a jurista acredita que o julgador deve estar atento a um núcleo mínimo de cuidados parentais com a criança e/ou adolescente ao defender que devem ser garantidas aos filhos condições para uma adequada formação psicológica e inserção social, que a relatora chama de afeto:

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade. (BRASIL, 2012).

Conforme os argumentos apresentados, a relatora entende como abandono afetivo o ato que viola o dever de cuidado previsto no Código Civil. No entanto, diferentemente da condição comum que entende o cuidado como aquele de cunho material, de acordo com a percepção da jurista, tal dever merece ser entendido de maneira mais ampla, englobando o cuidado emocional. Entende a relatora que alguns cuidados essenciais devem ser assegurados pelos pais aos filhos de forma que se garanta uma formação psicológica e a inserção social, além do mero cumprimento da lei.

Segundo a ministra, caso se torne possível identificar o dano por meio de laudo formulado por um especialista que identifique a existência de alguma patologia psicológica e a

vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais, o genitor em questão deverá ser responsabilizado, cabendo pagamento de indenização ao filho. Ela entendeu que no caso objeto do Recurso não se poderia negar que a filha tivesse tido sofrimento, mágoa ou tristeza e que tais sentimentos persistiram durante toda a sua vida.

Além disso, observando-se a previsão constitucional, Andrichi interpretou extensivamente outros deveres dos pais em relação aos filhos, que, para ela, se assemelham ao dever de cuidado. Da mesma forma que a relatora apresenta tais conexões, ela aproveita para demonstrar a impossibilidade de se compreender o afeto como sentimento, pois tal subjetividade poderia retirar do Direito a possibilidade de regulamentar e, conseqüentemente, de tutelar as pessoas e os bens envolvidos nessas relações familiares.

Para a ministra, a partir do momento em que se verifica uma omissão paterna, pela ausência do que ela nomeia como dever de cuidado, verifica-se o dano decorrente da afetação à moral e o nexó causal. Segundo ela, esse dano provocado pelo abalo moral poderia ser avaliado por meio de um laudo psicológico que apontasse alguma patologia vinculada à falta do cuidado paterno-filial (BRASIL, 2012).

Como foi demonstrado, no voto da ministra, a indenização motivada por abandono afetivo se justificaria mesmo nos casos em que o genitor fornece o cuidado material sem amparar emocionalmente o filho. Para ela, o fato de um pai ou uma mãe não estarem presentes na vida do filho configuraria objetivamente, o descumprimento do dever de cuidado. Portanto, para a relatora, tal ausência parental geraria, por si só, o dever de indenizar o filho.

A vinculação entre abandono e dano feita pela ministra pretendeu derrubar a compreensão anterior que previa que o afeto seria um sentimento e, a partir daí, passou-se a sustentar em algumas decisões, a responsabilização da figura parental que se afasta da criança ou que deixa de manter certo convívio.

Após terem sido apresentados os fundamentos da teoria do afeto enquanto dever de cuidado, pretende-se, novamente, demonstrar os pontos potencialmente geradores de conflito. É indispensável discutir a suspeita de que, no âmbito do Direito de Família, essa concepção de afeto parece não apreciar suficientemente requisitos essenciais para a análise do instituto.

A teoria proposta pela ministra Nancy Andrichi (REsp n. 1.159-242/SP62) em seu voto paradigmático, vinculou o afeto ao dever de cuidado, pretendendo superar a teoria entendida como “romântica” por alguns doutrinadores – o afeto enquanto sentimento. O mérito desta segunda abordagem foi encontrar uma percepção objetiva do tema, pretendendo possibilitar ao Direito estratégias para tratar das demandas que chegam para a sua apreciação.

Essa segunda corrente pretendeu suprir lacunas deixadas pela perspectiva anterior. No entanto, nessa tentativa, novas questões controversas começaram a surgir, como é o caso da discussão que permeia a teoria da causalidade adotada no Brasil. Para discuti-la e aproximá-la ao tema em questão, no próximo capítulo serão tratadas as teorias sobre a relação de causalidade.

Pretende-se discutir os limites da causalidade linear na correlação entre abandono e dano. Ao tomar como referência a presença do instituto da afetividade na legislação e jurisprudência brasileira, serão analisados os limites e possibilidades que essa nova categoria jurídica possui frente à questão da indenização pecuniária por abandono afetivo. Para traçar os pontos objeto de questionamento sobre a teoria do afeto enquanto dever de cuidado, serão apontados, então, os limites dessa causalidade linear entre o abandono e o dano, que tal teoria defende.

5 OS LIMITES DA CAUSALIDADE LINEAR NA CORRELAÇÃO ENTRE ABANDONO E DANO

Tomando como referência a discussão da afetividade na legislação e na jurisprudência brasileiras, serão analisados os limites e possibilidades que essa nova categoria jurídica possui frente à questão da indenização pecuniária por abandono afetivo. Antes disso, porém, conforme proposto acima, serão apontadas as razões que parecem enfraquecer a defesa do afeto enquanto dever de cuidado. No capítulo anterior, um primeiro passo foi dado em direção a esse tema, ao se fazerem os primeiros apontamentos sobre o instituto da responsabilidade civil.

A partir da análise dos critérios constitutivos da responsabilidade civil, já vinha sendo discutida a possibilidade de se arbitrar ou não indenização ao filho que alega ter sido abandonado afetivamente pelo genitor ou responsável. A discussão foi suspensa diante da constatação de que é necessário tratar, mais detidamente, as teorias da causalidade que influenciaram o Direito Civil brasileiro. No presente estudo deve ser retomado o elemento nexo de causalidade concisamente mencionado no capítulo precedente.

Pretende-se demonstrar, pela análise que se seguirá, como, na prática forense, não tem sido adotada a perspectiva prevista de forma expressa na lei. O descumprimento desse requisito legal enfraquece, na perspectiva aqui defendida, a aplicabilidade da compreensão do afeto enquanto dever de cuidado, rompendo com a causalidade linear na correlação entre abandono e dano.

5.1 Teorias sobre a relação de causalidade

Com o objetivo de avaliar a fundamentação proposta pela teoria que compreende o afeto como dever de cuidado, cujo conteúdo fora tratado no voto da ministra Nancy Andriahi (REsp n. 1.159-242/SP62), pretende-se percorrer as principais teorias da causalidade para compreender as razões que levaram, no Brasil, à adoção da teoria da causa direta e imediata. Posteriormente, este estudo levará a concluir que a teoria elaborada pela ministra em seu voto não condiz com a teoria tradicionalmente adotada no Brasil.

Historicamente a discussão sobre a causalidade iniciou-se em meados do século XIX, momento no qual surgiram duas classes de teorias: as generalizadoras e as individualizadoras. Escolhe-se como referência para a presente discussão o texto *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, de Gisela Sampaio da Cruz (2005), cuja abordagem permite que se percebam os conflitos teóricos sobre o tema proposto.

Cruz (2005) divide em duas as ordens de teorias de acordo com as suas principais características: a teoria denominada generalizadora, também chamada de teoria da equivalência das condições, que equipara as causas às condições; e as teorias individualizadoras, que destacam o conjunto de antecedentes às causas das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato. Pretende-se discorrer sobre cada uma das teorias mencionadas acima buscando-se verificar os motivos que fundamentam a utilização de cada uma delas, bem como para avaliar a possibilidade de aplicá-las ao objeto do presente estudo.

No sistema jurídico brasileiro existem diferentes maneiras de se aplicar a teoria da causalidade, de acordo com a área e o objeto de discussão, além de haver uma divergência marcante entre o entendimento legal e o que se vê na jurisprudência. Além disso, depois de haver analisado diversos teóricos, Cruz afirma existir confusões conceituais nas teorias apresentadas.

O Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) determina uma aplicação da teoria direta e imediata. Na prática, assim como se viu no voto da ministra Nancy Andrighi (REsp n. 1.159-242/SP62), defende-se que o abandono seria a causa direta e imediata de dano ao filho. No entanto, tal perspectiva parece não condizer plenamente com a complexidade do tema, pois omite-se uma apreciação da subjetividade das trocas afetivas entre os membros da relação familiar.

Observa-se que a perspectiva aberta pelo voto de Andrighi tem o mérito de oferecer ao Direito o critério objetivo necessário para apreciar o caso do abandono afetivo. No entanto, ao fazê-lo, não foram ponderados aspectos fundamentais postos em questão pela corrente que tratando o afeto como sentimento, o concebe como não exigível. Lidas separadamente, ambas as correntes tendem a praticar certo reducionismo, na medida em que negam o polo que se lhe opõe. Ao contrário disso, é empírica e praticamente admissível que se compreenda o afeto, ao mesmo tempo, de uma e de outra maneira, subjetivamente e objetivamente. É requerida, portanto, uma perspectiva capaz de apreciá-lo nessa ambiguidade que, mesmo intuitivamente, se pode identificar no conceito de afeto.

É nesta direção que se quer caminhar agora. Sobre as teorias da causalidade pontuadas, a teoria da equivalência dos antecedentes causais será a primeira tratada. Também conhecida como teoria da equivalência das condições, ou teoria da causalidade, ou da *conditio sine qua non*, foi inicialmente proposta pelo penalista alemão Maximiliano Von Buri. (CRUZ, 2005, p. 36).

De acordo com von Buri, toda condição da qual dependeu a produção do resultado é causa. Segundo ele, não se deve considerar maior ou menor proximidade ou importância, pois

todas as condições devem ser entendidas de forma equivalente: “tal equivalência decorria da assertiva de que todo efeito tem uma multiplicidade de condições causais e cada uma delas é necessária para a produção do resultado” (CRUZ, 2005, p. 37).

O penalista Franz von Liszt analisou a teoria acima proposta e sugeriu uma nova compreensão. Empenhou-se em diminuir as contradições anteriores e propôs a teoria da equivalência dos antecedentes causais. Von Liszt tentou demonstrar que uma cadeia causal pode ser rompida por outra série de maneira independente. Segundo ele, havendo uma pluralidade de causas, todas devem ser consideradas na produção do dano. Assim, só se poderia pensar que existe uma relação de causalidade quando for possível afirmar que, se não fosse a atuação de uma causa específica, não existiria conexão entre uma concausa e sua consequência. Isso significa dizer que uma situação se torna condição para outra quando não é possível suprimir racionalmente a primeira, sem que o resultado deixe de existir. (CRUZ, 2005, p. 39). Dessa forma, von Liszt conclui que, enquanto houver uma pluralidade de causas, todas elas devem contribuir para a produção do dano. Assim, tal teoria defende que é causa do dano todo o conjunto de antecedentes que o condicionam. (CRUZ, 2005, p. 39).

Apesar de a Teoria dos Antecedentes Causais ter influenciado, por certo período, o Código Penal alemão e também o brasileiro, a sua aplicação prática passou a demonstrar que seus efeitos teriam um viés excessivamente amplo. Cruz (2005, p. 44) traz como exemplo a proposta de Cunha Gonçalves, que defende que tal teoria apontada seria falsa, pois, para ele, nem todas as condições do delito ou prejuízo poderiam ser consideradas equivalentes.

O argumento apontado por Cunha Gonçalves, citado por Cruz (2005, p. 44), utiliza-se da diferenciação que se faz no Direito Penal entre o autor, o coautor e o cúmplice para fins de condenação e procura demonstrar como esse raciocínio merece ser aplicado no estudo da responsabilidade civil, visto que seria forçoso distinguir os fatores principais e imediatos do prejuízo e outros fatores, secundários. O exemplo trazido é de um indivíduo que após ser empurrado, cai sobre um muro protegido com cacos de vidro e fica gravemente ferido. Para o autor, não seria possível dizer que o dano provocado à vítima em decorrência do contato com o vidro seria equivalente ao empurrão provocado.

Cruz (2005, p. 45) também aponta como relevante a reflexão que Nelson Hungria faz sobre o tema ao apresentar como exemplo o efeito que a teoria provocaria caso se entendesse que o fabricante de projéteis também deveria ser responsabilizado por um homicídio. Avaliando-se tais aspectos dos dois autores citados, Cruz aponta que a teoria discutida faz um excessivo apego à causalidade natural:

Ao lado da causalidade natural (física e psíquica), há que se levar em conta os limites objetivos traçados pelo sistema jurídico sob pena de se chegar a resultados contraditórios. Do contrário, o nexos causal estaria afastado na responsabilidade civil por omissão, pois não impedir um fato danoso que se tem o dever jurídico de evitar, sob o prisma naturalístico, jamais equivaleria a produzi-lo. (CRUZ, 2005, p. 48).

Frente a essas observações, passou a haver uma tentativa de adaptação dos postulados dessa teoria “aos ditames da justiça”, conforme afirma Cruz (2005, p. 49). Para isso, tentou-se limitar o sentido e o alcance dos conceitos, fazendo-se classificações das concausas em “juridicamente relevantes e irrelevantes, ou as condições em positivas, negativas e indiferentes”. A tentativa era de excluir as causas que seriam juridicamente irrelevantes, aquelas condições negativas e as indiferentes para a produção do resultado danoso. Apesar da tentativa, segundo a autora, não foi possível resolver o problema, pois permanecia, em algumas situações, a dificuldade de separar as concausas que são e aquelas que não são juridicamente irrelevantes.

Houve, ainda, uma nova tentativa de inserir, na versão original da teoria, outro fator que pretendia corrigir os defeitos identificados: a variante da culpabilidade do agente limitou a propagação indefinida da série causal. A autora, sobre essa perspectiva, traz a reflexão que Julio Alberto Diaz faz:

É fundamental distinguir quando o resultado é atribuível à atuação voluntária de um sujeito e quando deve esse sujeito responder juridicamente pelo resultado. [...] Não se trata, pois, de relação de “causa e efeito” no sentido das ciências naturais, mas de se saber se uma determinada conduta deve ser reconhecida como fundamento jurídico suficiente para a imputação de consequências jurídicas. (CRUZ, 2005, p. 51).

No mesmo sentido, Tepedino (2002) discute que se for levada à literalidade, tal teoria geraria uma espiral infinita de concausas, de deveres de reparar imputado a um sem número de agentes. Nesse sentido, o autor questiona: “afirmou-se com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade” (Tepedino, 2002).

Trazendo tal reflexão ao contexto do presente trabalho, é preciso verificar a aplicabilidade da teoria da equivalência dos antecedentes causais aos casos de abandono afetivo. Imediatamente apresenta-se a possibilidade de que a utilização da teoria de origem alemã para verificação da responsabilidade nos casos envolvendo o abandono paterno-filial poderia provocar – tal como se viu no âmbito do Direito Penal – uma semelhante conexão infundável de antecedentes que teriam potencialmente gerado um dano e que teriam vindo a fomentar a demanda do filho.

Especulativamente, pode-se dizer que, em se entendendo que o prejuízo foi gerado por uma atitude provocada pelo genitor, deveria ser avaliado, necessariamente, o que o teria levado a se comportar daquela maneira. A partir daí, poder-se-ia verificar pela análise da vida pregressa do genitor que ele também teria sido abandonado pelo pai e que, portanto, o avô da criança demandante também deveria responder pelo dano provocado ao neto e também ao seu filho. Poder-se-ia verificar que tal cadeia jamais encontraria um fim, tornando-se inviável a aplicação de tal proposta ao direito de família.

Descartada a possibilidade de se aplicar a teoria dos antecedentes causais aos casos do objeto em estudo, passar-se-á a discutir a teoria da causa próxima, que surge em oposição às teorias generalizadoras e que se inscreve entre as teorias individualizadoras, apontadas no início do presente tópico.

Foi o filósofo Francis Bacon que a desenvolveu, no século XVI, com a proposta de que bastaria que se considerasse a causa mais próxima do dano, deixando de considerar aquela ulterior ou mais distante do fato danoso. Assim, para essa teoria, é a última a condição que “dá a todas as outras a força causal” (CRUZ, 2005, p. 55). Nesse sentido, para que se torne possível identificar a responsabilidade decorrente de um dano, só importa identificar a condição que aparece em último lugar.

Essa teoria influenciou o direito aplicado na França, na Itália e no Brasil sob o argumento de que a indenização deveria ser atribuída à causa “direta e imediata” que gerou o dano. Esse entendimento fez diminuir o número de danos passíveis de ressarcimento. Entretanto, conforme se verificará, surgiram contradições na compreensão dessa ideia, por uma confusão desta teoria (causa mais próxima do dano) com a aquela do dano causal direto e imediato, discutida abaixo.

Apesar de parecer ser uma teoria mais coerente que a anterior por abarcar melhor a realidade de cada caso, ela também veio a sofrer críticas. Passou-se discutir que a nocividade de uma conduta pode não estar vinculada ao último fator da cadeia de acontecimentos, mas pode ter relação com outro fator que tenha precedido.

Tal teoria pode ser exemplificada pela seguinte passagem da obra *El daño resarcible*, de Alfredo Orgaz:

Suponha-se que dolosa ou culposamente alguém troca um remédio, que deveria ser dado a determinado enfermo, por uma substância tóxica, e a enfermeira, ignorando a substituição, dá o suposto remédio ao doente que, em razão disso, morre. A enfermeira, não obstante ter produzido a condição mais próxima, não é a “causante

del homicídio”, mas, sim, o agente que, no lugar do remédio, colocou a substância tóxica (ORGAZ¹ citado por CRUZ, 2005, p. 56).

Quando se verifica o exemplo citado por Orgaz, fica evidente que não seria razoável conectar, necessariamente, a condição mais próxima a um resultado danoso por duas razões. Como argumenta Cruz (2005), é difícil conseguir determinar de forma precisa qual é a distância temporal para se configurar o ilícito e o dano. Em segundo lugar, ainda que existam condições que possam ter ensejado o dano não significa que elas, necessariamente, sejam causas ressarcíveis. Ao propor uma redução da responsabilidade do agente a uma questão temporal, cronológica, tal teoria acabaria por se demonstrar danosa. Segundo Cruz, “a teoria da causa próxima reduz, portanto, a responsabilidade do agente à mera questão cronológica, conduzindo o julgador muitas vezes a soluções injustas, o que não pode ser admitido pela ciência jurídica”. (CRUZ, 2005, p. 57).

A próxima abordagem introduzida por Cruz (2005) é a teoria da causa eficiente. Também de origem alemã, nela se determina que não interessa o acontecimento que foi imediatamente anterior ao dano, mas aquele que estabeleceu uma relação causal de maior eficiência no resultado. Essa teoria descarta o entendimento da teoria da equivalência dos antecedentes causais que determina que todas as condições se encontram no mesmo grau de capacidade de produção de um resultado. (CRUZ, 2005, p. 57).

Já a teoria da causa preponderante, por outro lado, determinava que seria causa apenas aquela condição que rompesse com o equilíbrio entre os fatores favoráveis e adversos à produção do dano. De acordo com os estudiosos do tema, a causa seria aquela que determinaria, em uma sequência de acontecimentos, a direção decisiva para o resultado. Isso significa que a causa deveria ser a conduta prevalente a provocar o resultado na cadeia de acontecimentos.

Ainda que pareça mais plausível entender que existem causas mais eficientes ou preponderantes para gerar um dano, para que se torne possível aplicar tais preceitos é necessário identificá-las. No entanto, torna-se difícil estabelecer qual das diversas condições poderia gerar um resultado mais eficiente ou preponderante para a produção do dano. Por essa razão, tais teorias tornaram-se ultrapassadas.

A teoria da causalidade adequada, que atualmente está prevista no Código Civil brasileiro, é oposta à teoria da equivalência dos antecedentes causais. Ela surgiu em 1871, na Alemanha, e seu criador foi Ludwig von Bar, mas quem a melhor desenvolveu foi Johannes von Kries (CRUZ, 2005, p. 64). Essa proposta avalia a adequação da causa em função da

¹ ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. 2. ed. Buenos Aires: Omeba, 1960. p. 67.

possibilidade e probabilidade de determinado resultado acontecer em uma situação comum. Segundo essa teoria, quanto maior ou mais significativa for a probabilidade de uma causa gerar um dano, tanto mais adequada é em relação a esse dano. Segundo Cruz (2005, p. 65), deverá se questionar qual causa é apta a produzir o resultado e, em seguida verificar se essa causa teria sido capaz de gerar o dano.

Para essa teoria, quando chega o momento decisório, caberá ao julgador retroagir mentalmente até o momento da ação ou omissão para estabelecer se ela era ou não adequada para produzir o dano. Dessa forma, caberá ao julgador determinar se há probabilidade de um dano ter sido causado por uma determinada ação. Assim, conforme conclui Cruz, a ação que incorrerá na responsabilidade deverá ser apta a acarretar o dano causado:

na opinião de von Thur, isto se dá quando o fato do qual a responsabilidade deriva, em razão de sua natureza, é próprio a produzir o dano. Por sua vez, o nexó de causalidade não é adequado e, portanto, a responsabilidade não existe quando o dano se produz por força de um concurso de circunstâncias excepcionais e fora da experiência de vida. (CRUZ, 2005, p. 67-68).

Com o objetivo de identificar a causa adequada do dano, surgiram, dentro da teoria tratada, duas formulações sobre o mesmo tema: uma positiva e outra negativa. Os partidários da primeira delas defendiam que toda vez que se constatasse que um fato teve como consequência provável ou direta o dano, estar-se-ia verificada tal teoria (CRUZ, 2005, p. 70). Por outro lado, defendia a corrente negativa que, era preciso analisar se o fato era causa inadequada a produzir o dano. Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria, um dos precursores dessa corrente, propôs que “o fato que atua como condição do dano só deixará de ser considerado causa adequada quando, dada a natureza geral, se mostrar indiferente para a verificação do dano, estranhas ou extraordinárias” (FARIA² citado por CRUZ, 2005, p. 70).

Para discutir o tema, o exemplo citado pela autora, retirado das reflexões de Antonio Lindberg C. Montenegro, propõe uma situação na qual uma pessoa X agride a outra Y e, sendo portador de uma doença do coração Y, acaba por falecer. De acordo com a primeira teoria citada, a agressão não terá sido causa adequada do dano, pois a morte não é consequência normal de um único soco. De outra forma, de acordo com a acepção negativa, entende-se estar caracterizado o nexó causal, pois a agressão não foi indiferente à produção do dano.

Diante da dificuldade em se encontrarem meios de compreender tal teoria de maneira objetiva, surgiram várias correntes subsidiárias, que buscaram encontrar critérios definidores

² FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. **Direito das obrigações**. v. 1, Almedina: Coimbra, 2003. p. 502.

mais exatos. Uma das perspectivas de análise se debruçou sobre o fato de ser necessário pensar que o princípio da adequação deve abranger todo o processo causal e não apenas a causa e o efeito isoladamente. Assim, Cruz (2005, p. 79) cita Fernando Pessoa Jorge, um dos teóricos defensores da teoria da causalidade adequada, que entendia que ainda que um comportamento possa ser considerado adequado para produzir um dano, ele pode se produzir por um processo diferente.

Diante de tal posicionamento propõe-se nova aproximação com o objeto do presente estudo, utilizando-se como exemplo a seguinte situação. Quando se atribui uma indenização a um filho que alega ter sofrido um dano pelo abandono paterno ou materno, estar-se-ia consequentemente dizendo que o distanciamento de um pai ou mãe do filho constitui causa adequada ao dano psicológico gerado. Assim, pensando nesse processo, constituiria como causa adequada do dano, o comportamento de qualquer pai ou mãe que não se envolvesse emocionalmente com o filho, independentemente da razão que os levou a tomar tal decisão. Entretanto, suponha-se que o pai tenha falecido enquanto o filho ainda era jovem. Nesse caso, teria sido encerrada a relação paterna filial pelo evento morte.

Assim, verifica-se nas duas situações citadas, dois possíveis polos da adequação causal: o abandono e a morte. Analisando-se tal teoria, conclui-se que o resultado (dano) não se produziu concretamente pela cadeia de acontecimentos anteriores a ele, por que o fato era abstratamente sua causa adequada. Significa dizer que outras razões poderiam levar para a produção do dano psicológico ao filho, ainda que o afastamento paterno-filial seja uma causa possível de motivação. No primeiro caso citado, teria sido a escolha paterna afastar-se do filho e, no segundo, uma causa alheia à sua vontade. Entretanto, de uma ou de outra forma, o filho ficaria prejudicado quanto à presença paterna e poderia sofrer prejuízos, caso se entenda que, nesse caso, a falta de afeto é razão suficiente para isso.

Por essa razão, tal perspectiva apontada acima e inserida na teoria da causalidade adequada levaria em consideração todo o processo causal e não apenas o efeito produzido isoladamente. Segundo os defensores dessa proposta, outros fatores além da causa motivadora podem ter contribuído com mais afínco para a produção do dano. Observando-se os exemplos citados, não parece razoável admitir uma responsabilização paterna em caso de ausência por morte e, da mesma forma, tampouco soa razoável que se entenda que o distanciamento por escolha paterna mereça ser indenizado.

No caso acima, o elemento volitivo do pai, no primeiro cenário colocado, é fundamental para que fique configurado o dano e, resta saber se, de fato, o distanciamento paterno pode ser entendido como elemento gerador de dano se, no caso, houve o afastamento em decorrência de

uma escolha. Tratando especificamente do tema central desta dissertação, infere-se que mesmo que fosse possível remontar a linha causal, a natureza do afeto permaneceria sendo fundamental para a definição de qualquer critério.

Apesar de tudo o que foi tratado acima, a teoria da causalidade adequada foi muito criticada principalmente por possuir um viés filosófico que supostamente dificultaria uma aplicação prática. Como se viu, a interpretação que se faz acerca da teoria varia de acordo com a perspectiva de análise de cada autor. Segundo Cruz (2005, p. 83), “quase todas as teorias dependem de um certo arbítrio do magistrado para ser aplicada em concreto”.

Ainda assim, a teoria da causalidade adequada tem prevalecido em vários ordenamentos e é uma das mais invocadas no Brasil. Entretanto, como demonstra Cruz (2005), nota-se certa confusão quando os autores que consideram a teoria da causalidade adequada. Ao considerarem o nexos causal, diz a autora, há estudiosos que acabam buscando a causa necessária do dano e assim confundem com a teoria do nexos causal direto e imediato.

A teoria do dano direto e imediato surgiu com o objetivo de encontrar o equilíbrio necessário para resolver todas as hipóteses acima tratadas. Após apontar as inúmeras variantes que analisavam a teoria, Cruz (2005, p. 99-100) aponta aquela que teve mais êxito ao explicar o significado da expressão “direto e imediato”, perspectiva criada por Dumoulin e Pothier, com o apoio de Colin et Capitant, Huc, Giorgi, Polacco, Chironi e Gabba. De acordo com essa corrente, também denominada de *escola da necessariedade*, o dever de reparar um dano só existe quando o evento danoso é efeito necessário de uma causa determinada.

De acordo com essa corrente, ainda que se apresentem vários fatores para determinar a produção do dano, apenas aqueles que se ligam ao prejuízo em uma relação de necessariedade deverão ser considerados como causa. Significa dizer que apenas a condição que for elevada à categoria de causa necessária do dano ensejará o dever de indenizar.

Dessa forma, para essa perspectiva, nem sempre a causa direta e imediata será aquela mais próxima ao dano, mas sim aquela que necessariamente o gerou. A distância temporal entre o ato e o dano não rompe o nexos causal, mas o aparecimento de outra causa. Assim, conforme apresenta Cruz (2005, p. 104, “não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas a proximidade lógica”.

Diante de todo o exposto, outra conclusão é possível. Essa teoria propõe que o nexos causal pode ser rompido de duas maneiras: quando um terceiro é autor da causa que provoca novo dano, assim como quando a causa necessária for fato natural (caso fortuito ou de força maior). Infere-se que a vítima não ficará desamparada se a responsabilidade do devedor primitivo desaparece quando um terceiro é autor do novo dano, pois esse último ficará obrigado

a indenizá-la. Entretanto, se a causa do novo dano for um fato natural e o nexo estiver rompido, a vítima não terá ninguém para responder pelo novo dano.

Aproximando tal teoria ao caso objeto do presente estudo tem-se que, se ficar comprovado por meio de um laudo técnico que o abandono afetivo provocado pelo genitor teria gerado um dano à saúde psicológica do filho, estaria demonstrado, de acordo com a perspectiva que entende o afeto enquanto dever de cuidado, que o dano causado merece ressarcimento.

Analisando-se tal caso de acordo com a teoria da causa direta e imediata, ficaria demonstrado que o abandono teria sido, necessariamente, a causa ensejadora do dano. Por outro lado, caso a genitora tenha sido a precursora de tal medida cometendo atos de alienação parental ou distanciando o filho do pai, por exemplo, o nexo causal entre o abandono e o dano estaria rompido e, a partir daí, poderia ter sido gerado outro dano, desta vez, de autoria da mãe.

Por fim, pensando-se em uma terceira perspectiva, caso o pai tenha falecido enquanto o filho ainda era novo, deixando, por óbvio, de prestar a assistência afetiva que defendem os doutrinadores do afeto como dever de cuidado, deixaria de existir o objeto da demanda por razões alheias à vontade do pai, ou seja, por um fator natural. Nesse caso, o nexo deixaria de existir e a carência afetiva demandada pelo filho não poderia ser suprida, da mesma forma que não o é pelo arbitramento de valores monetários. Aqui, a teoria do dano direto e imediato deixaria de existir pelo fato de não ser possível conectar diretamente o prejuízo a algum tipo de dano.

Conforme tudo o que foi exposto, segundo Cruz (2005), verifica-se que a teoria do dano direto e imediato se apresenta como a mais apta a enfrentar o problema da causalidade múltipla do que a maioria das teorias expostas anteriormente que quase sempre conduzem o julgador a soluções injustas. Essa continua sendo a teoria mais adotada no Brasil, apesar de algumas vezes ainda se verificar que a jurisprudência caminha em sentido inverso:

A tendência a uma interpretação evolutiva, aliás, encontra-se presente na jurisprudência brasileira, a tal ponto que, sob influência de todas as três correntes antes mencionadas, **os Tribunais fixam o nexo de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexo causal, e da *conditio sine qua non***, sempre na busca de um liame de **necessariedade entre causa e efeito**, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo. Para se entender, portanto, o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, torna-se indispensável ter em linha de conta não as designações das teorias, não raro tratadas de modo eclético ou atécnico pelas Cortes, senão a motivação que inspira as decisões, permeadas predominantemente pela teoria da causalidade necessária. (TEPEDINO, 2002, p. 11, grifos nossos).

Ainda que a teoria citada acima seja a mais aplicada no Brasil, nota-se que em relação aos casos envolvendo indenização por abandono afetivo, de acordo com a perspectiva que

entende o afeto enquanto dever de cuidado, tem sido aplicada a teoria da causalidade provável. No contexto no qual foi citada essa construção, ela era entendida como uma subcorrente – positiva – inserida na teoria da causalidade adequada, isto é, quanto maior ou mais significativa for a probabilidade de uma causa gerar um dano, tanto mais adequada é em relação a esse dano.

Como foi demonstrado, ainda hoje há certa dificuldade no entendimento sobre a aplicação da teoria da causalidade, justamente porque é um desafio comprovar o nexo de causal entre abandono e dano. Por essa razão, na prática forense é comum encontrar variações de conteúdo e de fundamentação entre casos de um mesmo ramo de atuação. É sobre essa situação que trata a polêmica sobre o abandono afetivo. Nota-se que há uma diversidade de entendimentos sobre o tema, justamente porque a natureza do afeto é entendida de diversas maneiras. Tal definição é crucial para orientar a compreensão sobre a questão da responsabilidade nos casos de abandono afetivo, visto que para que seja possível defini-la é necessário que exista o nexo causal entre o ato e o dano. Assim, se o primeiro não é compreendido como causa do segundo, não é possível falar em responsabilização.

Pretende-se aprofundar tal problema após analisar a motivação contida na perspectiva que entende o afeto como dever de cuidado. Apenas depois dessa passagem, amparada pelas teorias já tratadas, tornar-se possível compreender a existência de motivações diferentes para cada uma das correntes. Pretende-se por fim, demonstrar que a reflexão que tem sido feita em ambas as perspectivas deixa de apreciar questões cujo aprimoramento torna-se importante. Por essa razão pretende-se tratar da nova corrente trazida na proposta de Poli e Corcione (2019), que entendem o afeto como vínculo constitutivo distintivo das relações familiares. Tal construção será objeto da conclusão deste estudo, pois a fundamentação proposta mostra-se eficaz ao abarcar os casos envolvendo indenizações por abandono afetivo.

Para que se entenda melhor a conexão entre a teoria da causalidade adequada e o entendimento do afeto enquanto dever de cuidado, cujo fundamento foi apontado no voto da Ministra Nancy (REsp n. 1.159-242/SP62), utilizar-se-á da perspectiva apresentada pela doutrina italiana sobre o tema. Apesar não ser a teoria adotada no Brasil, verifica-se que há certa coincidência nos termos da corrente utilizada na Itália com a construção jurisprudencial da ministra.

No Código Civil brasileiro adota-se a teoria *direta ou imediata*, conforme o artigo 403: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL, 2002). Tal teoria leva em consideração apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência e qualquer outra causa. Assim, pretende-se restringir

a relevância do comportamento humano aos acontecimentos que tiverem certa aproximação do dano. Aplicando tal proposta ao tema em estudo, seria necessário encontrar uma conduta do genitor que comprovasse, de maneira inequívoca, certo prejuízo contra o filho.

Caso seja aceita a proposição acima, deve-se questionar a relação que se estabelece entre o abandono e o dano nas relações paterno-filiais. Essa questão surge, pois não é possível que se verifique a conexão direta entre o abandono e o trauma psíquico na vida do filho. Entretanto, ainda assim, a corrente acima proposta entende que essa relação é natural e que o dano é, necessariamente, uma consequência direta da atitude do genitor que abandonou.

Com o objetivo de superar esse impasse, pois não é possível encontrar conexão direta entre o abandono e o dano, pretende-se demonstrar as razões que apontam a aplicação da teoria da causalidade provável em casos de precificação do afeto. De acordo com a proposta de Poli e Corcione (2019), que promoveram tal especulação, esse raciocínio revelou-se proveitoso

[...] na medida em que, por meio dele, se demonstrou a existência da probabilidade de que o dano provocado tenha sido uma consequência daquela ausência paterna/materna. Essa teoria, aliás, já tem sido comumente aplicada na prática forense nos casos em que se precifica o afeto. No entanto, a despeito da recursividade no uso desse juízo, não se pode excluir que, em dada circunstância, emerja o argumento segundo o qual a teoria da probabilidade, tal qual elaborada na jurisprudência italiana, não tem previsão na legislação brasileira. Em tal caso, a defesa perderia seu fundamento. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 34).

Pelo fato de não existir, no Direito brasileiro, uma previsão tal como aquela da doutrina italiana, nota-se certa fragilidade argumentativa na já mencionada fundamentação proferida pela ministra Andrighi. Nota-se, portanto, que o problema na aplicação da teoria do dano direto e imediato nos casos envolvendo o abandono afetivo se dá pela impossibilidade de dizer exatamente que o abalo existencial decorra do abandono.

Outra construção que se demonstra proveitosa é a reflexão experimentada por Facchini Neto (2016), quando trata da relativização do nexo de causalidade e da responsabilização da indústria do fumo. Na proposta feita por Poli e Corcione (2019), discutiu-se o trabalho do autor para demonstrar a semelhança na abordagem desse problema e para propor uma nova compreensão sobre a natureza do afeto, objeto da conclusão deste trabalho.

Segundo Facchini Neto (2016), nos casos americanos envolvendo a responsabilização de empresas pelo dano provocado pelo produto comercializado, verificou-se a substituição da causalidade pela probabilidade. Pretende-se avaliar o conteúdo da fundamentação proposta pela ministra Nancy (REsp n. 1.159-242/SP62) para verificar qual teoria tem sido aplicada na prática forense brasileira.

A teoria probabilística estudada por Facchini Neto (2016) aduz que um determinado acontecimento não pode produzir um determinado efeito, mas aumenta significativamente a probabilidade de que ele aconteça. Foi essa ideia que acabou por levar vários teóricos a deixarem de aplicar a teoria da causalidade. Segundo o autor, “um fato pode ser considerado a causa de um resultado negativo se for alta a probabilidade, à luz de estatísticas científicas, de que este último tenha ocorrido em razão da presença do primeiro”. (FACCHINI NETO, 2016, p. 25).

Baseado no trabalho da doutrinadora italiana Marta Infantino³, segundo a qual as *teorie probalistiche* evitam “que uma obscuridade probatória sobre os acontecimentos resulte sempre em julgamento desfavorável ao autor”, Facchini Neto (2016, p. 25) tem a pretensão de aplicar a percepção sobre a probabilidade às ações movidas contra a indústria do tabaco nos Estados Unidos. A discussão iniciou-se depois que, a partir da década de 1950, ficou demonstrada a relação entre o consumo de tabaco e o câncer de pulmão. Na mesma época, passou-se a proibir a publicidade do cigarro com a implementação de políticas públicas relacionadas ao controle do tabaco.

Foi nesse período que passaram a ser movidas ações contra a indústria do fumo com a pretensão de responsabilizá-la pelas patologias e mortes associadas ao consumo do seu produto. O argumento utilizado pelos consumidores era que, apesar de não ser possível provar que o dano provocado poderia levar a pessoa à morte, o fato de existir grande probabilidade de se desenvolver tal doença letal, já seria razão suficiente para motivar o dever de indenizar.

A indústria do fumo, por outro lado, tentou comprovar a inexistência de sua responsabilidade ao apontar dois argumentos sobressalentes:

[...] um deles diz respeito à ausência de prova da presença de um nexo causal inequívoco entre o ato de fumar e a doença contraída pela vítima, já que quase todas as patologias são multifatoriais e, portanto, poderiam ter se desenvolvido por outras causas que não o vício do cigarro; o outro argumento diz respeito ao livre-arbítrio. Esse segundo argumento é simples: as pessoas são livres e fumam porque querem, mesmo sabendo que o cigarro faz mal. Portanto, como todo ato de liberdade atrai a conexa responsabilidade, não haveria como transferir à indústria do fumo os males que alguém tenha contraído consciente e voluntariamente. (FACCHINI NETO, 2016, p. 3).

Ainda assim, conforme demonstra Facchini Neto (2016), mesmo que o argumento apontado sobre o nexo de causalidade seja razoável, a comprovação por meio de dados científicos irrefutáveis demonstrou percentuais altíssimos de que a cada cem portadores de

³ INFANTINO, Marta. **La causalità nella responsabilità extracontrattuale**. Studio di Diritto comparato. Napoli: ESI, 2012. p. 115ss.

doenças vinculadas ao fumo, de oitenta a noventa indivíduos contraíram a patologia em razão do hábito de fumar. Sendo assim, tornou-se irrefutável a afirmação de que há conexão entre o fumo e determinadas doenças.

Comparativamente, é possível fazer uma associação com a defesa feita pela Ministra Nancy Andrighi. Ao se fazer a conexão entre o abandono afetivo e a ausência do dever de cuidado, entendendo o primeiro como o fato gerador de responsabilidade civil, defendeu-se que o dano provocado deveria ser indenizado. Conforme observado nos casos envolvendo a indústria do fumo, há nessa afirmação uma dedução probabilística, visto que, não é possível afirmar categoricamente que, no caso citado (REsp n. 1.159-242/SP62), a ausência paterna tenha gerado o abalo emocional na vida da filha. Em oposição a essa colocação, poderia afirmar-se que existiria uma probabilidade de que o dano provocado na vida da filha seria uma consequência do abandono paterno, conforme constatado em trabalho anterior:

Considerando-se como provável o dano provocado ao filho, seria possível fortalecer o entendimento que traz essa percepção e até mesmo justificar de forma contundente o cabimento da indenização. Dessa forma, a decisão da ministra – assim como as demais que reconhecem, em tais casos, a responsabilização civil – torna notável que a teoria da causalidade provável já vem sendo adotada no Brasil. (POLI e CORCIONE, 2019, p.23).

Nota-se, então, que já seria possível afirmar que no Brasil já tem incidido a teoria da causalidade provável. O que é preciso destacar é que tal uso não condiz com a teoria que é aqui aplicada de forma hegemônica, o que comprova a necessidade de se revisar o instituto da afetividade e a sua aplicação na prática forense.

Facchini Neto (2016) aponta duas constatações prováveis ao discutir o que pode motivar a incorporação de uma teoria estrangeira para justificar algum entendimento doutrinário ou jurisprudencial que não tenha prévia previsão legal. A primeira delas se refere à ausência de previsão legislativa sobre determinado tema pelo fato de o assunto ter surgido em momento posterior à edição da norma legislativa. O segundo ponto assinalado pelo autor, estaria no fato de que o tema não teria sido apreciado, pois os legisladores não teriam tido a oportunidade de aprofundar e conhecer determinadas teorias, ideias, doutrinas ou práticas que, de modo distinto, já houvessem sido aprofundadas em ordenamentos de outros países.

A segunda situação apontada pelo autor parece se adequar à discussão do objeto em estudo, pois fica evidente que o fundamento que a ministra fornece para justificar a responsabilização do genitor é fruto de uma interpretação extensiva da teoria da causalidade, que não condiz com aquela usualmente aplicada no Brasil:

Menciona-se isso para explicar porque é comum, razoável, e até mesmo imperioso que se esteja atento às novas ideias e práticas jurídicas existentes em outros sistemas jurídicos. De fato, constatado que tais novas ideias e práticas funcionam, e funcionam bem, que são justas e melhores do que os modelos até então existentes, é de todo natural que se as ‘importe’. A única preocupação real é que tais ‘novidades’ sejam compatíveis com o sistema jurídico para o qual se importa. Isto porque há muito se sabe que a função judicial não se limita à aplicação silogística das normas legislativas. O ordenamento jurídico não é completo, nem claro, nem coerente, como pretendiam os teóricos iluministas. O ordenamento contém lacunas. Mas a ausência de previsão ou de regulação de um determinado instituto ou figura jurídica não significa minimamente que o legislador não o disciplinou porque não queria acolhê-lo. (FACHINNI NETO, 2016, p. 13).

Outro ponto importante que o autor traz diz respeito à verificação da aplicação de determinados conceitos em alguns ordenamentos. O que ele alerta é que em alguns casos não seria possível afirmar categoricamente que a teoria é compatível com o sistema jurídico do qual se trata. Ainda assim, para o caso em estudo, a teoria da causalidade provável parece estar mais adequada às questões envolvendo o abandono afetivo, quando o afeto é entendido como dever de cuidado, do que a teoria do dano direto e imediato. Esta última não permite que se identifique a responsabilidade do agente causador do dano, porque é impossível encontrar um nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo.

Por essa razão, a aplicação da teoria probabilística envolvendo os casos de abandono afetivo precisa ser cuidadosamente estudada, pois não é apenas a questão do nexo causal que merece detida análise. Ficou evidente que o entendimento acerca da natureza do afeto ainda gera controvérsias e é por essa razão que se pretende problematizar, adiante, os fundamentos das teorias que são hoje aplicadas.

Assim, pretende-se avaliar, a seguir, o tipo de dano existente para os casos que são objeto de análise. Pretende-se compreender os dois tipos de dano atuais – dano existencial e dano moral – para que seja possível identificar qual dessas duas espécies está de acordo com o entendimento atual sobre o abandono afetivo.

Conforme foi demonstrado, não é possível identificar uma conexão entre a conduta e o dano quando se faz uma má aplicação da teoria do nexo causal. Essa imprecisão entre a teoria determinada pela lei e aquela aplicada na prática forense acaba por dificultar a apreciação dos casos por uma perspectiva objetiva. Tal impasse faz gerar certa insegurança jurídica na apreciação das decisões, o que torna ainda mais desafiador o trabalho dos juristas.

Diante de tudo que foi apontado, a corrente doutrinária que entende o afeto como dever de cuidado defende que a ação cometida gera dano moral suficiente para que seja arbitrado o direito à reparação pecuniária. Questionando-se essa certeza proposta na corrente, pretende-se

desenvolver o conteúdo do dano moral e, em contrapartida, discutir o conteúdo do dano existencial para verificar a sua aplicabilidade ao contexto.

5.2 O dano moral e o dano existencial a partir da análise da teoria do afeto enquanto dever de cuidado

O contraponto entre o dano moral e o dano existencial são fundamentais para identificar irregularidades e resguardar direitos. Após a análise, que se fará a seguir, dos contornos de cada um desses institutos, pretende-se avaliar a pertinência da hipótese da existência de algum tipo de dano nos casos em que se supõe o cometimento de abandono afetivo paterno filial. Pretende-se avaliar se, nas decisões atuais sobre o tema, tem sido aplicada uma espécie de dano capaz de justificar a responsabilização civil.

Para definir o conceito de dano moral na atualidade será adotada como referência a obra *Direitos da personalidade*, de de Naves e Sá (2017). No passado, havia uma definição acerca do dano moral diversa daquela que se vê atualmente. Os tribunais entendiam que o dano moral era aquele que gerava um abalo extraordinário ou, ainda, aquele que gerava uma “dor na alma”. No entanto, para os autores citados, o dano moral não pode ser entendido como uma dor ou sofrimento, uma angústia ou uma humilhação. Essa percepção, dizem Naves e Sá (2017), já foi superada na medida em que tal definição, vinculada a uma vertente psicológica, poderia levar à admissão de demandas controversas, promovidas por pessoas sensíveis que, diante de qualquer acontecimento indesejado, sentir-se-iam lesadas e demandariam providências do Judiciário. Diante do problema gerado pela interpretação anterior que se fazia do instituto, Naves e Sá (2017) caracterizam o dano moral como uma lesão a direitos da personalidade⁴ ou a direitos de família:

A responsabilidade civil decorrente do dano moral, em sentido próprio, é a compensação ou o ressarcimento de lesão a direito da personalidade ou a direito de família puro. Acatamos a posição de Clóvis Beviláqua, Paulo Luiz Netto Lôbo e Carlos Alberto Bittar, que tratam do dano moral como lesão a direitos da personalidade, mas acrescentamos a ele a lesão a direitos de família puros, pois a ofensa a estes tem a mesma natureza, porquanto, nos dois casos, são atingidos os bens existenciais da pessoa. (NAVES e SÁ, 2017, p. 50).

⁴ Entende-se por direitos da personalidade “aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna. São direitos da personalidade a vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos e todos os seus demais aspectos que projetam a sua personalidade no mundo.” (NAVES e SÁ, 2017, p. 18).

No mesmo sentido, pontuam Naves e Lima (2010, p. 129) que “a compensação do dano moral deve ser estabelecida por critérios objetivos de violação de situação subjetiva da personalidade ou de direito de família puro. É uma sanção pela qual a ordem jurídica manifesta sua repulsa a uma conduta antissocial e danosa”.

Diante dessa compreensão contemporânea acerca do dano moral e, interpretando-se a construção doutrinária que se faz na perspectiva estudada que entende o afeto na sua acepção objetiva, entende-se que o direito da personalidade que viria a ser violado seria o direito de ser cuidado. A ofensa a tal direito, conforme é defendido por essa corrente, seria suficiente para suprir a existência do requisito dano e, conseqüentemente, para fazer gerar a responsabilização civil do genitor que cometeu o ato (nesse caso específico, o abandono).

Como apresentado, aqueles que entendem o afeto na sua acepção objetiva defendem que o abandono afetivo de um filho acaba por gerar um dano moral pelo fato de não estar sendo respeitado o dever legal de cuidado. Entretanto, ainda que observada a definição de dano mais atual apontada acima, o problema que tem sido enfrentado quando se trata dessa hipótese recai sobre a impossibilidade de se identificar um nexo de causalidade entre a conduta do pai ou mãe e o trauma do filho, mesmo tendo sido possível comprovar a existência de um trauma psíquico na vida desse filho.

Diante de tal dificuldade, o problema da identificação desse nexo permanece existindo, visto que o dano ao direito de personalidade à vida do filho pode não ter sido provocado exclusivamente pelo distanciamento do genitor, mas por outros fatores somados a esse. São esses fatores, detalhados à frente, que começam a justificar a dificuldade de se aplicar o entendimento do dano moral para os casos envolvendo o abandono afetivo. O contraponto que se pretende adotar partirá do estudo do significado de dano existencial e que poderá ser melhor examinado a partir de uma associação com o Direito italiano.

Essa tese pretende demonstrar, como foi feito no artigo de Poli e Corcione (2019), que é possível identificar a existência de um *dano existencial* na vida do filho, e não de dano moral, como tem sido defendido pela doutrina. Essa construção foi feita observando-se o modelo conceitual desse instituto trazido na jurisprudência e na doutrina do Direito italiano, como constata Cendon (2019), a partir de decisões da Suprema Corte de seu país:

[...] os juízes recordam precisamente que ela [a categoria dano existencial] “constitui o fruto de uma elaboração jurisprudencial e doutrinária relativamente recente”. Em que consiste o prejuízo que se reclama: ele “é ligado a uma piora não temporária da

qualidade de vida do prejudicado, com uma conseqüente mudança radical dos seus hábitos, das suas relações pessoais e familiares. (CENDON, 2019, tradução nossa)⁵.

Com o objetivo de tratar da discussão do dano existencial apontado acima será feito um estudo do texto de Domenico De Masi (2000) que discute a questão do dano existencial nas condições de trabalho na Itália. Em seguida será avaliada a aplicação legislativa desse tema no Código Civil daquele país.

De acordo com De Masi (2000), em *O ócio criativo*, as transformações socioeconômicas teriam gerado as condições que fizeram surgir, anos mais tarde, a teoria do dano existencial. O autor discute que a revolução tecnológica no decorrer da história gerou uma nova percepção sobre o tempo livre. Essa ideia de tempo livre começa a ser entendida como um novo direito do trabalhador:

[...] a sociedade industrial permitiu que milhões de pessoas agissem somente com o corpo, mas não lhes deixou a liberdade para expressar-se com a mente. Na linha de montagem, os operários movimentavam mãos e pés, mas não usavam a cabeça. A sociedade pós-industrial oferece uma nova liberdade: depois do corpo, liberta a alma. (DE MASI, 2000, p. 15).

Como sintetizam Poli e Corcione (2019), a perspectiva de De Masi pretendia demonstrar como a revolução tecnológica permitiria que os problemas sociais nas relações de trabalho (exploração do homem pelo homem) fossem suprimidos e que dessa maneira a sociedade evoluiria. O escritor italiano acreditava que esse progresso tecnológico poderia, de alguma forma, permitir ao trabalhador ter o controle do seu próprio tempo ao trazer facilidades ao trabalho desenvolvido. De Masi acreditava que, com a redução do tempo de algumas atividades pelo uso da tecnologia, o trabalhador passaria a ter mais tempo e a ter mais liberdade para realizar outras atividades que não estivessem vinculadas ao trabalho.

No decorrer da sua obra, De Masi (2000) aponta o resultado de um processo que atravessa vários séculos e apresenta dados estatísticos que apontam para uma mudança no tempo livre das pessoas em países de economia avançada. Estudos desenvolvidos na década de 1930 apresentavam a possibilidade de mecanização dos processos de produção e a chance de redução das jornadas de trabalho como uma medida para enfrentar o desemprego. Até aquela época a população temia o resultado da mecanização dos processos de produção.

⁵ “Da quali lodi la categoria in esame arrivi, in primo luogo: ricordano appunto i giudici che essa “costituisce il frutto di un’elaborazione giurisprudenziale e dottrinale relativamente recente”. In cosa consista il pregiudizio che si lamenta: esso “è ricollegato ad un peggioramento non temporaneo della qualità della vita del danneggiato con un conseqüente mutamento radicale delle sue abitudini, dei suoi rapporti personali e familiari”. (CENDON, 2019).

De Masi (2000) identifica uma segunda possibilidade que se apontava como resultado provável frente ao acelerado desenvolvimento tecnológico. O trabalho deixou de ser idolatrado como indispensável para que o ser humano se liberte da miséria e passou a representar o que o autor chamou de “escravidão psicológica”. Segundo ele, em um primeiro momento, o trabalho teria colonizado o tempo livre e, nos anos futuros, seria o tempo livre a colonizar o trabalho. (DE MASI, 2000, p. 299).

Foi diante dessa mudança de perspectiva que De Masi passou a defender o direito à busca pela liberdade por meio da recuperação do tempo utilizado com o trabalho. Para possibilitar esse resgate de tempo, a forma sugerida seria o desenvolvimento de facilidades tecnológicas que passariam a permitir uma produção maior em menor tempo. De Masi (2000, p. 300) reproduz o provérbio espanhol “*hombre que trabaja pierde tiempo precioso*”, entendendo que quanto mais o homem fosse dono do seu tempo, mais livre seria.

Enquanto teóricos como De Masi encontravam no desenvolvimento tecnológico a solução para que pudesse ser assegurado mais tempo livre aos cidadãos explorados pelos excessos de trabalho que o mercado lhes colocava, estavam sendo levados ao crivo do Judiciário demandas indenizatórias de trabalhadores contra os empregadores que, devido ao excesso de trabalho, estavam vivendo de maneira sobrecarregada. Passou-se então a se consolidar na jurisprudência italiana uma percepção que pretendia assegurar ao empregado o direito ao tempo livre, avaliando-se o dano provocado à vida desses trabalhadores explorados.

Assim, foi na jurisprudência trabalhista italiana que se iniciou a noção de dano existencial, que é “gerado quando o empregador priva o trabalhador de seu tempo livre, forçando-o a um estado de prontidão e de disponibilidade mesmo fora da jornada contratualmente estabelecida. De acordo com esse raciocínio, usurpando-se o tempo, usurpa-se a existência.” (POLI e CORCIONE, 2019, p. 25).

Na Itália existem duas espécies de dano praticado contra a pessoa que são passíveis de indenização: o dano patrimonial, do artigo 2043⁶ do Código Civil italiano (ITÁLIA, 1942) e o dano extrapatrimonial, previsto no artigo 2059⁷ do mesmo dispositivo legal. Existe, ainda, a ressalva de que a indenização apenas seria devida se causada por uma conduta criminosa ou se estivesse prevista. No Direito italiano essa categoria passou a ser estudada, pois, assim como no Brasil, não existe de maneira explícita uma previsão que tipifique o dano existencial.

⁶ “Art. 2043. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.” [Qualquer fato doloso ou culposo que causa a outros um dano injusto, obriga aquele que cometeu o crime a ressarcir o dano]. (ITALIA, 1942, tradução nossa).

⁷ “Art. 2059. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.” [O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos determinados pela lei]. (ITALIA, 1942, tradução nossa).

A identificação desse tipo de dano apenas se tornou possível se realizada por meio de interpretações que permitissem determinar juridicamente a reparação para esse tipo de dano. Hoje, no Brasil, já é verificável a existência de dano existencial quando um trabalhador fica impossibilitado de exercer suas atividades (culturais, sociais, recreativas, esportivas, familiares) de forma saudável, ou até mesmo de desenvolver outros projetos na vida pessoal, social e profissional em decorrência da ação de seu empregador. Segue abaixo recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema:

RECURSO DE REVISTA. 1. CONTROLE DE JORNADA. HORAS EXTRAS. 2. BANCO DE HORAS. 3. INTERVALO INTRAJORNADA - SÚMULA 437/TST. 4. INTERVALO INTERJORNADA. OJ 355/SBDI-1/TST. 5. DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA, CONTÍNUA E DESARRAZOADA DE HORAS EXTRAS. A Constituição da República determinou a instauração, no País, de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), composto, segundo a doutrina, de um tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva. A realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista. Dessa maneira, uma gestão empregatícia que submeta o indivíduo a reiterada e contínua jornada extenuante, muito acima dos limites legais, por doze horas diárias, em dias sequenciais, agride todos os princípios constitucionais acima explicitados e a própria noção estruturante de Estado Democrático de Direito. Se não bastasse, reduz acentuadamente e de modo injustificável, por longo período, o direito à razoável disponibilidade temporal inerente a todo indivíduo, disponibilidade pessoal que é assegurada pelos princípios mencionados e pelas regras constitucionais e legais regentes da jornada de trabalho. **Semelhante gestão empregatícia deflagra, assim, o dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional, desarrazoada e ilegal, de intensidade repetida e contínua, em vista do contrato de trabalho mantido com o empregador. Configurada essa situação no caso dos autos, mantém-se a indenização por dano existencial reconhecida pela Instância Ordinária.** Desse modo, não preenchendo o recurso de revista, neste tópico e quanto aos demais temas elencados, os requisitos do art. 896 da CLT, dele não se conhece. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL, 2015, grifos meus).

Ainda no mesmo sentido, segue a jurisprudência de 2017:

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. CONDENAÇÃO EM VERBAS DE TRATO SUCESSIVO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. PARCELAS VINCENDAS. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para

melhor análise da arguição de violação do art. 290 do CPC/1973 (art. 323 do CPC/2015), suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. B) RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS. PREVISÃO EM ACT. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 2. VALE-ALIMENTAÇÃO. DIFERENÇAS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 3. ALUGUEL DE VEÍCULO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. 4. MULTA CONVENCIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Recurso de natureza extraordinária, como o recurso de revista, não se presta a reexaminar o conjunto fático-probatório produzido nos autos, porquanto, nesse aspecto, os Tribunais Regionais do Trabalho revelam-se soberanos. Inadmissível, assim, recurso de revista em que, para se chegar a conclusão diversa, seria imprescindível o revolvimento de fatos e provas, nos termos da Súmula 126 desta Corte. Recurso de revista não conhecido quanto ao tema. **5. DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA, CONTÍNUA E DESARRAZOADA DE HORAS EXTRAS. CONFIGURAÇÃO.** O excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, tipifica, em tese, o dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais. A esse respeito é preciso compreender o sentido da ordem jurídica criada no País em cinco de outubro de 1988 (CF/88). É que a Constituição da República determinou a instauração, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), composto, segundo a doutrina, de um tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva (Constituição da República e Direitos Fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015, Capítulo II). Ora, a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (invulnerabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa maneira, uma gestão empregatícia que submetta o indivíduo a reiterada e contínua jornada extenuante, que se concretize muito acima dos limites legais, em dias sequenciais, agride todos os princípios constitucionais acima explicitados e a própria noção estruturante de Estado Democrático de Direito. **Se não bastasse, essa jornada gravemente excessiva reduz acentuadamente e de modo injustificável, por longo período, o direito à razoável disponibilidade temporal inerente a todo indivíduo, direito que é assegurado pelos princípios constitucionais mencionados e pelas regras constitucionais e legais regentes da jornada de trabalho. Tal situação anômala deflagra, assim, o dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional, desarrazoada e ilegal, de intensidade repetida e contínua, em decorrência do contrato de trabalho mantido com o empregador. Logo, configurada essa situação no caso dos autos, deve ser restabelecida a sentença, que condenou a Reclamada no pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto.** 6. CONDENAÇÃO EM VERBAS DE TRATO SUCESSIVO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. PARCELAS VINCENDAS. Tratando-se de prestações sucessivas por tempo indeterminado, a execução compreenderá inicialmente as prestações devidas até a data do ingresso na execução, consoante dicção do art. 892 da CLT. Por outro lado, segundo estabelece o art. 290 do CPC/1973,

atual art. 323 do CPC/2015, se o devedor deixar de pagar ou de consignar, no curso do processo, obrigações consistentes em prestações periódicas, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação, até mesmo no caso de ausência de pedido expresse. É o caso das parcelas de horas extras, vale-alimentação, adicional de periculosidade, etc. Atente-se que, sobrevindo alteração na situação fática suscetível de modificação da decisão, a Reclamada dispõe da ação revisional (art. 471, I, do CPC/1973, atual 505, I, do CPC/2015). Recurso de revista conhecido e provido no aspecto. (BRASIL, 2017).

Fazendo um breve compilado das duas decisões reunidas acima, em consonância com a perspectiva doutrinária e jurisprudencial italiana, nota-se que o dano existencial é entendido como um dano à esfera extrapatrimonial do indivíduo e também não está limitado apenas à existência de dor ou sofrimento. Sua constatação parece ser mais fácil de ser identificada, pois a sobrecarga horária do trabalhador já o impossibilita de viver outras relações, o que por si só pode ser entendida como razão suficiente para que se constate o dano à sua existência.

Assim, conforme propõe Bebbber (2009, p. 30), o dano existencial é aquele que decorre de uma frustração ou de uma projeção que impede a realização pessoal do trabalhador. Esse tipo de dano é gerado quando o trabalhador precisa se reprogramar socialmente devido à sobrecarga no trabalho: ele deixa de vivenciar oportunidades da vida além daquelas que o trabalho proporciona.

Segundo afirma Soares (2009), o que diferencia as duas espécies de dano é o momento no qual cada um deles se manifesta:

enquanto o dano moral incide sobre o ofendido, de maneira, muitas vezes, simultânea à consumação do ato lesivo, o dano existencial, geralmente, manifesta-se e é sentido pelo lesado em momento posterior, porque ele é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano, sequência essa que só o tempo é capaz de caracterizar. (SOARES, 2009, p. 46).

Toda a construção feita até agora permite constatar que, nos casos envolvendo abandono afetivo (associado ao dever de cuidado) parece ser mais clara a ideia de que o dano sofrido pelo filho guarda mais semelhanças com o dano existencial do que com o dano moral em si mesmo. Isso acontece, pois tais ações costumam ser iniciadas quando os filhos já passaram pelos períodos iniciais da vida e sentem-se prejudicados psicologicamente na vida adulta, atribuindo tal dano a uma situação pregressa vivenciada. Nesse sentido, a associação que comumente se faz sobre o dano moral e o abandono parental, acabam sendo uma construção pessoal do indivíduo e não uma constatação fática e objetiva. Isso significa que nesses casos levados ao Judiciário, havendo a constatação da existência de um dano, ele deverá ser existencial, que perdura por décadas e se intensifica com o passar dos anos.

Vale retomar o histórico apresentado nos capítulos iniciais do trabalho para mostrar como a aceção do dano existencial está diretamente relacionada ao contexto defendido pelos teóricos que entendem o afeto como dever de cuidado. Entre os séculos XIV e XVIII ficavam evidentes o descaso e o abandono parental dos filhos logo nos primeiros anos de vida, ora em razão da dificuldade financeira que acometia a família (portanto procedia-se com a venda da força de trabalho do filho), ora devido à ausência de condições jurídicas e sociais que diferenciavam as crianças e os adolescentes dos adultos. Equiparavam-se crianças e adolescentes com os adultos do ponto de vista da capacidade laboral e até mesmo da erotização precoce. Como tratado, era muito comum o abuso sexual, a fome e o abandono e, em momento algum, se pensava nos danos que poderiam ser causados a essas crianças e adolescentes.

No Brasil, por exemplo, a percepção acerca da necessidade de cuidado de tais sujeitos foi resultado da pressão internacional intensificada no século XX, por meio de dispositivos que tinham o objetivo de construir regulamentos para amparar essas crianças e adolescentes e reconhecer as suas vulnerabilidades. Atualmente, o reconhecimento de tais vulnerabilidades fez surgir demandas que pretendem exigir que permaneçam assegurados os direitos conquistados para crianças e adolescentes.

Entretanto, para que essa proteção seja efetiva devem ser aplicados os corretos parâmetros legais. Por essa razão, a proposta que entende o afeto enquanto um dever de cuidado e que defende que existe um dano moral à esfera da criança e do adolescente deve estar vinculada ao reconhecimento do dano existencial, visto que ele é resultado de uma conduta danosa que foi praticada no decorrer dos anos.

Segundo Poli e Corcione (2019),

Parece possível afirmar coerentemente que, se o dano decorrente do abandono afetivo for compreendido como uma modalidade de dano existencial, seriam facilitados o ajuizamento e talvez a obtenção da indenização. Isso se deve ao fato de que não seria então necessário comprovar o nexo de causalidade entre o trauma psíquico e a conduta do genitor em questão. O dano existencial ficaria configurado simplesmente pela supressão ou a inexistência do tempo de convívio paterno-filial. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 27).

Essa constatação permite concluir que apenas no caso do dano existencial o indivíduo teria a necessidade de se reprogramar social e economicamente. Conclui-se, portanto, que o dano existencial goza de constatação objetiva, o que torna a sua identificação autoevidente nos casos em que o pai ou a mãe não estiveram presentes na vida do filho. A comprovação do dano nesses casos seria dispensável.

Diante do exposto, fica, portanto, refutada a associação desses casos com o dano moral, devido ao seu caráter subjetivo. Por se tratar de uma afetação a um direito de personalidade, não parece possível dar provas de sua existência. Para Poli e Corcione (2019, p. 35), “posto o caráter de percepção subjetiva inerente ao dano moral, não se mostra sustentável tratá-lo como um fato gerador de dano decorrente do abandono afetivo e, conseqüentemente, como passível de reparação”.

Diante de tudo o que foi tratado, conclui-se que a corrente que entende o afeto enquanto dever de cuidado esbarra nos problemas do dano e do nexo de causalidade, inseridos no instituto da responsabilidade civil. Essa imprecisão semântica do termo para o Direito de Família dificulta a resolução de demandas levadas ao Judiciário.

Da mesma forma em que a imprecisão pode gerar divergências jurisprudenciais quanto às demandas envolvendo o abandono afetivo, verifica-se outra importante fragilidade gerada pela ausência de consenso na seara jurídica: ignora-se a existência das relações fundadas pela afetividade.

Poli e Corcione (2019, p. 35) entendem como paradoxal a situação gerada por essa imprecisão de conceitos. Para os autores, toda a família que é reconhecida pelo texto constitucional permanece sendo destinatária de proteção e detentora de direitos. Ocorre que, por outro lado, aquelas relações formadas por um grupo de pessoas que não se enquadra nos padrões legais acabam por não gozar da mesma proteção e do reconhecimento como família, por deixarem de preencher os requisitos tipificados no texto constitucional. A objetividade conferida no dispositivo legal gera, ao final, uma desproteção das relações formadas apenas pelo afeto. Nesse contexto é possível citar as relações poliafetivas que ainda não são reconhecidas como família.

Todos os argumentos apontados acima pretendem demonstrar como é importante a reavaliação do significado jurídico do afeto para a solução dos problemas nas relações paterno-filiais e todos os demais que surgem devido à falta de proteção das relações formadas pelo vínculo afetivo e não tipificadas. Diante de tudo o que foi tratado, assumem-se e aqui se reproduz como marco teórico e também como solução para os casos complexos levados ao Judiciário, a teoria construída por Poli e Corcione (2019). Os autores entendem o afeto como um vínculo objetivo e constitutivo da entidade familiar. Os fundamentos adotados pelos autores para justificar tal constatação constituem o ponto de chegada desta reflexão na forma de conclusão para o presente estudo.

6 CONCLUSÃO: A RECONSTRUÇÃO DA NATUREZA DA AFETIVIDADE PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

Para promover a discussão que se fará sobre a compreensão do afeto como um vínculo constitutivo distintivo da entidade familiar, serão traçadas breves considerações sobre o “caso do bom baiano” (Rext. n. 397.762-8/BA). Trata-se da história de Valdemar do Amor Divino Santos, que era um funcionário público do Estado da Bahia e que faleceu deixando certa pensão a ser satisfeita pelo Estado. Ocorre que o histórico familiar de Valdemar não se adaptava ao modelo de família constitucionalmente estabelecido. Apesar de ter um vínculo conjugal consolidado e dessa relação terem advindo onze filhos, durante o mesmo período o baiano conviveu em um relacionamento paralelo com outra mulher, com quem teve nove filhos.

Valdemar vivia em duas formações familiares o que, doutrinariamente, nomeia-se como famílias simultâneas²⁷. Tais famílias são classificadas, de acordo com Pianovski (2005), a partir de dois pressupostos:

(a) a noção de família de que se está a tratar diz respeito à comunidade ou entidade familiar, e não ao sentido amplo do parentesco jurídico ou da consaguinidade e (b) o olhar que busca a aferição da existência ou não de uma situação de simultaneidade parte do sujeito que constitui o elemento comum entre as entidades familiares examinadas. (PIANOVSKI, 2005, p. 2).

No caso em análise, as duas relações perpetuaram durante 29 anos e ambas as famílias simultâneas se conheciam reciprocamente. Além disso é importante mencionar que ambos os relacionamentos eram de conhecimento público e todos os filhos se conheciam e, inclusive, alguns frequentavam a mesma escola. O bom baiano participava da vida cotidiana de ambas as casas e a sua esposa e sua companheira se reconheciam mutuamente.

Quando ele faleceu sua esposa e sua companheira fizeram o pedido de divisão da pensão. Diante disso, o Tribunal de Justiça da Bahia determinou o rateio da pensão entre as duas mulheres reconhecendo a união estável entre Valdemar e Joana, ainda que tal união fosse paralela com o casamento entre Valdemar e Railda. No entanto, o Estado da Bahia recorreu ao Supremo contra a decisão em primeira instância. O caso foi, então, avaliado pela Primeira

²⁷ “São inúmeras as possibilidades concretas de verificação de famílias simultâneas: desde a bigamia típica até a pluralidade pública e estável de conjugalidades: desde a situação que envolva filhos de pais separados, que mantêm os vínculos de afeto e convivência com ambos os pais, até a situação de pessoas divorciadas ou separadas que constituem novas famílias nucleares por um novo casamento ou união estável, mantendo o vínculo com a prole resultante da primeira união; ou, ainda, netos que convivem entre o núcleo formado com seus pais e vínculos de convivência contínua com seus avós, para citar apenas algumas configurações possíveis.” (PIANOVSKI, 2017).

Turma do Supremo Tribunal Federal, que acabou por dar provimento ao recurso interposto na corte pelo Estado (BRASIL, 2008a).

Os argumentos que sustentaram a decisão passaram pela análise dos limites constitucionais impostos à formação familiar. Dentre as razões articuladas pelo Ministro Relator Marco Aurélio no seu voto, consta a impossibilidade, segundo ele, de que a relação simultânea pudesse gozar de efeitos jurídicos diante da ilegitimidade da sua formação. Segundo ele, a relação fora do casamento configurava-se como concubinária e, portanto, oposta às características da união estável. Essa argumentação teria a pretensão de excluir a relação atípica pelo fato de não ter seus critérios discriminados no texto constitucional. O argumento do ministro resumia-se, fundamentalmente, na ausência de um pressuposto legal para admitir a inclusão dos membros dessa relação atípica no rol de herdeiros legítimos.

Para o Ministro Carlos Ayres Britto, por outro lado, o que importa, à luz do texto constitucional, é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico: “a concreta disposição do casal para construir um lar com o subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*.” (BRASIL, 2008b, p. 20). De maneira oposta à argumentação do Relator, Ayres Britto reconheceu a relevância jurídica e social da relação extraconjugal. Para ele, apesar de não constar taxativamente no texto constitucional a existência de mais uma relação familiar concomitante, o Ministro reconhece que o critério para se constituir família é subjetivo e depende do interesse do casal de se reconhecer enquanto família.

Os argumentos acima foram aqueles que apresentaram maior relevância no acórdão. Os demais ministros se posicionaram ora em favor do relator, ora em favor do ministro Ayres Britto. Fato é que, conforme apresentado, a turma acabou por reformar a decisão de primeira instância determinando a suspensão do rateio e desautorizando o recebimento de parte da pensão pela companheira e seus filhos.

Na análise do caso, a inadmissão da relação entre Valdemar e Joana, sob o argumento de que não teria se constituído dentro dos parâmetros legais, é uma escolha argumentativa que termina por ignorar a relação fática vivida pelo casal e por desproteger os membros da relação atípica, devido à ausência de uma estipulação normativa que a acolhesse. Situações como essa são muito comuns na sociedade contemporânea. Algumas se constituem de maneira diversa, mas também acabam não gozando de proteção jurídica suficiente, pois não estão abarcadas em critérios legalmente estabelecidos.

Ainda que tal relação não gozasse de proteção legal é possível constatar que a relação construída entre Valdemar e Joana se manteve concomitantemente ao casamento em razão de

um vínculo afetivo construído entre ele, a companheira e seus filhos. Ainda que o Direito não apresente uma solução objetiva para esse impasse, não há nada que se possa fazer para impedir a existência dessa relação vinculada pelo afeto entre as partes.

O caso do bom baiano serve para ilustrar a existência de relações vinculadas pelo afeto mesmo sem regulamentação legal que as proteja. O reconhecimento recíproco como família, entre as partes envolvidas parece ser o critério mais relevante para o caso acima citado e para todas as inúmeras famílias atípicas que se constituem por critérios afetivos.

Diante da constatação da importância que o afeto tem para as famílias atípicas na atualidade, a construção deste último tópico pretende apresentar uma solução à imprecisão de conceitos que foram sendo consolidados como paradigmáticos para solucionar demandas jurídicas que envolvem famílias. Como foi demonstrado, nenhuma das duas correntes estudadas é capaz de abarcar uma solução suficiente para a complexidade das questões jurídicas e familiares atuais.

Por essa razão, apesar de toda a repercussão de ambas as correntes tratadas até aqui, parece importante apreciar uma nova forma de se caracterizar o abandono. Esse novo formato pretende dar mais liberdade de planejamento familiar e permitir que sejam tuteladas aquelas formações que não se encontram explicitamente delimitadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Pretende-se ainda, com esse novo conceito, possibilitar que se encontre um consenso sobre as questões envolvendo o abandono afetivo.

O estudo feito sobre a infância nos dois primeiros capítulos deste trabalho, assim como a tratativa sobre as mais diversas formações familiares no decorrer dos séculos pretenderam demonstrar como as relações familiares são resultado de construções culturais variáveis. Como apresentado em estudos de antropólogos e historiadores, nunca foi possível identificar um tipo único de formação familiar na história da humanidade. A multiplicidade de conformações difundidas no mundo tem tido existência limitada apenas pelas imposições estatais e de cunho religioso feitas ao planejamento familiar em cada período. A regulamentação estatal sobre as questões privadas, somada a visões de mundo fundamentalistas, gera limitações que dificultam a consolidação de direitos e de deveres faticamente praticados entre os membros de relações familiares.

Nesse aspecto, a discussão dos primeiros capítulos deste trabalho ilustrou como o tema afeto foi relevante no passado e continua sendo decisivo para o entendimento da família na contemporaneidade. Como se viu, quanto mais se remonta aos primórdios da história, maior é o grau de descaso com crianças e adolescentes. O começo de uma mudança nessa situação se deu apenas quando o Estado, em diferentes países, passou a notar os reflexos das violações

sofridas por crianças e adolescentes para a sociedade (alto índice de mortalidade por carência de toda sorte ou aumento da criminalidade infantil em razão da falta de oportunidade de estudos, por exemplo). Para além disso, no entanto, o progresso da preocupação com a saúde, com o bem-estar, com a educação e a felicidade das crianças e adolescentes tem como outra de suas características, um envolvimento concreto com a troca afetiva entre os membros da relação familiar.

Na presente discussão elegeu-se o tema abandono afetivo como marco no tratamento dos argumentos necessários à compreensão da natureza do afeto para o Direito de Família. Essa demarcação temática fornece subsídios para pensar no problema gerado pela falta de uma definição precisa do afeto como instituto. Tal clareza poderia impedir que decisões contraditórias, e até reciprocamente excludentes, continuassem gerando insegurança para aqueles que esperam do Judiciário uma resposta.

Diante de tudo o que foi tratado no estudo das duas correntes atuais sobre o tema conclui-se que o afeto não pode se basear em um significado subjetivo. Constatou-se, após se avaliar a concepção que entende o afeto como sentimento, que a vinculação entre o abandono e trauma psíquico não possui natureza objetiva, pois o magistrado não detém meios para identificar a presença de sentimento na relação.

Resta evidente, portanto, que o Direito precisa de uma significação objetiva para o tema, o que significa que é necessária uma definição que ultrapasse os contornos da natureza do afeto como sentimento. A superação desse passo é importante porque o sentimento, como dado subjetivo, não serve como fonte na qual o ordenamento jurídico possa encontrar parâmetros suficientes para resolver as demandas que lhe são postas.

O Direito deve encontrar uma definição objetiva que tenha condições de oferecer aos juristas subsídios suficientes para arbitrar decisões jurídica e socialmente relevantes. Para Poli e Corcione (2019, p. 27), “restringindo-se ao dado objetivo, o ordenamento pode avaliar se existe em dada relação o *animus familiae*, expresso na maneira como se autorreconhecem e se autodeclaram como família os membros de um grupo.”

De outro lado, ao se discutir a concepção que entende o afeto como sentimento superou-se o problema de dizer por que o afeto não é princípio, mas não restou resolvido o que ele é para o mundo jurídico. Quando se retira a juridicidade desse instituto, retira-se, da mesma forma, a relevância que ele tem na conformação familiar. Essa omissão acaba desprotegendo as relações familiares formadas por critérios diferentes daqueles constitucionalmente determinados. Significa dizer que todas as relações atípicas desprotegidas pelo Estado

permanecerão sem reconhecimento jurídico e, na maioria das vezes, também carentes de reconhecimento social, visto que não é possível desvincular ambos as esferas.

Diante desses fatores, parece mais plausível a definição que Poli e Corcione (2019, p. 28) dão para a natureza do afeto: vínculo jurídico constitutivo e distintivo da entidade familiar. Nessa perspectiva, o afeto é visto, então, como “o termo necessário entre o que deve ser entendido como família e os demais agrupamentos humanos existentes. Isso porque relações têm várias configurações e essa construção assim definida tem a finalidade de distinguir a entidade familiar de outras relações sociais.”

Vislumbra-se, diante de todos os tipos de relações na contemporaneidade, que é necessário construir um critério que diferencie aquilo que é família e que precisa ter a tutela do Estado e o que seria fruto de outro tipo de relação. Essa diferença é necessária, pois, da mesma forma que uma ou mais pessoas podem morar na mesma casa e se reconhecerem mutuamente como família, outro grupo de pessoas que também dividem uma mesma casa podem não se reconhecer da mesma forma; podem existir vínculos entre várias pessoas em uma república de estudantes ou pessoas diversas podem ter um mesmo objetivo em comum, como o desenvolvimento de uma atividade empresarial e não se reconhecerem mutuamente como família. Entende-se como critério necessário para proporcionar essa diferenciação entre a família e os outros tipos de agrupamentos humanos, a autodeclaração das partes, reconhecendo-se como integrantes de uma família:

Tal traço distintivo que serve para diferenciar a família de outros agrupamentos humanos é o afeto declarado existente entre os membros de um grupo, em razão do qual as pessoas que o compõem percebem a existência de laços permanentes que as levem a reconhecer, nesse mútuo pertencimento, um vínculo por elas nomeado como família. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 28).

A partir desse novo entendimento, podem ser superados problemas práticos das outras duas teorias atuais e apresentar soluções viáveis para acolher todas as modalidades de família na atualidade. Assim, entender o afeto enquanto vínculo de pertencimento autodeclarado conforme propõem Poli e Corcione (2019) tem a potencialidade de assegurar a proteção das diversas modalidades de família na atualidade e, ainda, de constituir-se como critério necessário para resolver os casos levados ao Judiciário de maneira justa.

A complexidade do tema objeto deste estudo demanda uma superação dos limites, que o Direito pode oferecer. Durante a construção feita ao longo desta dissertação, graças à contribuição de diversas áreas de estudo, demonstrou-se a necessidade de uma revisão dos padrões propostos até agora no tocante à compreensão do afeto como categoria jurídica.

Antes, porém, de conduzir ao final o presente estudo, ocorre agregar ainda os conceitos de sincronicidade, elaborado por Carl Gustav Jung (2005) e certos aspectos da reflexão sociológica de Zygmunt Bauman (2004) sobre o “amor líquido”, os quais potencializam a proposta aqui produzida na medida em que dão visibilidade à complexidade das relações pessoais. Combinados, ambos os conceitos tornam patente a impossibilidade de se constituir, no âmbito jurídico, um critério puramente subjetivo de afeto; inversamente, vai se configurando a necessidade de reconhecer a objetividade que ele deve ter perante o Direito, ainda que não o seja, necessariamente, da mesma maneira para o sujeito que o vivencia.

Ambos os autores oferecem elementos capazes de ultrapassar a análise do afeto numa perspectiva inteiramente subjetiva. Da mesma forma que, anteriormente, foi problematizada a causalidade para justificar a impossibilidade de se aplicar a teoria do dano direto e imediato no Direito brasileiro e questionar a existência do nexa causal entre a conduta e o dano, encontrar-se-á, na leitura de Jung tanto quanto naquela que se fará de Bauman, razões para uma problematização da causalidade linear. As perspectivas são, efetivamente, diferentes, mas mostrarão uma convergência possível no presente caso.

De acordo com Jung (2005), os processos psíquicos não seguem as mesmas regras dos processos físicos. No caso destes últimos, a teoria da causalidade direta é aplicável, mas não se pode esperar que a mesma regra seja aplicada nas questões envolvendo o psiquismo humano. O autor aduz que, para os processos psíquicos, aplica-se uma teoria diferente da causalidade. Nesses casos não há uma ordem lógica e por isso ele defende a existência de uma teoria da sincronicidade:

[...] a causalidade é a maneira pela qual concebemos a ligação entre dois acontecimentos sucessivos. A sincronicidade designa o paralelismo de espaço e de significado dos acontecimentos psíquicos e psicofísicos, que nosso conhecimento científico até hoje não foi capaz de reduzir a um princípio comum. O termo em si, nada explica; expressa apenas a presença de coincidências significativas, que, em si, são acontecimentos casuais, mas tão improváveis, que temos que admitir que se baseiam em algum princípio ou em alguma propriedade de objeto empírico. [...]. Os fenômenos sincronísticos [...] provam que um conteúdo percebido pelo observador pode ser representado, ao mesmo tempo, por um acontecimento exterior, sem nenhuma conexão causal. (JUNG, 2005, p.94).

A lógica que se aplica às relações humanas é a mesma que se aplica aos acontecimentos psíquicos: as pessoas respondem a fatos atuais com estímulos pretéritos, a fatos pretéritos com estímulos atuais e, da mesma forma, indivíduos respondem de forma diferente aos mesmos estímulos pelo simples fato de serem diferentes. Nas relações interpessoais não é possível aplicar a mesma dedução dos processos físicos pois estes têm constatação lógica e objetiva.

Para Jung (2005), um mesmo estímulo (positivo ou negativo) não produz necessariamente retornos idênticos. Cada indivíduo reage de maneira individual frente a cada estímulo que recebe. Essa resposta individual dependerá da própria natureza e das idiossincrasias do indivíduo.

Tais constatações de Jung (2005) levam à seguinte reflexão: existem pessoas que, frente à diversidade conseguem crescer e amadurecer, respondendo positivamente ao estímulo vivido; existem, porém, pessoas que definham e se fragilizam com o amor e a bonança. Aproximam-se dessa reflexão os casos que compõem o objeto de análise aqui discutido. Algumas pessoas que não tiveram a convivência parental durante a sua formação acabam por se sentirem lesadas e ajuízam ações requerendo indenizações por essa ausência. Por outro lado, existem pessoas que convivem com ambos os pais e demais parentes, que têm amparo e auxílio e que não se sentem felizes. As razões para ambas as constatações acima não são objetivas e dependem das situações vividas por cada indivíduo. Junto da questão individual desses filhos que entendem merecer um ressarcimento pela ausência parental soma-se uma perspectiva cultural de pertencimento e de envolvimento paterno-filial, que, como visto, é uma tendência contemporânea.

Conclui-se, pela proposição de Jung (2005), que não existe uma receita de felicidade. Quando se trata de relações familiares não é possível alcançar uma conclusão lógica – a fórmula “amor com amor se paga” não expressa uma conclusão necessária. Nesse sentido, retoma-se, mais uma vez, os casos envolvendo o abandono afetivo: não existe garantia de que o dano psíquico ao filho tenha sido provocado pela ausência parental. Existem fatores externos que podem trazer a mesma afetação à psique dessa criança ou adolescente: é o caso da alienação parental feita por um dos genitores ao desqualificar o outro, o que acaba por gerar um afastamento do filho.

Além das constatações mais evidentes sobre o problema do abandono afetivo, percebe-se que essa noção de sincronicidade gera outras questões para a busca realizada, no âmbito do Direito de Família, de se reduzir a diversidade de experiências vividas pelas pessoas a dados objetivos, quantificáveis, passíveis de mensuração e de conversão em valores pecuniários.

A reflexão feita por Jung agrega maior complexidade ao tema afeto enquanto categoria jurídica ao trazer apontamentos que levam à constatação da necessidade da desnaturalização da causalidade e da aplicação da sincronicidade às questões familiares. No entanto, a constatação apontada por Poli e Corcione (2019) também se mostra relevante nesta discussão:

[...] não se pode descartar que ele venha a ser utilizado precisamente com o objetivo contrário, isto é, para enxergar fatos paralelos, mas sem qualquer vínculo causal, em virtude dos quais se pretenda alegar efeitos do abandono afetivo mesmo quando

objetivamente – por mais paradoxal que isso possa parecer – não tenha ocorrido afastamento físico de qualquer dos genitores. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 30).

Há mais variáveis apontadas por Jung que podem problematizar a conexão entre abandono e dano, como é o caso de outras correlações de acontecimentos (contiguidade, sucessão, paralelismo, coincidência significativa, causalidade improvável). Todas essas questões que não possuem possibilidade objetiva de constatação podem gerar afetações às relações paterno-filiais. Essa observação também é feita pelo sociólogo Bauman (2004), que verifica que a flexibilidade e a instabilidade das trocas afetivas impossibilitam que sejam gerados limites à formação de família dentro de conceitos previamente definidos.

Zygmunt Bauman (2004) entende que a afetividade própria das relações familiares é um elemento flexível e, como tal, constitui-se de “maneira líquida”. Conforme discutido anteriormente, existe certa razoabilidade nos fundamentos dos teóricos que entendem o afeto como sentimento, pois, da mesma forma como se propõe na reflexão de Bauman, não é possível traçar com exatidão uma conformação precisa e decisiva ao termo, devido ao seu próprio caráter subjetivo.

Retomando-se a questão paterno-filial, Bauman (2004, p. 62) aponta entre outros aspectos, o choque provocado pela consciência da complexidade do que é ter um filho. Segundo ele, na “liquidez” do mundo contemporâneo a criação de um filho pode ser uma experiência traumática para o genitor. Para o autor, houve uma resignificação no tratamento dado aos filhos. Essa ideia reforça o raciocínio desenvolvido nos dois primeiros capítulos deste trabalho, onde se ressaltou a influência que a cultura gera nas relações familiares. Observando tal aspecto transformador social e cultural, Bauman (2004) constata essa mudança de comportamento dos pais em relação aos filhos, que passam a figurar como meios para atender a necessidades, desejos ou impulsos dos genitores:

[...] eles [os filhos] não são desejados pelas alegrias do prazer paternal ou maternal que se espera que proporcionem – alegrias de uma espécie que nenhum objeto de consumo, por mais engenhoso e sofisticado que seja, pode proporcionar. Para a tristeza dos comerciantes, o mercado de bens de consumo não é capaz de fornecer substitutos à altura, embora essa tristeza de alguma forma seja compensada pelo espaço cada vez maior que o mundo do comércio vem ganhando na produção e manutenção desses bens. (BAUMAN, 2004, p. 60).

Essa alteração do comportamento parental faz surgir conflitos de ordem pessoal que acabam tornando a relação paterno-filial muito diferente do que se entende por bom relacionamento. Isso também acontece quando, instaurado o conflito, passa-se a projetar o problema familiar como uma demanda passível de ser sanada pelo poder público. A exposição

gerada por essa conduta, somada à expectativa de satisfação monetária, dificulta o restabelecimento de um bom relacionamento paterno-filial. Constata-se como improvável a possibilidade de reconstrução de vínculos positivos entre pais e filhos depois de instaurado um procedimento judicial.

Diante das questões indicadas pode-se constatar que, como em qualquer outro relacionamento construído pela convivência, não seria possível determinar de maneira exata como deveria acontecer a troca de afetos (entendidos como emoções dos mais variados vetores) diante de todas as variações que os relacionamentos podem sofrer. A parentalidade socioafetiva, por exemplo, passa a se constituir como relação paterno-filial quando pai e filho reconhecem o vínculo entre eles a partir de uma troca de sentimentos construtivos entre os dois.

O percurso construído pela análise das obras de Bauman e Jung permite constatar que devido à imprevisibilidade da reação emocional frente ao desconhecido de cada indivíduo é impossível encontrar uma regra a partir da qual o Estado possa intervir na relação privada. A maneira como tem sido classificado o afeto é insuficiente para solucionar esse impasse: ele não pode ser reduzido a um valor, pois a sua volatilidade o impede de ser avaliado de maneira objetiva. Ocorre que o fato de o afeto não possuir objetividade não pode descaracterizar aquelas relações formadas por meio desse vínculo. Poli e Corcione (2019) defendem que, quando existe por autodeclaração das partes envolvidas, o afeto pode ser exigível. Para os autores, “é em tal ato que se constituem o espaço e o tempo nos quais o Direito reencontra seu objeto”. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 31).

Correia (2018) defende que não é a vontade ou o afeto por si só que permite o reconhecimento de uma relação como família. Segundo ele, a autodeclaração expressa pelos membros de uma relação é o elemento fundamental para que se reconheçam as situações jurídicas no Direito de Família.

Todos os elementos discutidos acima permitem que se reconheça a impossibilidade de intervenção estatal na esfera privada de modo a exigir a troca afetiva no núcleo familiar. Não obstante, como visto, o afeto pode servir para que se reconheça uma determinada relação como família devido à autodeclaração dos envolvidos. No entanto, naquelas relações em que não há reconhecimento de afeto recíproco não há porque se falar em obrigatoriedade de sua existência. A subjetividade inerente ao instituto exclui a possibilidade de que se obrigue a existência do afeto de uma pessoa em relação a outra:

[...] Essa é uma inferência lógica a se fazer quando – tal como vem acontecendo – o Estado determina ressarcimento por abandono afetivo. Qualquer intento nesse campo mostra-se paradoxal, avizinando-se do absurdo e, como tal, está fadado ao fracasso.

Com efeito, a transmutação arbitrária do abandono afetivo em ressarcimento não supre a real demanda afetiva do filho, pois não há reparação possível para a convivência negada. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 32).

Inferese, de toda a construção feita até aqui, que o Estado deve figurar de maneira oposta ao que vem sendo feito na prática forense ou da forma como vem sendo apresentado pela doutrina atual: cabe ao poder público o papel de reconhecimento e proteção das relações existentes, formadas em razão do vínculo afetivo existente. Nesse sentido, acata-se o conceito de afeto tal como elaborado por Poli e Corcione (2019): não se deve conceituá-lo como amor ou cuidado, mas como um vínculo jurídico de pertencimento autodeclarado.

Como discutido, a maneira de se entender a afetividade para o Direito deve respeitar toda a complexidade e dinamicidade das relações familiares. Ficou demonstrado, pelos inúmeros fatores apresentados, que a mudança da percepção sobre a afetividade traz várias consequências. A possibilidade de escolha na constituição familiar parece ser a mais relevante delas. Poli e Corcione atestam que “viabilizar a admissão de situações fáticas no mundo jurídico é uma das formas de diminuir a demora legislativa do Direito na sociedade contemporânea.”. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 37).

Nos capítulos iniciais deste trabalho discorreu-se sobre como o Direito demanda tempo para corresponder as questões sociais, especialmente, em face da relativa mutabilidade da instituição família. Diante dessa constatação reconhece-se, portanto, que o Direito deve enfrentar tal fenômeno de maneira diversa daquela que tem sido adotada na atualidade.

Todas as discussões quanto às duas correntes difundidas sobre o termo afeto sugerem a necessidade de uma nova interpretação. O entendimento do afeto enquanto um vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar pretende superar os obstáculos desse descompasso entre a lei e a realidade social contemporânea. A falta de uma interpretação objetiva sobre o tema e que seja, ao mesmo tempo, conciliada com a subjetividade do afeto, obriga que sejam pensadas soluções para suprir a lacuna legislativa e amparar os formatos familiares diversos.

Foi possível apreciar, em diferentes momentos deste texto, como colocações puramente subjetivas sobre o afeto não permitem que fique assegurada a imparcialidade dos aplicadores do Direito ao analisar os casos concretos. Além disso, a dinamicidade das relações afetivas na sociedade contemporânea não deixa margem para duvidar da força social que o instituto tem na compreensão da família como ela é hoje. O histórico, da família clássica à contemporânea, apresentado neste trabalho, descreve como a perspectiva patrimonialista das formações do período romano, cujos reflexos puderam ser vistos no Brasil com o Código de 1916, não mais se mantém. As famílias contemporâneas estão voltadas à busca da felicidade de cada um dos

membros da relação. Por isso, o Direito se viu obrigado a voltar os olhos para a proteção dos vínculos existenciais e para o respeito das vulnerabilidades sociais.

Diante de tudo isso, não parece restar motivos para dúvida de que o afeto possa conter força jurígena, assim como defendem os teóricos que o entendem como dever de cuidado. A afetividade é um fator juridicamente relevante, pois é um elemento que constitui relações por meio da livre declaração das partes envolvidas. Por essa razão constituiu-se como um elemento que cria direitos.

Ainda que tal acepção da corrente encabeçada pela Ministra Nancy Andrighi possa ser verdadeira, a constatação do afeto como princípio não é suficiente para resolver como o Estado deverá atuar frente às demandas que pretendem utilizar desse instrumento para obrigar pais a ressarcirem os filhos devido à falta de convivência ou à ausência de afeto. Como se vê, decorrem numerosos impasses tanto da afirmação do afeto enquanto dever de cuidado, como de sua antípoda, que limita o afeto como um sentimento, excluindo assim sua juridicidade.

Todas essas questões reconduzem às constatações de Poli e Corcione (2019) que entendem como necessário compreender o afeto como um comando de ação voltado ao Estado, e não à sociedade:

Se o afeto fosse compreendido como um comando destinado ao cidadão, como uma obrigação imposta a ele frente a outra pessoa, estaria sendo dito que as pessoas que se mantêm vinculadas pelo laço afetivo, obrigatoriamente teriam de amar umas às outras. Na medida em que as fronteiras entre cuidado e afeto foram diluídas, essa seria a consequência lógica imediata decorrente da emblemática decisão já citada.

Por outro lado, se o afeto for pensado como um comando de ação voltado ao Estado, ficará entendido que quando o princípio da afetividade estiver presente nas relações familiares ele deverá ser regulado e protegido pelo Estado. Essa parece ser a melhor interpretação sobre o instituto, pois seria um dever do Estado dar o amparo legal a essa família, garantindo aos indivíduos os seus direitos civis. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 37).

A imposição do afeto a uma pessoa que não se sente vinculada a outra não parece refletir a proposta contemporânea do que se entende como família. Segundo esse entendimento, cabe ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário assegurar que sejam mantidas ou construídas entidades familiares fáticas e atípicas. Diferentemente do que acontece ao se levar em consideração as duas perspectivas atuais, não cabe ao Estado excluir ou ignorar certas formações familiares. Ao contrário, cabe ao poder público o dever de proteção das pessoas que se reconhecem afetivamente vinculadas como família, independentemente do formato. Essa proposta que entende o afeto como um vínculo de pertencimento ou como um vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar pretende encontrar terreno para possibilitar o

reconhecimento e a inclusão das pessoas excluídas da tutela estatal por não terem sua relação enumerada no texto constitucional. (POLI e CORCIONE, p. 37).

O caso do bom baiano discutido no início desta seção ilustra o problema gerado pela falta de reconhecimento estatal frente a uma realidade fática. O fundamento utilizado para justificar a exclusão da família paralela deixou de reconhecer que a relação gerada pela união do casal Valdemar e Joana teria nascido da troca afetiva entre ambos. Nesse caso o Judiciário considerou que ficaria juridicamente justificada a supressão dessa relação que perdurou durante 29 anos pelo fato de não haver um dispositivo legal que a incluía objetivamente no critério família. A Corte Suprema foi incapaz de reconhecer a presença da relação afetiva e da entidade familiar atípica. Esse ato gerou desproteção à companheira e aos filhos que foram fruto desse relacionamento.

Suponha-se, observando o mesmo caso no qual se deixou de reconhecer a família simultânea, que se sobrepusesse a hipótese de que o bom baiano não tivesse falecido e que um dos seus filhos gerado na relação paralela o acionasse judicialmente, pretendendo ver satisfeita a sua alegação de que teria sido abandonado afetivamente durante a infância e a adolescência. Qual seria a solução que o Estado poderia fornecer diante desse impasse? Seria possível, em tal caso, entender necessária a responsabilização civil do pai diante de sua ausência na vida do filho, ainda que fosse satisfeito o dever alimentar?

Sobre tal circunstância hipotética, concluem Poli e Corcione (2019), a negação da situação existente, nos moldes aqui apontados não faria que tal arranjo familiar faticamente estabelecido deixasse de existir. Ao contrário, vários problemas burocráticos, como questões patrimoniais e sucessórias insurgiriam aguardando resposta. Diante do posicionamento estatal visto, todas elas seriam ignoradas. Para os citados autores,

[...] caberia ao Estado subordinar-se e cumprir um comando de ação ditado pelo afeto, a saber, o de amparar as duas relações. Sob essa perspectiva, ampliar-se-ia a recepção jurídica de situações como essa, invertendo uma certa lógica que supõe o Direito como capaz de determinar a realidade. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 38).

Defende-se, diante de tudo o que foi apontado, que o afeto é um elemento que possibilita a constituição da família por meio da escolha dos sujeitos envolvidos e, por essa razão, deve ser entendido como elemento constitutivo da relação familiar. Da mesma forma, pelo fato de diferenciar a relação reconhecida como família daquela que não o será pelo texto constitucional, o afeto também tem como elemento o caráter distintivo. Assim, conclui-se que o afeto tem a sua constatação fática e não pode ser imposto ou controlado pelo poder público. Dessa forma, quando a relação não está inserida nas hipóteses taxativamente eleitas como passíveis de

constituição familiar, será a autodeclaração dos sujeitos envolvidos que valerá como forma de se reconhecer a família. (POLI e CORCIONE, 2019, p. 38).

O que se entende hoje como pluralismo familiar, tão defendido pelos teóricos do Direito de Família contemporâneo, diz respeito a uma ampliação daquilo que se entende como família, possibilitando-se o reconhecimento de novos modelos legais de entidades familiares com o respeito à autonomia de cada indivíduo dessa relação. De acordo com Poli e Corcione (2019, p. 39) a admissão de famílias atípicas no rol de proteção do Estado pode ser feita da mesma forma como são estabelecidos os contratos atípicos: “um cidadão não é obrigado a aceitar os termos do contrato previsto na lei, sendo a ele facultada a possibilidade de criar um contrato atípico, nos termos do artigo 425 do Código Civil.”.

Como foi apresentado, a família eudemonista é aquela que possui um espaço para que cada indivíduo possa desenvolver a sua personalidade de maneira autônoma e feliz. Esse pressuposto deve ser preservado. Conforme exemplo citado por Poli e Corcione (2019), precursores desta nova teoria do afeto, pretende-se que fique superado o entendimento de que o fato da união poliafetiva ou da família simultânea não estarem sendo compreendidas como entidades familiares não deveria configurar como razão suficiente para que pudessem ser excluídas do ordenamento como famílias. O precedente utilizado pelos autores como paradigmático para excluir essa possibilidade, foi o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar atípica.

O afeto como vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar pretende se apresentar como uma solução ao desamparo de famílias atípicas e à insegurança jurídica que tem sido gerada pela dificuldade de se determinar o seu conceito. A natureza do afeto precisa ser reconstruída para que possa oferecer mais proteção aos membros da relação familiar.

Os fundamentos apontados pelas duas teorias que pretenderam solucionar as alegações de abandono afetivo nomeando uma natureza para o afeto foram insuficientes para abranger a complexidade do problema que aqui foi colocado. Apesar de ser apenas um dos caminhos para problematizar a discussão sobre a natureza do afeto, o apontamento histórico e social sobre a criança e a família foram fundamentais para corroborar a tese de que o afeto é elemento fundamental das famílias contemporâneas e, como tal, precisa ter seu conteúdo juridicamente avaliado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial); breves considerações. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. Curitiba, v. 2, n. 22, p. 26-51, set. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 jan. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**; Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**; institui o Código Civil. 2002b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159-242/SP. Relator: Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8/relatorio-e-voto-526809398?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Acórdão nº 397.762-8**. Companheira e concubina - distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável - proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão - servidor público - mulher - concubina - direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. Relator: Ministro Marco Aurélio. 03 jul. 2008. Brasília, STF, 2008a. Disponível em: <<http://http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de Repercussão Geral. Tema 622. Recurso Extraordinário 898.060. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 397.762-8/BA. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 set. 2008b. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2918741/recurso-extraordinario-re-397762-ba>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **Recurso de Revista 1152-12.2012.5.04.0007/DF**. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, 09 dez. 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **Recurso de Revista 1355-21.2015.5.12.0047**. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 10 nov. 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#7e8faad4f8180908f13f46a99c8a607c>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Belo Horizonte, v. 8, n. 36, p. 93-95, jun./jul. 2006.

CENDON, Paolo. Caso Barilla: perchè si al danno esistenziale secondo la Cassazione penale. **Notiziario Giuridico Telematico**. Disponível em: <http://www.notiziariogiuridico.it/barilla_cendon.html>. Acesso em: 07 nov. 2019.

CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, Ed. RT, v. 14, n. 5, p. 335-366, jan./mar. 2018.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2005.

CUNHA, José Ricardo. O Estatuto da Criança e do Adolescente no marco da doutrina jurídica da proteção integral. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 90-119, 2001.

DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2016.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DEMAUSE, Lloyd. **Foundations of Psychohistory**. Chapter 1: The evolution of childhood. 1982. Disponível em: <<https://psychohistory.com/books/foundations-of-psychohistory/chapter-1-the-evolution-of-childhood/>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DÍAZ, Julio Alberto. **Responsabilidade coletiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexa de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo; a aceitação da lógica da probabilidade. **Revista Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-relativizacao-do-nexo-de-causalidade/>>. Acesso em: 16 out. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à família ou famílias sociológicas x famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM-Síntese, v. 6, n. 23, p. 5-21, abr./maio 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 6.ed. Salvador: jus Podivm, 2014.

FENCES. Direção: Denzel Washington. Produção: Todd Black, Scott Rudin e Denzel Washington. Estados Unidos: Paramount Pictures, 2016. (139 min).

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIUZA, César. Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. São Paulo: EDAMERIS, 1961. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999. Disponível em:

<<http://files.integradodireito.webnode.com.br/200000022-b0868b1805/OS%20PRINCIPIOS%20JUR%C3%8DDICOS%20DO%20ESTADO%20DEMOCR%C3%81TICODE%20DIREITO.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

HÉRITIER, Françoise. A coxa de Júpiter: reflexos sobre os novos modos de procriação. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 98-114, 1. sem. 2000. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/9859/9092>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ITÁLIA. Codice Civile. **Gazzetta Ufficiale**, n. 79, 04 apr. 1942. Disponível em: <<http://www.rcscuola.it/disciplina/ccivile.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

JUNG, Carl Gustav. **Sincronicidade**. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

LACAN, Jacques. **Outros escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a infância e a adolescência**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2016.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a velhice**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 307, maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **IBDFAM**, 23 mar. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018.

LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus.com.br**, maio, 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, v. 7, n. 55, 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; LIMA, Taisa Maria Macena de. Direito à reparação do nascituro por morte de genitor em acidente de trabalho: dano moral e personalidade do nascituro. **Revista do Tribunal Regional do trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 113-136, jan./jun. 2010.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2016. p. 347-375.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA, 5, 2005, Belo Horizonte; IBDFAM. **Anais [...]**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.

POLI, Leonardo Macedo; CORCIONE, Giulia Miranda. O problema do afeto no Direito de Família; o afeto como vínculo objetivo constitutivo distintivo de pertencimento à entidade familiar. Belo Horizonte, 2019. [Inédito].

RAMOS, Fábio Pestana Ramos. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2016. p. 19-54.

REIS, Vivian Samara Martins dos. **Multiparentalidade**: para além da dicotomia entre filiação socioafetiva e biológica. 2015. 82f. Trabalho de Conclusão (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

ROCHA, Patrícia de Moura. **A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RODRIGUES JR., Walsir Edson (org.). **Direito das famílias**: novas tendências. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Criança e criminalidade no início do século XX. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2016. p. 210-230.

SCARANO, Julita. Criança esquecida das minas gerais. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2016. p. 107-136.

SILVA, Claudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 25, ago./set. 2004, p. 122-147.

SOARES, Flaviana Rampazo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de; MELO, Karoline Oliveira de. Hermenêutica: a arte da interpretação constitucional. In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa; BEÇAK, Rubens; PEREIRA, Rodolfo Viana (coord.). **Hermenêutica jurídica**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 432-447. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/mxxdexv2/JiS8V7MgV6TtEKGk.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família. **Revista Consulex**, Brasília, v. 16, n. 378, 15 out. 2012, p. 28-29. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+d e+Fam%C3%ADlia+>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 4, abr./jun. 2015. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume4/02---rbdcivil-volume-4---a-multiparentalidade-como-nova-estrutura-de-parentesco-na-contemporaneidade.pdf>> Acesso em: 13 mar. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 50, n. 296, p. 7-18. jun. 2002.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008. p. 453-484.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como solução de conflitos paterno-filiais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 16, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913>. Acesso em: 08 nov. 2018.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da faculdade de Direito**, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 400-418, maio 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do Direito de Família. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 71, p. 127-148, jan./abr. 2012.