

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

WILLANA SILVEIRA DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES PARENTAIS – O PAPEL E A
ABRANGÊNCIA DO AFETO E SUA INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO DA
PERSONALIDADE DOS MENORES**

Juiz de Fora

2022

WILLANA SILVEIRA DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES PARENTAIS – O PAPEL E A
ABRANGÊNCIA DO AFETO E SUA INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO DA
PERSONALIDADE DOS MENORES**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wagner Silveira Rezende

Juiz de Fora
2022

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Santos, Willana Silveira dos.

O princípio da afetividade nas relações parentais – o papel e a abrangência do afeto e sua influência no desenvolvimento da personalidade dos menores / Willana Silveira dos Santos. -- 2022. 40 p.

Orientador: Wagner Silveira Rezende
Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2022.

1. Direito Civil Constitucional. 2. Direito de Família. 3. Princípio da Afetividade. 4. Abrangência. 5. Desenvolvimento da Personalidade. I. Rezende, Wagner Silveira, orient. II. Título.

WILLANA SILVEIRA DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES PARENTAIS – O PAPEL E A
ABRANGÊNCIA DO AFETO E SUA INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO DA
PERSONALIDADE DOS MENORES**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Aprovado em 25 de fevereiro de 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Wagner Silveira Rezende - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr.^a Kelly Cristine Baião Sampaio
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, dono dos meus dias, pelo dom da vida e por estar comigo a todo tempo.

Agradeço também aos meus pais, Anderson e Valéria, meus melhores amigos, a quem devo tudo o que sou, por todos os sacrifícios que fizeram para que eu chegasse até aqui me preocupando única e exclusivamente com os estudos, por estarem ao meu lado em todos os momentos, pela dedicação, pelo apoio, pelo encorajamento e por sempre dobrarem os joelhos e orarem pela minha vida, sonhos e projetos. Sou grata por tê-los.

Ao meu irmão, Wallace, que, com toda sua delicadeza e simpatia (contém ironia), não há nada que eu peça sorrindo que ele não faça reclamando (risos). Brincadeiras à parte, obrigado meu irmão por sempre estar disposto a me ajudar e caminhar ao meu lado.

Agradeço a todos os meus familiares, especialmente ao meu avô paterno, Altanor Diniz (*in memoriam*), que sempre falou aos filhos e netos sobre a importância dos estudos e enquanto aqui esteve sempre me incentivou; e a minha bisavó materna, Maria de Souza (*in memoriam*), mulher simples que, com toda sua ternura e amor, criou e educou minha mãe, compartilhou ensinados e conselhos de vida, me ensinou a fazer florzinha de crochê e, também, enquanto esteve aqui me incentivou e ensinou. Os guardarei eternamente em meu coração e em minha memória.

Ao meu orientador, Professor Wagner Rezende, por aceitar meu convite, ajudar a dar luz aos meus pensamentos e pelas horas que colocou a minha disposição para que este trabalho fosse realizado.

Por fim, mas não menos importante, aos meus amigos, aqueles de longa data e aos que fiz durante a graduação, os quais levarei para toda a vida, muito obrigada pelo apoio, orações e mensagens de que tudo daria certo.

RESUMO

O presente trabalho, de cunho descritivo e caráter exploratório, busca analisar o princípio da afetividade nas relações familiares, com enfoque na parentalidade, tendo como base a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a fim de compreender o significado, o papel e a abrangência da afetividade para o Direito de Família e sua influência no desenvolvimento da criança. Adota-se como marco teórico o conceito de família democrática, de Maria Celina Bodin de Moraes, pautado nos valores existenciais, em consonância com o direito civil constitucional, voltado ao pleno desenvolvimento da personalidade e dignidade de seus membros, principalmente dos filhos menores, que ocupam o centro da relação. Conclui-se que a afetividade não tem sido observada em sua completude, frente a constatação do predomínio do aspecto patrimonial sobre o existencial, o que impacta negativamente o desenvolvimento da personalidade dos menores.

Palavras-chaves: Direito Civil Constitucional. Direito de Família. Princípio da Afetividade. Valores Existenciais. Abrangência. Filhos menores. Desenvolvimento. Personalidade.

ABSTRACT

This work, descriptive and exploratory, seeks to analyze the principle of affectivity in family relations, focusing on parenting, based on bibliographic and jurisprudential research, in order to understand the meaning, the role and scope of affectivity for Family Law and its influence on the child's development. It adopts as theoretical framework the concept of democratic family, of Maria Celina Bodin de Moraes, based on existential values, in accordance with the constitutional civil law, aimed at the full development of the personality and dignity of its members, mainly of the minor children, who occupy the center of the relationship. It is concluded that affectivity has not been observed in its completeness, given the predominance of the patrimonial aspect over the existential one, which negatively impacts the development of the minor's personality.

Keywords: Constitutional Civil Law. Family Law. Principle of Affectivity. Existential Values. Comprehensiveness. Minor children. Development. Personality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.....	10
2.1	PRESSUPOSTOS.....	10
2.2	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	13
3	OS CONTORNOS NO DIREITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA DEMOCRÁTICA.....	16
3.1	A FAMÍLIA DEMOCRÁTICA	19
4	O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	21
4.1	REFLEXOS DA AFETIVIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	26
4.2	SUPORTE PSICOLÓGICO NO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE.....	33
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito Civil fez com que os institutos do contrato e da propriedade perdessem a posição central que ocupavam, visto que a tutela, unicamente, de valores patrimoniais deu lugar prioritário a objetivos constitucionais de construção de uma sociedade pautada na pessoa humana, em seus valores existenciais, na sua dignidade, personalidade e seu livre desenvolvimento.

No âmbito do Direito de Família, a constitucionalização impacta de forma que a proteção do patrimônio não deve suplantiar a proteção das pessoas, de maneira que a família perde seu caráter institucional dando lugar ao caráter instrumental, imbuído da responsabilidade de promover o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros, ou seja, de aspectos existenciais.

As questões da saúde emocional ganham, no cenário social contemporâneo, cada vez mais relevância, preocupação e debate em torno da importância do aporte emocional dado aos filhos – para além do aporte material já consolidado no âmbito jurídico por meio de alimentos –, uma vez que, por ser a saúde emocional decisiva para nossa felicidade, é importante que as crianças, desde pequenas, desenvolvam habilidades emocionais e sociais que promovam a sua saúde, pois desde a infância são vivenciadas experiências desagradáveis e situações de dificuldade que geram sentimentos como medo, tristeza, angústia, ciúme e insegurança, com os quais devemos aprender a lidar, sendo a convivência familiar de grande importância.

Embora as gerações atuais tenham uma mentalidade mais consciente quanto à importância da saúde emocional e do papel dos pais no desenvolvimento da personalidade e dignidade das crianças, o cenário presenciado ainda é de filhos que convivem com apenas um dos genitores, sobretudo a mãe, que é vista como a responsável por acolher, cuidar e educar os filhos, em razão de uma cultura do pai possuir apenas a função de provedor.

Neste contexto, cabe observar a contribuição feita pelo Direito – visto que ele penetra e impõe limites em domínios cada vez mais amplos da vida econômica, política e social –, qual seja, a de analisar se os efeitos da alteração na interpretação-aplicação dos institutos civilísticos e princípios norteadores do Direito de Família, a partir da constitucionalização do Direito Civil, estão sendo observados e completamente realizados nas relações parentais, especialmente à afetividade.

O presente estudo busca analisar se o princípio da afetividade, nas relações familiares, com enfoque na parentalidade, tem sido plenamente considerado em suas condutas objetivas e se o mesmo é analisado de forma subsidiária ou suplementar. O problema de pesquisa é expresso pela seguinte pergunta: a afetividade tem sido observada em sua completude, como meio de promoção da dignidade humana através de fatos que exteriorizam, para além do que diz respeito ao patrimônio, a proteção da esfera existencial?

A fim de responder a essa indagação, antecipadamente apresento a hipótese de que a afetividade não está sendo observada na sua completude, sendo aferida somente no aspecto patrimonial, de modo que acarretará, futuramente, consequências que não atendem, desde sua raiz, ao comando constitucional do melhor interesse da criança, visto que interferirá no desenvolvimento da sua personalidade.

Diante disso, longe de esgotar todos os tópicos da discussão, o presente artigo pretende apenas introduzir e fomentar o debate acerca dos aspectos cruciais e nuances mais problemáticas do tema. Em virtude disso, pretendo chegar a uma resposta ao questionamento feito, que poderá ou não confirmar a hipótese.

Trata-se de um debate contemporâneo, o qual creio que ainda perdurará por longo tempo, tendo em vista a caminhada para uma cada vez maior preocupação com as questões da saúde psíquica. Assim sendo, faz-se mister o presente debate a fim de atualizar e reinterpretar visões de institutos jurídicos, além de melhor compreender os novos fatores que interferem no Direito.

De caráter exploratório e com abordagem qualitativa, o presente artigo foi desenvolvido por meio pesquisa bibliográfica, selecionando autores segundo um critério de relevância, que promoveram a abordagem do tema de maneira direta, coerente e compreensível, tendo em vista a complexidade do tema e sua interação com outras ciências, que não as jurídicas, e pesquisa jurisprudencial dos Tribunais Superiores envolvendo a afetividade, a fim de corroborar na ilustração do problema.

Com o intuito de fundamentar a discussão aqui abordada, bem como de oferecer um substrato para melhor compreensão do fenômeno estudado, será adotado como marco teórico o conceito de família democrática, de Maria Celina Bodin de Moraes, que é capaz de explicar por que a relação parental deve ser um lugar de troca de afetos, assistência moral, emocional e material, auxílio e convivência afetiva, visto que a família está voltada para a realização espiritual, o desenvolvimento da

personalidade e promoção da dignidade dos que a compõem, ocupando os filhos posição central.

Dessa forma, os pais estão na posição de ajudar os filhos na sua construção enquanto pessoa, considerando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que a dignidade de seus membros deve ser respeitada, incentivada e tutelada. Nessa perspectiva, ao ser a afetividade observada apenas sob a ótica patrimonial e pecuniária, não sendo os outros fatos considerados – sobretudo os que dizem respeito à presença e ação –, é gerado um dano, pautado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a integridade psicofísica da criança, o qual também merece atenção, visto que a saúde emocional na família também é importante, tendo a presença dos pais grande relevância no desenvolvimento das crianças.

Em um primeiro momento, será apresentado o Direito Civil Constitucional, sua origem, o que significa, suas características e o que os autores falam a respeito. Com isso, pretende-se oferecer uma base conceitual sobre a qual desenvolver a análise. Em outras palavras, pretendo, ao apontar as características do Direito Civil Constitucional, dar a base das transformações na interpretação e aplicação dos seus institutos.

Posteriormente, será realizado um breve apanhado dos contornos da constitucionalização do Direito Civil no âmbito do Direito de Família, descrevendo a mudança de paradigma no novo modelo de família, suas características e as transformações dela decorrentes.

Imediatamente depois, será feita a análise do princípio da afetividade, apresentando seu significado e características, a fim de pormenorizar e exemplificar sua abrangência. Para isso, apresento os reflexos e tratamento da afetividade na jurisprudência, e o entendimento da psicologia quanto ao papel dos pais no desenvolvimento da personalidade das crianças.

2 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

2.1 PRESSUPOSTOS

A codificação do Direito Civil – que se deu início com o *Code Francês* (Código

Napoleônico) de 1804 – é produto do mundo moderno (do final do séc. XVII até meados do séc. XX), onde se tinha uma visão, segundo Bauman (apud CALDERÓN, 2017, p. 36) de totalidade ordenada, de modo que práticas universais e totais eram empregadas para regular as relações de direito privado, sem considerar aspectos tradicionais e do contexto em que tal situação estava inserida. Isso se dava em razão do controle almejado.

No Brasil, a codificação civilista se deu tardiamente¹ com o Código Civil de 1916, sancionado pelo Presidente Wenceslau Braz, fruto do projeto de Clóvis Beviláqua, e refletia os interesses da elite da sociedade brasileira de então, prevalecendo, assim, a proteção dos direitos patrimoniais, sobretudo a propriedade e a liberdade econômica, como descreve Ricardo Lucas Calderón:

O Código de Clóvis Beviláqua visava regular toda a vida particular dos indivíduos e da sociedade civil. Preocupava-se em garantir liberdade contratual, autonomia da vontade e proteção da propriedade privada, com prevalência do “ter” sobre o “ser” (a pessoa figurava como elemento da relação jurídica). O Direito Civil brasileiro de grande parte do século XX foi influenciado por essas concepções jurídicas, discorrendo sobre institutos que muitas vezes eram vistos como molduras para se apreciar a realidade. (CALDERÓN, 2017, p. 36)

Por ser produto da época e das forças sociais em que estava inserido, o direito de família tinha como característica o patriarcalismo doméstico, marcado pelo poder marital e pátrio poder absoluto, onde a família era vista como uma instituição de viés patrimonial sem se preocupar com as pessoas, individualmente, que a compunham. Além disso, era um modelo único de família, constituído apenas pelo matrimônio, sendo este indissolúvel, extinto somente pela morte.

O surgimento da codificação civil se deu em razão do seu caráter geral, visando à totalidade, estabilidade e segurança, uma vez que o Direito Civil era composto por uma legislação esparsa, desordenada e numerosa. No entanto, a sociedade está em constante transformação, exigindo do direito contínua adaptação, o que acarretou o surgimento de leis especiais² para disciplinar diversas instituições do direito privado,

¹ AMARAL, 2014, p.173: “O Código Civil brasileiro resulta de um processo de elaboração legislativa que se desdobra em várias fases, no curso de noventa e dois anos.”

² Na segunda metade do século XIX, em decorrência dos movimentos sociais e crescente processo de industrialização juntamente com as mudanças no fornecimento de mercadorias e início da Primeira Guerra mundial, foi imprescindível a intervenção estatal na economia tendo em vista o declínio da estabilidade e segurança apresentada pelo Código Civil de 1916, agora ultrapassado.

fazendo com que a aplicação do Código Civil se desse de modo residual e supletivo³.

Com o intuito de resgatar sua finalidade, de diploma básico da disciplina das relações no âmbito privado, foram feitas algumas tentativas por meio de anteprojetos até sua reforma, que culminou no Código Civil de 2002⁴ (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), fruto da mudança sofrida no direito privado e aprovação do Projeto de Lei nº 634, de 1975, decorrente da transformação de anteprojeto elaborado por Comissão composta por “Miguel Reale, presidente, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro” (AMARAL, 2014, p. 179).

Destaca-se que, paralelo ao movimento de codificação do Direito civil, há o surgimento das constituições e, como dito acima, de transformações no direito privado⁵. O Código Civil de 1916, pautado na liberdade absoluta, tutelava o indivíduo isoladamente, visando ao pleno desenvolvimento de sua atividade econômica. No entanto, a codificação liberal, que não considerava o interesse social das relações privadas, e a ausência de instrumentos tutelando a economia, na busca por afastar a intervenção estatal, propiciaram que os mais fracos fossem explorados pelos mais fortes, fazendo emergir reações e conflitos.

Com o constitucionalismo a essência do Direito Civil – a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado – tornou-se matéria constitucional⁶. Passando o Direito Civil a ser composto por regras as quais, por meio de instrumentos jurídicos determinados, conduzem e disciplinam as atividades da vida social observando os interesses dos indivíduos e grupos organizados.

[...] talvez haja decorrido de uma mudança interna, na própria estrutura do direito civil, tornando alteradas, desse modo, suas relações com o direito público. Em primeiro lugar, como se sabe, os códigos civis perderam a posição central que desfrutavam no sistema, verdadeiras constituições em que se configuravam, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade, institutos-chave do liberalismo. Além disso, a concepção de proteção da vida individual –

³ AMARAL, 2014, p.179: “Essas leis deslocaram para o âmbito dessa legislação especial a principal disciplina das relações privadas, ficando o Código Civil como fonte residual e supletiva, o que se acentuou com a transferência, para a órbita constitucional, de alguns dos tradicionais princípios de direito civil concernentes à família, à propriedade privada e à liberdade contratual.”

⁴ Paulo Lobo (2017, p.10) descreve esse período, da tentativa de resgate da tradicional codificação civil até o Código Civil de 2002, de processo de descodificação e, paradoxalmente ao lado, à recodificação.

⁵ As codificações civis eram vistas, devido a sua tradição histórica e lógica jurídica, como instrumentos destinados a perdurar mesmo após o fim da Segunda Guerra Mundial e, conseqüentemente, o estabelecimento das Constituições.

⁶ Fenômeno que no Brasil se denominou publicização.

construção em que subjaz a autonomia individual em sentido absoluto – deu lugar à noção de integração do homem na sociedade, substituindo-se, por força da industrialização, à figura do indivíduo isolado aquela da associação. A evolução do direito civil também se explica, pois, como efeito da influência das grandes correntes do pensamento, em particular, da marcada tendência a uma justiça social em maior proporção, principalmente, do alastramento do trabalho subordinado. (BODIN DE MORAES, 1991, p. 3)

Essa mudança de paradigma se deu em razão da substituição do Estado Liberal, presente nas Constituições de 1824 e 1891, pelo Estado Social⁷, presente nas Constituições a partir de 1934, as quais inseriram a organização social e econômica. Sendo a Constituição de 1988 a que “mais agudamente pretendeu regular e controlar os poderes privados, na perseguição da justiça material” (LOBO, 2017, p. 6).

Até então havia uma absoluta separação entre direito público e direito privado, onde para o primeiro havia a constituição política e para o segundo o Código Civil, como uma espécie de constituição do homem comum. De modo que elas não se comunicavam, o que, conseqüentemente, fez com que o Direito Civil e o direito constitucional se desenvolvessem distanciados.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Frente à trajetória histórica da sociedade e à realidade contemporânea – num contexto de pós-guerra e de processo de redemocratização marcado pelo fim do assombrado período de ditadura militar –, a Constituição de 1988, fruto de amplo debate democrático, consagrou o Estado Social, elencando como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e redução das desigualdades sociais (art. 3º, I, III), bem como elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), certificando, assim, seu forte caráter social e humanista.

O Código Civil de 2002, embora posterior à Constituição de 1988, reproduziu muitos dos artigos presentes no Código de 1916⁸, de forma que não se amolda em

⁷ O Estado Social pode ser autocrático ou democrático. As Constituições de 1967 e 1969 (esta última outorgada pelo regime militar) foram autocráticas, e a Constituição de 1988 é democrática, como descrito no *caput* do seu art. 1º.

⁸ O processo legislativo do Código Civil de 2002 foi muito lento, pois a Comissão de elaboração do anteprojeto foi nomeada em 1969, que resultou no Projeto de Lei n. 634 de 1975, o qual ficou parado por quase vinte anos, sendo votado pelo Congresso Nacional e aprovado somente em 2002. O Código

muitos campos – quiçá a maioria – com os valores constitucionais, o que tornou a codificação insuficiente frente à complexidade da vida contemporânea e o surgimento de microssistemas jurídicos pluridisciplinares, de modo que as categorias, os conceitos e os princípios de Direito Civil não mais refletiam a realidade social (LOBO, 2017, p. 6), uma vez que perpetuou os valores e a ideologia individualista e patrimonialista consagrada com a Revolução Francesa e demais revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, indo em choque direto com a axiologia constitucional.

A fim de revitalizar o Direito Civil, tornando-o compatível com a realidade social e o adequando aos valores consagrados pela Constituição de 1988, deu-se o fenômeno doutrinário da constitucionalização do Direito Civil (ou Direito Civil Constitucional), perspectiva que determina que o Código Civil deve ser interpretado segundo a Constituição e tem suas origens na Europa continental, sobretudo na Alemanha e na Itália. Os primeiros estudos sobre o Direito Civil constitucional no Brasil se deram a partir de 1990, com Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino, que tinham acabado de concluir um curso ministrado por Pietro Perlingieri, na Itália (SCHEREIBER, 2016, p. 10).

Paulo Lobo, tendo como base Pietro Perlingieri, elenca como principais pressupostos teóricos do Direito Civil Constitucional:

a) à natureza normativa da Constituição e de suas normas, libertando-se do preconceito de seus fins meramente programáticos; b) à complexidade e unitariedade do ordenamento jurídico, ante a pluralidade das fontes de direito, segundo os princípios constitucionais e os valores fundamentais; c) uma renovada teoria da interpretação jurídica não formalista, tendo em vista os valores e fins a serem aplicados. A norma, clara ou não, deve ser interpretada em conformidade com os princípios e valores do ordenamento, resultando de um procedimento argumentativo não apenas lógico, mas axiológico, inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana como prioritário no confronto com os interesses superiores do Estado e do mercado. (LOBO, 2017, p. 3)

Diante disso, o ordenamento jurídico passou a ser visto como sistema, onde não mais a codificação civil se encontrava no centro das relações privadas, mas sim as normas constitucionais (regras e princípios), enquanto fundamento de validade do

Civil de 2002 teve influência dos Códigos Cíveis alemão (BGB, de 1896), italiano (de 1942) e português (de 1966), sendo empregada em maior grau a técnica legislativa do BGB ao adotar uma Parte Geral, tradição consolidada no Código Civil de 1916. (TEPEDINO, 2020, p. 35)

ordenamento, por determinar os valores e princípios que todas as normas devem observar. Assim, a maior intervenção do Estado – característica de um Estado Social – e a regulamentação jurídica fizeram com que a tradicional separação do direito público e privado fosse abandonada, dando lugar à unidade do ordenamento jurídico, determinado pela sua hierarquia sistematizada. O sistema de Direito Civil brasileira passa, portanto, a ser composto pelas normas constitucionais no centro, seguido pelo Código Civil, a legislação especial e o direito material presente nos microsistemas jurídicos das relações civis.

O Direito Civil Constitucional inicia o processo de repersonalização do Direito Civil, abandonando a “ideologia conservadora da civilística tradicional (manutenção do *status quo*)” (SCHEREIBER, 2016, p. 78), buscando promover sua despatrimonialização, em razão da dimensão existencial sintetizada pelo diploma constitucional ao positivar um Estado Social e reposicionar o sujeito no centro da proteção do ordenamento, ao determinar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza como seus objetivos.

Em decorrência dessa mudança, conforme leciona Ricardo Aronne (2013), ocorre uma alteração interna e não externa do Direito Civil brasileiro, uma vez que não há a alteração da legislação infraconstitucional⁹, mas sim sua releitura substanciada pelos valores constitucionais, dando, assim, lugar à questão social e existencial e propiciando uma nova estrutura principiológica e axiológica ao Código Civil, passando suas regras a possuir e expressar um conteúdo e sentido novo, tendo em vista que:

[...] a “solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam”. (PERLINGIERI apud ARONNE, 2013, p. 100)

Assim, se faz necessário a aplicação e interpretação dos valores e princípios constitucionais ao Direito Civil, de modo que a anterior disciplina voltada à tutela dos valores patrimoniais em si não mais subsiste, em vista do necessário fim de efetivação dos valores existenciais, propiciadores da justiça social. Desse modo, o Direito Civil

⁹ Como dito anteriormente, embora o Código Civil de 2002 seja posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, o mesmo reproduz o antigo Código em sua maioria, bem como existem leis especiais anteriores que regulam as relações interprivadas.

reduz o foco em regular a atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regular a vida social enquanto meio que promova o desenvolvimento da personalidade humana e “sua dignidade seja mais amplamente tutelada” (BODIN DE MORAES, 1991, p. 9), uma vez que se desloca do sujeito abstrato para a pessoa concreta.

Vale destacar que essa repersonalização não significa o abandono das questões patrimoniais – até porque o mercado, o direito à propriedade, a livre iniciativa, entre outros, continuam existindo e têm, inclusive, previsão constitucional – nem a perda de sua autonomia, dado que as normas de Direito Civil não deixam de ser de Direito Civil porque estão contidas na Constituição. O que muda é o tipo de entendimento, que agora é entrelaçado com a interpretação constitucional¹⁰, deixando de ser absoluto e imune a interferências e fazendo com que seus institutos – propriedade, empresa, família, relações contratuais etc. – tenham função de realização da dignidade da pessoa humana.

3 OS CONTORNOS NO DIREITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA DEMOCRÁTICA

O Direito Civil Constitucional promoveu, a partir dos fundamentos constitucionais, mudanças nos principais institutos do direito civil: propriedade, contrato e família.

A família clássica tradicional era composta por um grande número de pessoas, razão pela qual a codificação de 1916 elegeu o modelo da “grande família” (CALDERÓN, 2017, p. 37), tendo essa comunhão viés totalmente patrimonial e institucional, pautada na propriedade, na política e na religião.

A família jurídica reconhecida pelo Código de 1916 era a decorrente do matrimônio, de modo que o tratamento no campo da filiação seguia o traço da legitimidade, significando que apenas os filhos havidos do matrimônio é que assim

¹⁰ Ricardo Aronne fala que essa racionalização é visível pela noção contemporânea de sistema axiológico. E Paulo Lobo destaca que, embora a constituição esteja no centro do Direito Civil dando unidade ao sistema, “é importante notar que a via é de mão dupla, pois a aplicação das normas constitucionais entre os particulares é alimentada pelos conteúdos dos princípios de direito civil que se consolidaram na sociedade, os quais, por sua vez, são conformados aos valores constitucionais. A constitucionalização do direito civil “marca a interface entre os direitos fundamentais e a matéria que constitui a substância do direito civil” e o Código Civil é uma importante fonte de interpretação da Constituição, na medida em que os princípios daquele “vão intervir, de maneira mais ou menos direta, na interpretação da Constituição e vão permitir assim de enriquecer e desenvolver seu conteúdo”. (LOBO, 2017, p. 8)

eram reconhecidos, sendo os havidos de relação extraconjugal (filho *espúrio adulterino*) ilegítimos e, portanto, desprovidos de reconhecimento e ingressos na entidade familiar em nome da paz familiar da família legítima.

A crise que se apresentou ao Direito Civil impactou o modelo familiar único, absoluto e totalizante, marcado pelo casamento indissolúvel¹¹, onde ao marido pertencia a titularidade do pátrio poder e a chefia da sociedade conjugal, sendo a família tradicional desigual em três dimensões: i) os homens possuíam mais valor que as mulheres; ii) os pais importavam mais que os filhos; e iii) aos heterossexuais eram resguardados mais direitos do que aos homossexuais¹² (BODIN DE MORAES, 2005, p. 4).

Destarte, a família clássica é um grupo organizado, hierarquizado e dependente de laços sanguíneos, sendo tratada como instituição tutelada em si, tendo “conteúdo patrimonializante” (BODIN DE MORAES, 1991, p. 12), devido à adoção do patrimônio como valor dos impedimentos matrimoniais, e não as pessoas. Nota-se que a afetividade não era considerada, sendo, portanto, dissociada da realidade jurídica da época.

Como já dito, a sociedade está em constante transformação, não ficando a família isenta de alterações. Após a Segunda Guerra Mundial, foi clara a transformação da família brasileira, que deixava de ser uma grande família e transformava-se numa “família nuclear (formada apenas pelos cônjuges e seus filhos)” (CALDERÓN, 2017, p. 37), em que as pessoas eram mais próximas e o aspecto subjetivo das relações recebeu maior espaço. Com o intuito de corresponder à realidade, uma vez que a codificação conservadora se mostrava cada vez mais dissonante da realidade social, o direito promoveu mudanças parciais e pontuais anteriormente à Constituição de 1988, com a aprovação o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, e a Lei do Divórcio, de 1977 (BODIN DE MORAES, 2005, p. 8).

As Constituições estão vinculadas à realidade histórica e social do tempo em

¹¹ O Código de 1916 adotou o vínculo matrimonial indissolúvel, o qual só era extingue com a morte.

¹² Vale destacar que hoje a jurisprudência usa termo diferente, pois a homossexualidade descreve as pessoas pertencentes a determinada orientação sexual. Assim, em respeito à inclusão de outras orientações sexuais, identidades e expressões de gênero o correto é usar a expressão população LGBTQIA+. Sendo o adjetivo homoafetivo o termo correto por descrever a complexidade e a multiplicidade de relações afetivas e/ou sexuais entre pessoas do mesmo sexo/gênero ao ressaltar a conotação emocional e afetiva envolvida na relação amorosa entre pessoas do mesmo sexo/gênero. Portanto, o correto é utilizar a expressão casal homoafetivo. Fonte: Manual de Comunicação LGBTI+. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. Disponível em: <https://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2022.

que estão inseridas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a necessária reforma do modelo clássico de família, uma vez que a aplicação das normas constitucionais nas relações de Direito Privado é comando normativo, conforme o artigo 5º, § 2º, ao dispor que se dá de modo imediato a aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (HIRONAKA apud GAMA, ano, p. 382).

A importância dada aos direitos fundamentais (estabelecidos como cláusula pétrea¹³) pela Constituição de 1988 demonstra o reconhecimento de que o ordenamento jurídico pode ser construído com elementos psicológicos, sociais, ideológicos e filosóficos, cujo tratamento sempre foi ignorado dentro do sistema (GAMA, 2003, p. 383).

Assim, após a Constituição de 1988, tornou-se possível o divórcio para romper o vínculo matrimonial, houve melhorias nos procedimentos da separação judicial e divórcio, ficou assegurada a igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges e companheiros, foi estabelecida a igualdade material entre os filhos, a proteção da criança e do adolescente de forma integral e absoluta, o reconhecimento de outros modelos familiares além da oriunda do matrimônio, entre outras questões. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003) descreve, com base na evolução do Direito de Família do século XX, a verificação de alguns fenômenos que influenciaram suas mudanças e que foram assimiladas no texto constitucional:

a) a estatização, ou seja, a crescente ingerência do Estados nas relações familiares; b) a retração, no sentido da substituição do modelo de família extensa, do tipo patriarcal, pelo modelo de família nuclear, constituída do pai, da mãe e dos filhos menores; c) a despatrimonialização, a saber, a mudança do caráter das relações patrimoniais da família, determinante da diminuição da importância do aspecto econômico, dando maior ênfase a aspectos de natureza existencial, como se constata nas relações de tipo alimentar; d) a democratização, ou seja, a tendência em transformar a organização familiar num grupo societário do tipo igualitário, cujo processo acompanha a emancipação dos personagens familiares, como a esposa e os filhos; e) a repersonalização e a desencarnação, representando a substituição do elemento carnal (ou biológico) pelo elemento psicológico (ou afetivo) e a conscientização de que na formação do homem deve-se atribuir maior valor ao sentimento, à convivência saudável, à educação do que à hereditariedade; f) a

¹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

dessacralização do casamento, no sentido de retirar os privilégios odiosos da instituição matrimonial, aproximando-a da realidade sociológica, daí a maior facilidade na dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, a admissão do companheirismo como realidade jurídico-familiar e a indistinção entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais. (GAMA, 2003, p. 386-387)

Verifica-se, portanto, que a ótica clássica do direito privado – produtivista e patrimonialista – em que tutelar o indivíduo consistia na promoção de espaço de pleno exercício de sua autonomia, sendo a atividade econômica a principal expressão e cuja função básica da família era a de transmitir a vida, os bens e os nomes, é substituída por uma ótica humanista, característica da sociedade contemporânea, pautada em valores existenciais e respeito aos direitos fundamentais, através da efetivação dos princípios democráticos, igualitários, solidaristas e da dignidade da pessoa humana nas relações, a fim de proporcionar a tutela e proteção do pleno desenvolvimento dos indivíduos, sendo essa a principal função da família contemporânea.

3.1 A FAMÍLIA DEMOCRÁTICA

É a partir dessa releitura do Direito Civil e da mudança da sociedade – por meio de fenômenos sociodemográficos – que a entidade família (fenômeno e instituição social) mudou, em virtude da crise do modelo familiar único, passando a ser vista como espaço de solidariedade e realização pessoal e formada por relacionamentos baseados no afeto recíproco, fazendo prosperar a promessa sob a qual nasceu a modernidade: “de uma esfera privada como espaço de satisfação e de cuidados emocionais” (BODIN DE MORAES, 2005, p. 2).

É dessa transformação que surge o modelo da “família democrática” defendido e descrito no Brasil por Maria Celina Bodin de Moraes, a qual diz que: “A opção pela democracia familiar, no entanto, mostra-se perfeitamente compatível com dois grandes movimentos históricos característicos dos países ocidentais: o da busca do amor livre e o da atenção do desenvolvimento psíquico e intelectual da criança” (BODIN DE MORAES, 2005, p. 25).

O termo democrático foi adotado por especialistas da sociologia, em razão da correspondência histórica com a evolução da política – em analogia ao método deliberativo onde todos os participantes detêm igualdade de oportunidade de fala, e

se fazendo ouvir; sendo, portanto, a democracia construída a partir do diálogo – e pela implementação de princípios como a igualdade e liberdade no ambiente familiar – igualdade no âmbito civil e social, não sendo permitido qualquer preconceito e discriminação; e liberdade num espectro amplo, no sentido de escolher e protagonizar a própria vida.

Como se sabe, a democracia não é palpável, por ser um projeto histórico de uma instituição ainda não consolidada, tratando-se, assim, de um ideal de existência coesa, com união, justiça e sem violência na resolução de conflitos.

Dessa forma, Bodin de Moraes (2005) propõe, em contraposição ao modelo tradicional – organizado, hierarquizado, dependente de laços consanguíneos e sem espaço para a consideração dos sentimentos – e em consonância com o direito civil constitucional, o modelo da família democrática, “onde não há direitos sem responsabilidade, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática o slogan outrora revolucionário: igualdade, liberdade e solidariedade” (BODIN DE MORAES, 2005, p. 4).

Os indivíduos das sociedades contemporâneas são distintos dos anteriores, o que fez com que a família se transformasse, na medida em que o autoritarismo deu lugar ao respeito – entre cônjuges e dos pais para com os filhos¹⁴ – e a totalidade deu lugar ao indivíduo, que passa a ser respeitado e incentivado. Mudanças essas que, segundo Anthony Giddens – um dos principais teóricos dessa concepção –, acompanham os processos de democracia pública (GIDDENS apud BODIN DE MORAES, 2005, p. 5).

Ao adotar um conceito flexível e instrumental de família, voltada para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros (TEPEDINO apud BODIN DE MORAES, 2005, p. 8), a Constituição de 1988 concretiza a mudança da família-instituição para a família-instrumento, detentora de um ambiente que proporciona ampla proteção à esfera individual (no lugar das razões de família) para o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros.

Desta maneira, Bodin de Moraes descreve que a base da família democrática é a dignidade das pessoas que a compõem, as quais são respeitadas, incentivadas e tuteladas. Essa perspectiva acaba superando algumas dimensões da desigualdade,

¹⁴ Vale ressaltar que a autoridade ainda está presente, não na figura do patriarca que impõe aos demais, mas como fruto do diálogo. Sendo, assim, uma autoridade que ouve, discute e argumenta.

supramencionadas, a partir das normativas constitucionais, sendo elas: a igualdade formal e material entre homem e mulher, conforme o artigo 226, § 5º; os filhos passam a ser a centralidade do grupo familiar, conforme o artigo 227; e ficou legitimada a diversidade da organização familiar, possibilidade a união homoafetiva, conforme o artigo 226, §§ 3º e 4º, igualando ainda que de modo incipiente os direitos entre heterossexuais e homossexuais.

Vigora, pois, um espaço de suporte e ajuda mútua, sendo o seu cerne a parentalidade e a proteção dos filhos. A mudança para essa família-instrumento é definida por Maria Celina Bodin de Moraes pelas palavras diversidade e responsabilização (BODIN DE MORAES, 2005, p. 13).

Bodin de Moraes destaca que a proteção jurídica conferida não diz respeito à estrutura familiar, mas sim ao conteúdo familiar existente na função desempenhada de “espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo e convivência afetiva entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer de sexos diferentes” (BODIN DE MORAES, 2005, p. 15).

A família democrática, assim como o todo o Direito de Família, é, portanto, norteadada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança.

A importância conferida à proteção dos direitos humanos no interior da família causa diferentes consequências a depender do tipo de relação: nas parentais, que é o interesse desse estudo, opera no sentido de que, em virtude do aumento da responsabilidade, a liberdade, no exercício da parentalidade, deve ser limitada, uma vez que essa responsabilidade se dá numa relação assimétrica, visto que de um lado está uma pessoa dotada, temporariamente, de efetiva vulnerabilidade (os filhos menores). Assim, encontram-se os pais na posição de ajudadores dos filhos na trajetória de se tornarem seres autônomos, como expressão do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A mudança dos fundamentos do Direito de Família – de valores patrimoniais para valores existenciais – já era anunciado por João Baptista Villela antes de 1988, o qual, durante uma Conferência, disse que as relações de família dependiam de

afeto, perdão, solidariedade, paciência, dedicação e transigência, elementos triviais e fáceis de localizar, necessários a permitir a convivência, dependendo, as instituições de família, da aptidão das pessoas em dar e receber amor (VILLELA apud GAMA, 2003, p. 386).

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), o amor é o sentimento mais íntimo e complexo do ser humano, e exerce influência direta e importante no Direito, sobretudo nas relações intersubjetivas. Por essa razão, as mudanças ocorridas no âmbito das relações familiares, após a Constituição Federal de 1988, mostram o deslocamento sofrido pelos institutos de Direito de Família para a emocionalidade (afetividade), de modo a ser possível reconhecer o afeto como valor jurídico e elemento fundamental nas relações familiares contemporâneas, tanto para a construção quanto manutenção das famílias, no que diz respeito ao vínculo de companheirismo e de parentalidade.

Com base nisso, é possível considerar que há, como fenômeno jurídico inevitável, necessário e conforme com as transformações da civilização e a realidade social, o resgate¹⁵ da emocionalidade nas relações jurídicas de Direito Civil que envolvem a pessoa humana e as comunidades formadas por ela (família, sociedade e Estado) (GAMA, 2003, p. 388). Vale destacar que Gama (2003, p. 390) se refere à emocionalidade como sinônimo de amor enquanto manifestação essencial e inelutável no tratamento da pessoa para com o outro.

A afetividade passa, então, a estar presente e a fundamentar o Direito de Família, não estando ela contida de forma expressa na Constituição Federal de 1988 ou no Código Civil de 2002, mas estando presente de forma implícita na Constituição de 1988. No Código Civil, a afetividade perpassa por vários temas de Direito de Família, sendo citada pontualmente no “sentido de entidade familiar, parentesco, guarda, convivência e caracterização do casamento” (CALDERÓN, 2017, p. 44).

João Baptista Villela, Guilherme de Oliveira, Luiz Edson Fachin, Zeno Veloso e Paulo Luiz Netto Lôbo foram alguns dos doutrinadores que contribuíram para a construção teórico-jurídica da afetividade (CALDERÓN, 2017, p. 64), sendo Paulo Lôbo quem pela primeira vez deu ao afeto o status de princípio jurídico (DE CARVALHO, 2014, p. 320).

Existem na doutrina duas correntes a respeito do reconhecimento da

¹⁵ Resgate da *affectio* do direito romano no âmbito das relações familiares no seu aspecto positivo, sem, contudo, representar o retorno à autoridade do *pater familias*. (GAMA, 2003, p.346-385).

afetividade como princípio do Direito de Família. A primeira corrente, que é majoritária, defende a tese principiológica da afetividade como elemento norteador e que fundamenta as relações familiares, deixando o afeto de ter apenas valor ético para ter também valor jurídico. Alguns dos seus defensores são: Heloisa Helena Barbosa, Maria Helena Diniz, Luiz Edson Fachin, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, Caio Mário da Silva Pereira, Jorge Shiguemitsu Fujita, Rolf Madaleno, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, entre outros. A segunda corrente reconhece a importância da afetividade apenas como valor relevante a ser observado, não como princípio. Alguns dos seus autores são: Fábio Ulhoa Coelho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, Paulo Nader, Arnaldo Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca e Eduardo de Oliveira Leite. Há também, ainda que de forma ínfima e cada vez mais decrescente, autores que sustentam o não tratamento da afetividade pelo Direito, por entenderem que o afeto é um sentimento, por ser frequente a constatação de falta de afeto nas relações familiares, pela falta de objetividade do tema e pelo fato de inexistir um conceito jurídico de afeto (CALDERÓN, 2017, p. 65-67).

É necessário ressaltar que o afeto enquanto fato psicológico não deve ser confundido com o princípio jurídico da afetividade, pois, embora haja ligação, eles não são sinônimos, uma vez que a afetividade pode ser presumida, ainda que ausente o afeto na realidade das relações, e é um dever imposto entre pais e filhos (e vice-versa) mesmo que não exista amor ou afeição entre eles.

Isso se dá em decorrência da cláusula geral de tutela da dignidade humana que concebe o poder familiar como um dever-poder posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais, consideradas as mais importantes (BODIN DE MORAES, 2005, p. 16). Essa é a razão pela qual Maria Celina Bodin de Moraes (2005) entende que a relação de parentalidade é melhor definida pelo termo “responsabilidade”, determinado por ela, como dito no tópico anterior, como uma das palavras que definem o direito civil constitucional, sobretudo o modelo da família democrática, sendo esta responsabilidade solidarista, por estar pautada no princípio da solidariedade familiar, e não na solidariedade do direito das obrigações.

Embora a afetividade como valor jurídico tenha sido tratada desde o seu surgimento atrelada ao amor – na década de 1970, João Baptista Villela falava sobre isso em seus trabalhos (DE CARVALHO, 2014, p. 320) – é consolidado na jurisprudência brasileira que ninguém é obrigado a amar, motivo pelo qual o afeto

possui uma dimensão subjetiva – elemento anímico ou psicológico de foro íntimo e que, portanto, não pode ser regulado pelo direito, somente por normas morais – e uma dimensão objetiva – que compreende a externalização verificada por comportamentos e condutas. Esta última é o objeto da afetividade.

Mas qual o significado da afetividade? Ainda não há um conceito fechado do que significa a afetividade enquanto princípio, cada autor tendo uma definição. O consenso existente é que o Direito não utilizará uma definição filosófica, psicológica ou psiquiátrica para defini-la, mas sim uma definição jurídica. O que se tem bem consolidado é a distinção entre amor, afeto, afetividade e socioafetividade, como assevera Ricardo Calderón:

Figura 1 – Amor, afeto, afetividade e socioafetividade, segundo Calderón

AMOR	– é estranho ao Direito e às suas atuais categorias jurídicas.
AFETO	– sentimento anímico de aspecto subjetivo (inapreensível de forma direta pelo Direito).
AFETIVIDADE	– atividade exteriorizadora de afeto; conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova).
SOCIOAFETIVIDADE	– reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva (repercussão também captável pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova).

Fonte: Calderón, 2017, p. 82.

Dessa maneira, há um sentido conferido à afetividade, a qual tem mostrado sua relevância nas leis esparsas – se referem expressamente ao afeto e à afetividade –, mas ainda não há uma definição do seu significado, haja vista que o princípio da afetividade ainda não se encontra presente expressamente no ordenamento jurídico, apenas implicitamente, sendo seu reconhecimento advindo da leitura construída pela doutrina e acolhida pela jurisprudência.

Como forma do legislativo se alinhar a essa mudança das relações familiares, foram propostos alguns projetos de Estatuto da(s) Família(s), estando o princípio da afetividade contido expressamente em alguns deles. O primeiro projeto proposto foi o PL 2.285/2007 (Estatuto das Famílias), o qual previa a afetividade em seu artigo 5º¹⁶ como um dos princípios fundamentais para a interpretação do Direito de Família, porém, o mesmo se encontra sem movimentação desde o final de 2014, quando foi

¹⁶ Art. 5.º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

indeferido o pedido de tramitação em apenso com o PL 6.583/2013. O segundo projeto proposto foi o PL 6.583/2013 (Estatuto da Família), o qual não menciona a afetividade e representa um retrocesso, pois estabelece o retorno do modelo único, sendo a família heterossexual a única admissível e protegida, mostrando-se destinado a interesses ideológicos que pretendem restringir direitos já garantidos à sociedade. O mesmo encontra-se em tramitação, sendo sua última ação legislativa no final de 2017. Posteriormente foi apresentado pelo Senado o PLS 470/2013 (Estatuto das Famílias), o qual previa a afetividade como princípio fundamental que orienta o Direito de Família no seu artigo 5º¹⁷, porém, sua tramitação foi encerrada pelo arquivamento em decorrência do término da legislatura da vereadora autora.

Conforme exprime CALDERÓN (2017, p. 59), os projetos de lei que previam expressamente a afetividade buscavam a presença normativa do princípio da afetividade para além de uma lei a ser criada (*de lege ferenda*), mas que também estivesse presente em uma lei criada (*de lege lata*), o que contribuiria na difusão do princípio da afetividade e afastaria as resistências quanto a sua aceitação.

A valoração jurídica da afetividade se dá pelos fatos que podem indicar ou não a presença de manifestação de afeto, não se importando, portanto, com sua presença subjetiva, como dito anteriormente, mas tão somente com sua forma objetiva considerada através de fatos representativos de uma relação, que consistem em atividades exteriorizadas de afeto, ou seja, atos concretos, pois estes são captados pelos filtros do Direito, os quais Calderón (2020, p. 147) denomina *fatos signo-presuntivos*.

O princípio da afetividade possui dupla face, a depender da existência ou não de vínculo. Assim, a primeira face é de dever jurídico entre as pessoas que possuem algum vínculo – seja de parentalidade, conjugalidade ou união –, o que acarreta condutas recíprocas representativas da afetividade. A segunda face é a geradora de vínculo familiar entre as pessoas que não possuem o reconhecimento do mesmo pelo Direito. Calderón (2020, p. 47) ressalta que, embora sejam faces distintas, elas não se excluem, haja vista que o reconhecimento da segunda leva, conseqüentemente, a incidência da primeira.

¹⁷ Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto: I – a dignidade da pessoa humana; II – a solidariedade; III – a responsabilidade; IV – a afetividade; V – a convivência familiar; VI – a igualdade das entidades familiares; VII – a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente; VIII – o direito à busca da felicidade e ao bem-estar.

Surge então o questionamento do que são esses atos concretos que consubstanciam fatos. Não há uma delimitação fechada sobre eles, uma vez que seu substrato não é exaustivo, devendo ser considerado o caso concreto e cabendo à doutrina e à jurisprudência a fixação dos seus contornos. Entretanto, é possível determinar que, até o momento, a afetividade abrange: as manifestações de cuidado, ajuda mútua, afeição explícita, atos de subsistência, coabitação, projeto de vida conjunto, planejamento familiar, proteção recíproca, acumulação patrimonial compartilhada, atos de carinho, atos de educação e suporte psíquico e emocional (CALDERÓN, 2020, p. 146-147).

4.1 REFLEXOS DA AFETIVIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A afetividade é empregada pela jurisprudência dos Tribunais para enfrentar situações que surgem do progresso social e evolução das formas de família e que não possuem regulamentação expressa em lei.

Na ADI nº 4277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como concretização dos valores emanados da dignidade, da igualdade e da liberdade, bem como utilizou a afetividade ligada à felicidade como base argumentativa. O objeto da ação foi, portanto, o reconhecimento de um vínculo de afeto e solidariedade, conforme destaca o Ministro Relator Ayres Britto em seu voto:

21. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. [...] Em primeiro lugar, afirmo a importância deste debate e destaco não haver dúvida na atualidade de ser um fato da vida a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e no mundo, pautadas por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, à semelhança de outros tipos de união expressamente referidas em nossa Constituição como entidades familiares. [...] A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

A socioafetividade, como expressão da afetividade, é considerada pelos Tribunais no reconhecimento da Parentalidade – paterna e materna¹⁸ – quando verificada a posse de estado do filho¹⁹, configurando, assim, vínculo afetivo. As decisões, neste sentido, demonstraram que não há obrigatoriamente a prevalência dos vínculos biológicos e registrais sobre o afetivo, devendo ser analisado o caso concreto, visto que outras considerações também devem ser observadas, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.

- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

Recurso conhecido e provido. (REsp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267)

Ricardo Calderón (2017) chama a atenção para as decisões positivas e negativas de reconhecimento da parentalidade afetiva e observa que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça mostra que, nas ações negatórias de parentalidade, quando em conflito o vínculo afetivo sobre o biológico, em que a demanda é ajuizada

¹⁸ STJ - REsp: 1291357 SP 2011/0264914-9, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 20/10/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/10/2015.

¹⁹ Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (apud CALDERÓN, 2017) o estado de filiação decorre da estabilidade dos laços afetivos que são construídos por pai e filho no cotidiano, sendo, portanto, esse o fundamento essencial para a atribuição da paternidade e maternidade. O que não deve ser confundido com o direito ao conhecimento de sua origem genética, que tem natureza de direito de personalidade, enquanto o primeiro é de natureza de direito de família.

para anular a relação parental por ausência de ligação biológica, prevalece o vínculo socioafetivo devido à presença de vivência consolidada. Em contrapartida, quando a demanda versa sobre “adoção à brasileira” e é ajuizada pelo filho, em seu interesse, prevalece o vínculo biológico, ainda que presente a filiação socioafetiva com os pais registrais. Diante disso, concluiu que estava havendo confusão entre estado de filiação e origem biológica, de modo que é aparente a não observância adequada do princípio da afetividade por não haver pleno acolhimento da socioafetividade, já que um vínculo consolidado poderia ser desconsiderado numa verdadeira confusão entre filiação e parentesco com o direito ao conhecimento da ascendência genética.

É possível compreender tal posicionamento do Tribunal devido à existência de três correntes referentes ao tema da prevalência de qual vínculo. A primeira defende o predomínio do vínculo afetivo quando contínuo, estável, público e duradouro. A segunda defende o predomínio do vínculo biológico, ainda que o vínculo socioafetivo seja consolidado e não tenha existido convivência de fato com o pai biológico. E a terceira defende a possibilidade do reconhecimento de ambos os vínculos (CALDERÓN, 2017, p. 106).

Indo ao encontro ao entendimento da terceira corrente, o Tribunal do Paraná proferiu decisão reconhecendo a multiparentalidade, pela primeira vez, em ação de adoção movida pelo marido da genitora do adotando, o qual era casado há doze anos com a mesma e pleiteava o reconhecimento do vínculo criado pelo estabelecimento de laços de afetividade, bem como pelo fato do adotando possuir ótimo relacionamento tanto com o genitor como com o requerente, chamando ambos de pai. Em sua decisão, o magistrado destacou que:

Não se trata, evidentemente, de criar situações jurídicas inovadoras, fora da abrangência dos princípios constitucionais e legais. Trata-se de um fenômeno de nossos tempos, da pluralidade de modelos familiares, das famílias reconstituídas, que precisa ser enfrentado também pelo Direito. São situações em que crianças e adolescentes acabam, na vida real, tendo efetivamente dois pais ou duas mães. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está em reconhecer, no caso dos autos, a dupla paternidade. [...] A solução que me parece ser a mais razoável e nisto há a concordância de todos os envolvidos, ou seja, o adolescente, os genitores e o requerente, além do parecer favorável do Ministério Público, é a de manter a paternidade já assentada e incluir também no referido registro a paternidade socioafetiva. [...] No caso dos autos, quanto a este aspecto não há qualquer discordância. Ao nome do adolescente será acrescido, também, o patronímico do pai socioafetivo. Além disso, uma vez reconhecida a paternidade, esta não pode ser uma meia

paternidade ou uma paternidade parcial. Se é pai, obviamente, é pai para todos os efeitos e não apenas para alguns efeitos. (CASCAVEL/PR, Processo nº 0038958-54.2012.8.16.0021. Vara da Infância e da Juventude. Juiz de Direito: Sérgio Luiz Kreuz)

Corroborando com essa decisão, em 2016, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário 898.060/SC, acolheu a tese da multiparentalidade, o que levou à edição da Repercussão Geral 622, fixada nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (STF - RE 898060, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017).

Como consequência do reconhecimento dos vínculos supramencionados, há a garantia e imposição de todos os direitos e deveres decorrentes da união estável, da relação conjugal e parental.

Há reflexo da afetividade também na responsabilidade civil, no que diz respeito à indenização de danos morais por abandono afetivo, conforme o *leading case* do Supremo Tribunal de Justiça, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo

Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

O tema é um dos mais controversos do Direito de Família brasileiro, visto que não há um entendimento pacífico, estando presente, em seus doze acórdãos sobre o tema, três posicionamentos distintos entre as Turmas da Corte, conforme destacam Arthur Basan e Andressa de Oliveira:

De conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça, chamado a pronunciar sobre este tema tão singular das relações familiares, proferiu 12 acórdãos oriundos das demandas de diversos estados, vez que lhe compete, entre outras funções, zelar pela uniformização da interpretação da legislação federal, no rigoroso exercício da jurisdição *jus scriptum*. [...] é importante destacar que dois julgados – o REsp Nº 1298576/RJ e o AgInt no REsp Nº 1270784/SP – não emitiram juízo acerca do cabimento ou não da indenização pela conduta abandonista do pai, uma vez que julgaram antecipadamente o feito para reconhecerem a prescrição trienal da pretensão. Logo, dos 10 acórdãos, restantes, que interpretaram a norma e revelaram a tese jurídica formada a partir de cada caso concreto, conclui-se que, existem posições diametralmente opostas, estando de um lado a orientação denegatória (40%), no centro um posicionamento restritivo da incidência da indenização (50%) e na outra extremidade, a orientação qualificada como ampla e permissiva (10%), acolhendo largamente o dano extrapatrimonial. (BASAN; DE OLIVEIRA, 2020, p. 14-15)

Não irei me ater aqui à discussão da tese da exclusão ou não de tal instituto no Direito de Família, bem como o modo de comprovação dos seus pressupostos, mas tão somente à consideração dada à afetividade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

Inicialmente, representando a orientação denegatória – presente em quatro julgados entre 2005 a 2017²⁰ – a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça demonstra o sentido de que a inexistência de fatos signo-presuntivos não caracterizava ato ilícito apto a ensejar indenização por dano moral por entender que escapava “ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um

²⁰ REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299; REsp 514.350/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009; AgRg no AREsp 766.159/MS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 09/06/2016; e REsp 1087561/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 18/08/2017.

relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada” (REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, trecho voto relator, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006).

Posteriormente passou-se a discutir se existia ou não o dever jurídico do afeto no ordenamento jurídico, conforme se observa nos julgados mais recentes. Referente ao posicionamento denegatório destaca-se o entendimento presente na decisão do REsp nº 1.087.561/RS, no sentido de que a falta de afeto não constitui ato ilícito por não ser a afetividade um dever jurídico, mas somente um sentimento, de modo que o cuidado afetivo, enquanto convivência e amparo afetivo e psicológico, não está entre os deveres paternos, estando tão somente o sustento, a guarda e educação presentes no dever de cuidado, sendo o descumprimento destes ensejadores de responsabilização devido ao dever jurídico de adequado amparo material. Conforme se observa em sua ementa, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido. (REsp 1087561/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 18/08/2017)

O posicionamento no sentido amplo e permissivo, acolhendo largamente o dano extrapatrimonial por abandono afetivo, é observado em um único caso, que é o REsp 1159242/SP (cuja ementa foi descrita anteriormente). No referido julgamento, fica demonstrada a ligação entre afetividade e cuidado, sendo este último uma obrigação legal presente no ordenamento por interpretação tópico-sistemática dos deveres próprios do poder familiar em exercício na formação da personalidade do infante (BASAN; DE OLIVEIRA, 2020, p. 19), uma vez que os pais assumem obrigações jurídicas que vão além das chamadas *necessarium vitae*, em relação aos

filhos. Conforme destaca a Relatora Ministra Nancy Andrighi em seu voto:

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

O posicionamento no sentido restritivo e permissivo, que é majoritário – está presente em cinco julgados entre os 2007 a 2018²¹ –, entende que só é possível haver incidência da responsabilização nos casos excepcionais de elevada gravidade, se fazendo necessária a comprovação da existência de uma conduta, dano e nexos de causalidade. Destaca-se, como forma de compreender o aspecto restritivo, trechos do voto do Ministro Moura Ribeiro, relator no julgamento do REsp 1557978/DF:

É incontestável, por força de expressa previsão constitucional (CF, art. 229), que a paternidade responsável exige, do pai, o dever de assistir, criar, educar, orientar e prestar assistência moral aos filhos menores, bem como lhes assegurar o direito à convivência, de forma a lhes proporcionar o indispensável para a formação e desenvolvimento pleno e saudável de sua personalidade (ECA, art. 3º e 22). [...] não há se falar em ruptura ou abandono antes da criança ter sido reconhecida como filha. [...] descumprimento do dever de cuidado somente teria ocorrido se houvesse um descaso, uma rejeição ou um desprezo pela pessoa da filha por parte de seu genitor [...] entendendo que não está claro e evidente que a conduta do recorrente configurou o descumprimento total do dever jurídico de cuidado para com a filha. [...] não há obrigação de indenizar, pois a causa do dano deve necessariamente estar relacionada direta e imediatamente com o comportamento do agente. [...] a ferramenta mais adequada é a realização de um estudo psicossocial que aponte a existência de um dano psicológico e o vincule a ausência de cuidado por parte de um dos pais, daí não haverá dúvidas do dever de indenizar. (REsp 1557978/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015)

A partir de tais considerações, é possível constatar que os argumentos que

²¹ REsp 1374778/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015; REsp 1557978/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015; REsp 1493125/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016; REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017; e AgInt no AREsp 492.243/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.

limitam a incidência do dano extrapatrimonial referente aos deveres inerentes à paternidade responsável são: “(1) reconhecimento civil da paternidade, (2) existência de rompimento do convívio/vínculo afetivo, (3) descumprimento total do dever de cuidado, (4) desprezo, rejeição ou descaso pela prole e (5) realização de estudo psicossocial (prova pericial)” (BASAN; DE OLIVEIRA, 2020, p. 23).

4.2 SUPORTE PSICOLÓGICO NO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE

Conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p. 8), a família democrática, na sua configuração instrumental, propicia um ambiente adequado para o desenvolvimento da personalidade e promoção da dignidade de seus membros, estando os filhos no centro dessa comunidade, de modo que é crescente a garantia, por lei, de proteção e liberdades aos filhos, atribuindo responsabilidade aos pais.

O desenvolvimento da personalidade e a promoção da dignidade das crianças englobam não apenas aspectos físico e materiais, como também os psicológicos e intelectuais, razão pela qual o ambiente familiar desempenha papel decisivo para o desenvolvimento do indivíduo e de sua autonomia de modo saudável, bem como reflete na evolução social devido à relação existente entre o modelo de família e o projeto de construção da sociedade (BODIN DE MORAES, 2013, p. 594-595).

É a partir da família nuclear que a criança adquire novo valor e importância, passando a ocupar o centro da relação, sendo privilegiado o seu cuidado e educação. O que fez com que a psicologia começasse a estudar o desenvolvimento da personalidade humana considerando a infância.

Foi Sigmund Freud, ao estudar, em sua abordagem psicanalítica, o papel decisivo da infância nas causas e origens das neuroses e em todo o desenvolvimento da personalidade humana, que constatou que as impressões desse período da vida deixam marcas permanentes no indivíduo, o que enfatiza “a importância da infância na construção da personalidade do indivíduo e na determinação de suas doenças psíquicas” (AGUIAR, 2014, p. 20). As contribuições de Freud foram de suma importância no desenvolvimento da psicanálise de crianças.

Posteriormente, Melanie Klein (apud AGUIAR, 2014, p. 22) destacou que é necessário ter um olhar atento ao primeiro ano de vida da criança, pois as relações

iniciais são ali estabelecidas, sendo, portanto, uma fase de alta relevância para todo o desenvolvimento de sua personalidade.

Na perspectiva da psicanálise kleiniana, Donald Winnicott, psiquiatra e pediatra, desenvolveu sua teoria (winnicottiana) a partir do estudo com bebês saudáveis e doentes, e constatou que o ambiente familiar está diretamente relacionado ao fortalecimento da personalidade de seus membros, sobretudo das crianças, de modo que é possível diferenciar o conjunto das pessoas em dois tipos:

aquelas que não se desapontaram na primeira infância (e, na mesma medida, “são candidatas a viver alegremente e a aproveitar a vida”) e aquelas que sofreram experiências traumáticas, provenientes de decepções com o ambiente, carregando consigo as lembranças do estado em que se encontravam no momento do desastre – são estas, segundo o autor, as “candidatas a levar vidas tempestuosas e talvez candidatas à doença”. (WINNICOTT apud BODIN DE MORAES, 2013, p. 596)

Winnicott conclui, portanto, que os cuidados prestados na primeira infância são cruciais para a saúde mental da criança, de modo que marcas de descuidos e abusos o acompanharão durante toda a vida, uma vez que a criança é vista como um ser total ou global²², fazendo com que uma parte sempre afete as outras e, conseqüentemente, a totalidade do indivíduo (AGUIAR, 2014, p. 33). Vale destacar que Winnicott rompe com a psicanálise tradicional ao pensar as relações familiares em termos de cuidados efetivos, considerando a ação real dos pais nos cuidados com a criança (ROSA, 2009).

Por esta razão, Bodin de Moraes (2013) leciona que o exercício da liberdade individual dos pais não pode ser ilimitado, sem restrições e controle, quando em risco a vida do filho, motivo pelo qual o Estado, nas pessoas do legislador e do juiz, tomou para si a responsabilidade de tutelar a proteção da criança em face dos pais, assumindo, portanto, uma posição intervencionista frente à vulnerabilidade dos filhos menores.

A Ministra Nancy Andrighi, ao tratar sobre a ação ou omissão juridicamente relevante, em seu voto no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, destaca o entendimento de Winnicott referente à formação da criança na perspectiva do lado

²² AGUIAR, 2014, p. 32-33: “Assim, a criança, tal como a percebemos, é vista como um ser total ou global, o que implica considerar uma inevitável vinculação, reciprocidade e retroalimentação entre fatores emocionais, cognitivos, orgânicos, comportamentais, sociais, históricos, culturais, geográficos e espirituais”.

psicológico no contato afetivo e pontua que:

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. [...] Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. [...] o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Dessa forma, verifica-se que o cuidado é fato crucial para a formação da personalidade do infante devido ao relevante impacto na higidez psicológica do futuro adulto, razão pela qual se faz preciso, além do básico para sua manutenção, elementos imateriais que são igualmente necessários para sua adequada formação, pois “amar é faculdade, cuidar é dever” (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao ser estabelecida, no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, passou a normativa civil a ter que observar a cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa, de modo a privilegiar os valores existenciais sempre que se confrontarem com os valores patrimoniais. O Direito Civil, portanto, passou a regulamentar a vida social de forma a possibilitar o melhor desenvolvimento da personalidade humana e a mais ampla tutela da sua dignidade. Nesta perspectiva, o princípio da afetividade encontra-se como fundamento do Direito de Família, sendo sua tutela direcionada para o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

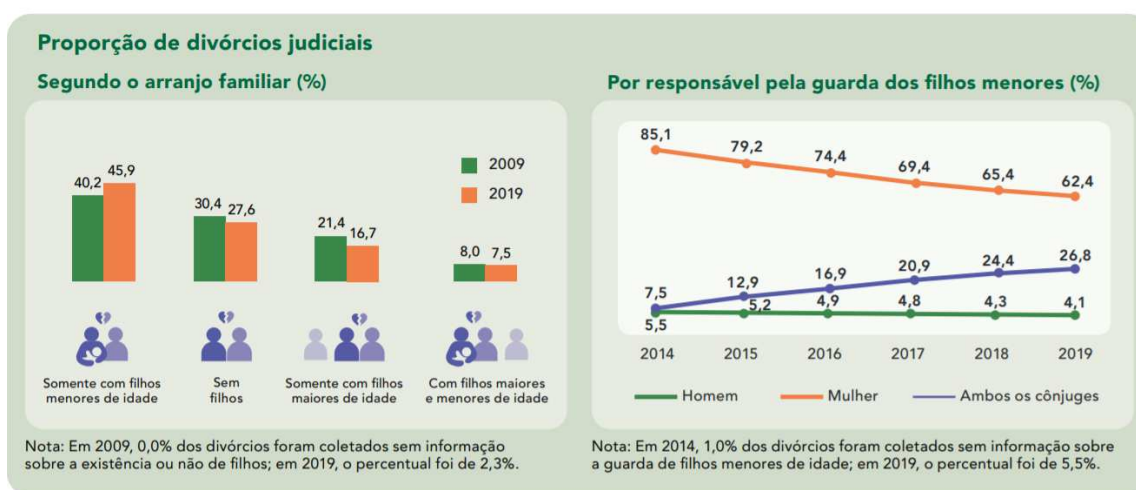
Diante do exposto, fica claro que a afetividade abrange aspectos no tocante à totalidade do indivíduo, que vão de atos de subsistência a atos de suporte psíquico e emocional enquanto manifestações de cuidado, e possui uma face de dever jurídico e outra face de geradora de vínculo.

A partir da análise dos reflexos da afetividade na jurisprudência, constata-se uma redução dos deveres relativos à paternidade responsável, compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, visto que o tratamento conferido ao princípio é de respaldo para constituição do vínculo familiar, por meio do qual o afeto é o elemento formador da família e da paternidade. Tal fato não está errado, muito pelo contrário, vai ao encontro com o modelo contemporâneo de família – em que o afeto é o que gera os laços, sejam familiares, de filiação ou de parentesco, dando, assim, sentido e dignidade à existência humana – bem como com a face de geradora de vínculo da afetividade e das normas constitucionais em que o princípio se encontra implícito, como, por exemplo: o artigo 227, § 6º, que fala da igualdade entre os filhos independente da origem; e o artigo 227, §§ 5º e 6º, ao dispor que a adoção é uma escolha afetiva e está no plano de igualdade de direitos.

No entanto, é preocupante o tratamento dado à face de dever jurídico da afetividade, tendo em vista que os fatos signo-presuntivos de natureza material suplantam os fatos signo-presuntivos de natureza psicológica – ou seja, embora o Direito Civil Constitucional e, conseqüentemente, o Direito de Família prezem pela efetivação dos valores existenciais –, na consideração da afetividade há predomínio do aspecto patrimonial sobre o existencial. Manifestação disso é, relativo aos julgamentos de responsabilidade civil por abandono afetivo, o entendimento de que o dever de cuidado compreende apenas aqueles decorrentes da assistência material (sustento, guarda e educação), de modo que a afetividade não é sequer considerada, aparecendo apenas residualmente, conforme se observa no REsp 1087561/RS: caso em que o pai possuía condições materiais de cumprir com o seu dever de cuidado, mas não prestou assistência ao filho, de modo que o não proporcionamento de condições dignas de sobrevivência causou-lhe danos à integridade física, moral, intelectual e psicológica, ficando configurado tão somente o abandono material. Desse modo, conclui-se que a questão psicológica só ganha importância quando decorrente da ausência de assistência material, considerada, portanto, como elemento secundário do principal.

Fato é que tal posicionamento interfere no desenvolvimento da personalidade e dignidade dos filhos menores, os quais ocupam o lugar central das relações familiares, uma vez que o número de divórcios cresce a cada ano. Dentre as estatísticas mais recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referentes ao registro civil, apenas as do ano de 2019 apresentam os dados dos divórcios com filhos menores. Assim, em 2019, foram apurados 383.286 divórcios concedidos em 1ª instância ou por escrituras extrajudiciais, conforme dados do IBGE (2019, p. 6):

Figura 2 – Divórcios judiciais concedidos em 1ª instância, por tipo de arranjo familiar



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2009/2019.

Observa-se que 45,9% dos divórcios (aproximadamente 175.928) foram em famílias somente com filhos menores e 7,5% (aproximadamente 28.746) em famílias nas quais havia filhos menores; e embora a guarda compartilhada seja regra, conforme a redação do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil, introduzida pela Lei 13.058/14, apenas em 26,8% dos casos se deu assim, sendo a maior parte da guarda de responsabilidade apenas da mãe. Há, portanto, uma mudança de família nuclear para outras modalidades familiares, como as provenientes de recasamentos e as monoparentais.

É sobretudo nesse cenário que a face da afetividade de dever jurídico deve ser observada, a fim de propiciar ao menor o pleno desenvolvimento de sua personalidade, sobretudo no que diz respeito ao suporte psicológico, tendo em vista que, preponderantemente, só são discutidos também os alimentos. Não pretendo tirar

a sua contribuição, tendo em visto que aspectos materiais são de suma importância, mas proponho que haja a igual importância de aspectos emocionais, considerando sua relevância para o pleno desenvolvimento da sua integridade física e psicológica.

Assim, cabe ao judiciário discutir, prezar e fiscalizar – dentro das especificidades de cada caso –, com igual importância, a ação e convivência entre pais em filhos, a fim de garantir, para além do mero cumprimento da lei, ao menos quanto à afetividade – expressão de cuidado e suporte –, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social, e estar, portanto, em sincronia com a realidade social, pois é dela que vêm as demandas.

Para finalizar, destaco o citado pela Ministra Carmen Lúcia no julgamento sobre a multiparentalidade no Supremo Tribunal Federal: “amor não se impõe, mas cuidado sim, e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável” (STF - RE 898060, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Luciana. **Gestalt-terapia com crianças: teoria e prática**. 2. ed rev. atual. São Paulo: Summus, 2014. Formato ePub.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARONNE, Ricardo. Sistema Jurídico e Unidade Axiológica. Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Vol. 2 (2013), nº. 1, p. 73-113. ISSN 2182-7567 versão online. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/01/2013_01_00073_00113.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.

BASAN, Arthur Pinheiro; DE OLIVEIRA, Andressa Rodrigues Ferreira. A Responsabilidade civil por abandono afetivo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí**, ISSN 2317-918X, v. 7, n. 2, p. 9-30, jul/dez 2020.

BODIN de MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Brasil, v. 1, p. 59-73, 1991. Disponível em: <http://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%200Celina.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BODIN de MORAES, Maria Celina. A família democrática. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 13-14, p. 47-70, 2005. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BODIN de MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo - Estruturas e função das famílias contemporâneas. **Pensar (UNIFOR)**, v. 18, p. 587-628, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2705>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, nº 29, jul/dez 2006, p. 233 a 258, jul/dez. 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência. **Civilistica.com**, v. 8, n. 2, p. 1-7, 8 dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.285, de 25 de outubro de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.583, de 16 de outubro de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 470, de 12 de novembro de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Brasília: Senado

Federal, 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 24 jan. 2022.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no Direito do Trabalho. In: **Entre Aspas**. A Revista da Unicorp, p.138-153, 2020.

DE CARVALHO, Dimas Messias. Parentalidade Socioafetiva e a efetividade da afetividade. Anais do XI Congresso Brasileiro de Direito de Família (2014: Belo Horizonte, MG). **Família: pluralidade e felicidade**. Coordenadores: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. - Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

IBGE. **Estatística Registro Civil**. Rio de Janeiro, v. 46, p. 1-8, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2019_v46_informativo.pdf. Acesso em: 03 fev. 2022.

LOBO, Paulo. Direito Civil Constitucional. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 2, n. 13, 19 jun. 2017. ISSN 1678-2933 versão online. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2683>. Acesso em: 14 dez. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-9019-0 versão online. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990206/>. Acesso em: 14 dez. 2021

SCHEREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.09-28. ISBN 978-85-950-05-16-5 versão online.