

**O PROBLEMA DO AFETO NO DIREITO DE
FAMÍLIA: O AFETO COMO VÍNCULO
OBJETIVO CONSTITUTIVO E DISTINTIVO DE
PERTENCIMENTO À ENTIDADE FAMILIAR**
*THE PROBLEM OF AFFECTION IN FAMILY LAW: THE
AFFECT AS A LINK OBJECTIVE CONSTITUTIVE
DISTINCTIVE OF THE FAMILY ENTITY*

*Leonardo Macedo Poli*¹

PUC Minas

*Giulia Miranda Corcione*²

PUC Minas

Resumo

Partindo da indenização por abandono afetivo, analisam-se neste texto duas perspectivas sobre o afeto: o sentimento e o dever de cuidado. A revisão das duas correntes leva à necessidade de fundamentar uma nova perspectiva que acolha a complexidade das relações familiares contemporâneas: o afeto enquanto vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar. A afetividade passa a ser entendida como o elemento necessário à constituição de família e à distinção desse tipo de relação frente a outras. Serão analisadas as teorias da causalidade adotadas no Brasil e na Itália, para avaliar a que melhor se aplica ao caso mencionado. Distinguem-se também os danos moral e existencial, para verificar qual deles é incidente em situações de abandono parental. Numa abordagem interdisciplinar, reavalia-se o princípio da afetividade e sua abordagem no ordenamento jurídico atual. Conclui-se que a subjetividade do afeto é inelidível e, por si mesmo, não pode constituir elemento gerador de direitos ou deveres. Postula-se então que os componentes de um grupo social têm autonomia para reconhecer o afeto como constituinte de sua relação, atribuindo-lhe constância

¹ Doutor em Direito Civil pela UFMG. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor do programa em pós-graduação *stricto sensu* em Direito na PUC Minas. Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado.

² Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Família Aplicado pela PUC Minas. Advogada.

tal, que se expresse no desejo mútuo de manter sua pertença e fortalecer sua vinculação recíproca. Esse ato de nomeação pelo qual tal grupo, em razão de seu afeto, se percebe como família é uma forma de objetivação suficiente para que o direito recupere, no afeto autodeclarado, seu objeto de intervenção.

Palavras-chave

Afeto. Abandono Afetivo. Vínculo constitutivo e distintivo da família. Direito de Família.

Abstract

Starting from the compensation for affective abandonment, we analyze in this text two perspectives on the affection: the feeling and the duty of care. The revision of the two currents leads to the need to base a new perspective that receive the complexity of contemporary family relations: affection as a distinctiveness constituent bond of family entity. The affectivity becomes understood as the necessary element to the constitution of family and to the distinction of this type of relation with others. Theories of causality adopted in Brazil and Italy will be analyzed to estimate the one that best applies to the case mentioned. Moral and existential damages are also distinguished, to verify which one is incident in situations of parental abandonment. In an interdisciplinary approach, the principle of affectivity and its approach in the current legal system are reassessed. It is concluded that the subjectivity of affection is impossible to suppress and, in itself, can not constitute a generating element of rights or duties. It is postulated that the components of a social group have the autonomy to recognize affection as a component of their relation, attributing to it such constancy that it is expressed in the mutual desire to maintain their belonging and to strengthen their reciprocal attachment. This act of designation by which such a group, by reason of its affection, perceives itself as a family is a form of create sufficient objectivity for the law to recover, in self-declared affection, its object of intervention.

Keywords

Affection. Affective Abandonment. Distinctiveness family constituent bond. Family law.

INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta a interpretação jurídica que tem se formado acerca do afeto e discute se a indenização monetária – arbitrada em desfavor de um dos genitores por haver abandonado afetivamente o filho – tem tido motivações coerentes com a complexidade das relações familiares contemporâneas.

O debate atual sobre o tema aponta problemas que surgem ao se impor condenação ao genitor. Em razão disso, será discutido neste texto se, ao favorecer a parte autora na demanda, não seria gerado um confronto com outros institutos jurídicos essenciais para avaliar o tema, como a teoria da responsabilidade civil.

Para discutir essa ambiguidade serão analisadas as duas correntes atuais sobre o tema: o afeto como sentimento e como dever de cuidado. O objetivo que se pretende alcançar é o de problematizar a aplicação do princípio da afetividade. Dever-se-ão investigar a validade e a pertinência da hipótese segundo a qual, no ato de se limitar a interpretação desse princípio às duas correntes sinalizadas, outras garantias consolidadas constitucionalmente podem estar sendo feridas, como o direito à liberdade e à autonomia privada de quem pretende formar família.

Mesmo em uma primeira análise já se pode inferir que um dos pressupostos da “monetização do afeto” é a suposição de que, tendo havido abandono afetivo, necessariamente segue um prejuízo moral ao filho. Várias questões teórico-práticas surgem daí, entre elas a da possibilidade de mensuração desse suposto dano e a efetividade de sua conversão em um valor monetário a ser indenizado.

É justamente esta última questão um dos objetos a serem estudados no âmbito deste trabalho. Elegem-se, como *corpus* para esta reflexão, os conceitos de dano existencial, tal como elaborado pela doutrina italiana, e de nexo causal provável, oriundo de estudos norte-americanos no ramo do direito do trabalho.

Buscar-se-á problematizar se as justificativas trazidas pelas duas correntes paradigmáticas (o afeto como sentimento e como dever de cuidado) consideram as peculiaridades dos termos mencionados acima na conceituação de afetividade.

Outra questão teórico-prática a ser apontada são a amplitude e o alcance da ação estatal para intervir na esfera, a rigor, estritamente privada dos sujeitos envolvidos. Pretende-se demonstrar a adequação de uma nova construção teórica sobre o princípio da afetividade, entendido como um comando de ação direcionado ao Estado, e não à sociedade.

Deduz-se que, ao compreender o afeto como vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar, caberá ao Direito o reconhecimento e a proteção dos agrupamentos humanos que se reconhecem unidos pela afetividade como forma de família. De acordo com esse entendimento, o afeto continua sendo elemento relevante nas relações familiares, mas, desta vez, como pressuposto fundamental para a constituição e distinção desse formato em face das demais espécies de relações existentes.

A complexidade do problema aqui delineado exige que se superem as fronteiras das Ciências Jurídicas, aproximando-as de outras abordagens. Entende-se que a Filosofia, a Psicanálise e a Sociologia – particularmente com a adoção da perspectiva histórica e genealógica com que Jung, De Masi e Bauman, entre outros, compreendem o devir das instituições sociais – podem fazer cintilar aspectos relevantes para o debate jurídico sobre a reconstrução do princípio da afetividade conforme a realidade familiar contemporânea.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Engels³ discorre sobre relações de parentesco em diversas tribos ao redor do mundo. Cita, por exemplo, os tamilas do sul da Índia e os senekas-iroqueses do Estado de Nova York que, até os dias de hoje, reconhecem mais de duzentas formas de parentesco. Nesses grupos, o critério para definição de família não é a consanguinidade. A razão para incluir alguém como parte da família, em tais casos, é histórico-cultural.

Em meio a tamanha diversidade, existem, no entanto, grupos em que a consanguinidade é critério de conformação familiar, à

³ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

semelhança do que se verifica também na sociedade ocidental moderna. Segundo Engels, havia tribos de índios da América em que as relações de parentesco tinham o formato que – tal como hoje – dá como modelo a união de um pai, uma mãe e um ou mais filhos conectados pela consanguinidade.

Diante disso, emerge a constatação de 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. Tendo discorrido sobre um 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 radicalmente⁴.

Engels constatou que o sistema de parentesco legado historicamente a 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

⁴ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 30.

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.

Engels constata que, em diferentes partes do Planeta, a ideia de família varia de acordo com a cultura e com a época da qual se fala. Nota-se, pelos estudos do autor, que o tratamento dado a cada um dos membros na relação familiar está diretamente ligado à cultura de 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.

Embora Engels estivesse analisando, especificamente, grupos sociais do século XIX, a realidade das famílias de que ele tratava (composta por mais de um pai e/ou de uma mãe) guarda semelhanças com a família multiparental, hoje tão comum no Brasil. 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, tal como se discutirá posteriormente neste artigo.

Partindo da ideia proposta pelo referido autor, pretende-se traçar nesta seção alguns apontamentos, sob perspectiva histórica e comparativa, da família clássica à contemporânea (também chamada de eudemonista). A trajetória assim delineada é indispensável para a estratégia metodológica que aqui se pretende empregar. 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.

1.1 Transformações do modelo clássico de família

Como apontado por Engels⁵, a realidade das famílias se constrói de acordo com a cultura da qual sofre influência direta. Por essa razão, ao considerar que a família brasileira do Código Civil de 1916 teve influência canônica e romana, ela foi moldada de acordo com os valores presentes nesses modelos: a estrutura representada pela figura jurídica romana do *pater familias*, a qual foi em certa medida incorporada à concepção cristã já nos últimos séculos da Antiguidade, estendendo-se posteriormente pela Idade Média.

A família característica do período romano era constituída unicamente pelo matrimônio. Qualquer organização que diferisse desse modelo era discriminada. Dada esta semelhança com o modelo hegemônico no Ocidente contemporâneo, é relevante o breve estudo dessa cultura para compreender a estruturação atual da família na realidade brasileira.

Em um estudo sobre os princípios e regras que governaram as sociedades gregas e romanas, Fustel de Coulanges⁶ traçou, dentre outras questões, a trajetória cultural desses dois impérios trazendo as principais características que marcaram sensivelmente a realidade das famílias. Segundo o autor, no que tange à realidade romana, a religião era cultuada dentro de cada lar e não existiam regras a serem seguidas pelas famílias que não fossem aquelas estabelecidas pela figura paterna. Naquela época, o pai ou marido acumulava as funções de chefe político, sacerdote e juiz e por isso acabava por exercer o poder sobre todos os demais membros da família. Foi nesse contexto que surgiu a expressão *pátrio poder*.⁷

⁵ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

⁶ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

A família romana não se fundava no afeto ou no parentesco, entendido como geração biológica. A preocupação girava em torno da religião e, assim, o afeto poderia ou não estar presente entre as pessoas que faziam parte do núcleo familiar. Por essa razão não ocorria a interferência da relação afetiva em questões jurídicas. O pai pode “amar a filha, mas não pode legar-lhe os bens”.⁸

Na cultura romana a primeira instituição – que acabou por se impor como obrigatória – foi o casamento. Foi criada com o objetivo de dar continuidade à família, por meio do nascimento de um filho varão.

O casamento era, portanto, obrigatório. Não tinha por fim o prazer. Seu objetivo principal não estava na união de dois seres mutuamente simpaticizantes 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.⁹

O nascimento do filho era importante por uma questão de conservação ritual, considerando-se que a religião deveria ser transmitida de geração em geração. Os filhos que eram fruto da relação extraconjugual 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 origem¹⁰. É importante salientar que:

⁸ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

⁹ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

¹⁰ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

[...] 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 [...].¹¹

Outra questão que ressaltava o grau hierárquico nas famílias romanas era a possibilidade de dissolução do matrimônio em razão da esterilidade da mulher¹². Em tal caso a mulher era considerada culpada por não permitir a perpetuação do culto e, por essa razão, parecia justo que o casamento pudesse ser anulado. No caso da esterilidade masculina, o caminho era outro: a mulher seria obrigada a se relacionar com um irmão ou outro parente do seu marido para que o filho resultante da relação pudesse ser considerado como legítimo para propagar o culto. Esse formato vedava à mulher pedir o divórcio.¹³

Conforme mencionado, o Brasil conserva traços análogos àqueles da cultura romana. Conforme preconiza o Código Civil de 1916, somente poderia ser considerada família aquela constituída pelo matrimônio. Além disso, o casamento unia os membros da família com o objetivo de adquirir e manter o 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

¹¹ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

¹² FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

¹³ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

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.¹⁴

É possível pontuar que os filhos detinham o importante papel de manutenção da força de trabalho. Tal como ocorria na tradição romana, a posição inferior dos filhos não havidos na constância do casamento permanecia e, conseqüentemente, a eles era impossibilitado o reconhecimento de quaisquer direitos. Nesse cenário, a mulher continuava sendo considerada incapaz para exercer determinados atos da vida civil e sua responsabilidade era limitada ao cuidado do lar e dos filhos.

O contexto em que se produziu o Código Civil de 1916 modificou-se significativamente nas décadas seguintes. Na verdade, já com a ascensão da Revolução Industrial, uma nova realidade começava a valer nos países centrais. A necessidade de mão de obra para realizar atividades terciárias finalmente chegou ao Brasil e, por aqui, essa nova demanda econômica afetou de modo considerável também as contingências sociais. Tal circunstância alterou a configuração das famílias e modificou, principalmente, as ocupações destinadas às mulheres.¹⁵ Outra mudança relevante foi o 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

¹⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p.7.

¹⁵ FIUZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

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.¹⁶

Com a reestruturação do cenário econômico e social, novos direitos tiveram de ser obrigatoriamente incluídos pelo Estado. Com as mudanças sociais operadas após o Código Civil de 1916, a visão discriminatória foi sistematicamente alterada, até o advento do novo Código Civil em 2002.

Outro grande marco que influenciou essa mudança foi a atenuação dos rígidos padrões de moralidade; o afrouxamento dos laços entre a Igreja e o Estado; e o advento da Revolução Sexual, na década de 1960. Nessa época, a mulher passou a reclamar uma posição de igualdade perante o homem, sendo esse um dos primeiros passos para dar a elas alguma garantia de direitos.¹⁷

Atualmente nota-se que a busca pela felicidade fez surgir novas modalidades de família anteriormente não admitidas. Jane Justina Maschio 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

¹⁶ FIUZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p.236.

¹⁷ FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 944.

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.¹⁸

Com o advento da Constituição Federal de 1988, privilegiaram-se os membros das relações familiares em detrimento dessa instituição em si mesma. Assim, a busca pela felicidade individual dos membros da família passou 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.¹⁹

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 pluralidade de famílias, denominada de eudemonista, tem ganhado cada vez mais reconhecimento jurídico e social, como será abordado no tópico a seguir.

¹⁸ MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, v. 7, n. 55, 2002.

¹⁹ 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, vol. 23, p. 5-21, abr./maio, 2004, p.15.

1.2 Família eudemonista

Segundo Dias, “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”.²⁰

Parece oportuno mencionar a obra *Os complexos familiares*, escrita por Lacan em 1938, para introduzir o tema. Embora não seja ali utilizado o termo eudemonismo para descrever o instituto familiar, Lacan²¹ define a família como sendo da ordem da cultura, sem nenhuma fundamentação biológica. Quando a família transmite estruturas de comportamento e de representação para seus membros, ela o faz por meio da cultura. O fator cultural que influencia a família é chamado por Lacan de *complexo*. Para ele,

[...] 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.²²

Seria impossível entender o homem fora da cultura, porque ela introduz a família como a dimensão específica na realidade social e na vida psíquica. Nas palavras do próprio autor, “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

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 55.

²¹ LACAN, Jacques. *Outros escritos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p.9.

²² LACAN, Jacques. *Outros escritos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p.9.

cultura”.²³ Nota-se uma evidente prevalência da relação construída culturalmente, pelo livre interesse das partes envolvidas, sobre relações que existem a partir de vínculos biológicos. Ele destaca a adoção como exemplo do vínculo criado pela escolha pessoal e cultural dos membros da família. O afeto possui importância significativa para a manutenção do vínculo familiar.

Embora no âmbito do Direito esta não seja a única vertente, na forma como atualmente vem sendo discutida a noção de família há uma tendência a conferir maior proteção aos vínculos afetivos, num movimento conceitual similar ao que acaba de ser descrito. Ainda assim, apesar de ser juridicamente reconhecida hoje, a parentalidade socioafetiva, por exemplo, não enfraquece ou desconstitui outras modalidades de filiação. Ao contrário, esse tipo de filiação é um critério a mais, reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro como passível de tutela jurídica.

É nesse contexto que aqui se propõe uma reflexão sobre a teoria tridimensional de Welter²⁴, que aqui servirá de aparato argumentativo para tratar como a compreensão do ser humano ultrapassa apenas a percepção biológica de ser. Para o autor, o ser humano depende do comportamento do mundo das coisas (“mundo genético”); pelo modo de ser em família e em sociedade (“mundo (des) afetivo”); e pelo próprio modo de relacionar-se consigo mesmo (“mundo ontológico”). Nesse sentido, compreende-se que o ser humano não existe só; a existência se dá num “interjogo” dessas existências biológica, afetiva e ontológica. Segundo Welter²⁵, o ser humano é afetivo ou desafetivo, pois está

²³ LACAN, Jacques. *Outros escritos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 7-8.

²⁴ 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.

²⁵ 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, p. 135.

inserido dentro da universalidade e facticidade das relações sociais do mundo em família.

De certa forma, a perspectiva do autor encontra consonância na afirmação de Almeida e Rodrigues Jr.²⁶, segundo a qual houve uma superação dos vínculos limitados a critérios biológicos como os únicos capazes de serem entendidos como verdadeiros reconhedores das relações paterno-filiais.

Nesse mesmo sentido, Villela que, muito à frente da realidade social e familiar na qual vivia, em uma conferência pronunciada em 9 de maio de 1979 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, faz uma reflexão acerca a *Desbiologização da paternidade* e que se coaduna com a construção aqui proposta. Seguindo o professor,

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.²⁷

O autor pretendeu demonstrar como a paternidade precisa ser fruto de uma autodeterminação e que o afeto é elemento

²⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p.354.

²⁷ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Conferência pronunciada em 9 de maio de 1979 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em Curso de Extensão sobre o direito do menor. *Revista da faculdade de Direito*, Belo Horizonte, v. 27, p. 400-418, n. 21, mai., 1979, p. 415-416.

fundamental para a construção do vínculo entre duas pessoas que se reconhecem como família. Villela²⁸ aponta a adoção como exemplo, na medida em que é um resultado de um impulso da paternidade e que poderá aproximar duas pessoas que pretendem complementar sentimentos. Tal proposta figura-se como mais um aspecto fundante do entendimento acerca da família eudemonista, ainda hoje vigente.

Além disso, como salienta Lôbo, o afeto passou a ser elemento caracterizador e perpetuador das entidades familiares após o advento da Constituição Federal 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.²⁹

Parece evidente que a afetividade é o elemento caracterizador das relações familiares, justificando, inclusive, o favorecimento de questões existenciais fundadas na proteção de cada um dos membros da família. Tal raciocínio vem sendo utilizado para julgar superado o entendimento de que a proteção à família decorre da necessidade de proteção do patrimônio.

Atualmente, a presença de um vínculo afetivo capaz de unir as pessoas com identidade de projetos de vida e de propósitos

²⁸ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Conferência pronunciada em 9 de maio de 1979 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em Curso de Extensão sobre o direito do menor. *Revista da faculdade de Direito*, Belo Horizonte, v. 27, p. 400-418, n. 21, mai., 1979, p. 416.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*.

converte-se no instituto que distingue a família, colocando-a sob o manto da juridicidade. Segundo Viegas e Poli³⁰, o ordenamento jurídico brasileiro tem a família eudemonista como modelo, ou seja, a família passa a ser o *locus* privilegiado para garantir a dignidade e a realização humanas.

Deixa-se entrever, portanto, a tendência de se considerar o afeto como um fato gerador da família. Na presente reflexão, essa hipótese de leitura servirá logo mais como marco relevante para a defesa da pluralidade e das famílias atípicas. Com a exaltação da afetividade, na qualidade de critério constitutivo das relações familiares, pretende-se constituir uma percepção jurídica diversa daquelas já estabelecidas. A suposição que embasa tal análise é a de que o instituto do afeto, como princípio jurídico, pode contribuir para a construção do livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros familiares. 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. Entretanto, sua natureza ainda é objeto de discussão pela comunidade jurídica. Questiona-se se a afetividade é princípio ou valor e quais seriam as consequências de se compreendê-la de uma ou outra forma.

Este artigo não se ocupará de discutir o afeto inserido em temas como as relações conjugais ou dos pontos de contato entre esse tema e aquele que foi escolhido como objeto de estudo. Tais tópicos podem gerar novos questionamentos que podem não ser

³⁰ 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, p. 1-10, n. 110, mar. 2013.

relevantes para o objeto aqui pretendido. O objetivo que se pretende produzir como fruto desse trabalho trata-se da avaliação da natureza do afeto para o Direito de Família.

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.

Como discutido a seguir, essa problematização surge ao se analisarem os casos de indenização por abandono afetivo, cuja principal questão é definir se o afastamento paterno-filial provocado por um dos genitores poderia gerar dano à saúde psicológica do filho. Em tais casos, parte da doutrina avalia o alegado abandono como um fato gerador de responsabilidade civil. Outra parte dos doutrinadores tende a considerar a falta de afeto como uma possibilidade inerente a todas as relações humanas e, por essa razão, não deveria ser compreendida como um problema jurídico.

2 INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Pretende-se discutir neste tópico em quais acepções de afeto se baseia a indenização monetária arbitrada em desfavor de um dos genitores por haver abandonado afetivamente o filho. Tem surgido atualmente um debate que aponta a existência de uma contradição que nasce ao se impor condenação ao genitor. Suspeita-se que, ao favorecer a parte demandante, impõe-se grave lesão ao livre exercício, pelos pais condenados, do direito à liberdade e à dignidade que se pretendem assegurar aos filhos.

Essa ambiguidade surge quando não são tratados como idênticos a demanda por afeto e o direito de ser assistido. Os críticos ao emprego do princípio da afetividade recusam o senso comum que dá por resolvido que o afeto é obrigação dos pais e direito dos filhos. Ao mesmo tempo, contrapõem-se à concepção que trata as

relações familiares como portadoras de natural evidência. Julgam que tal naturalização tem servido, reiteradamente, como base para decisões judiciais que obrigam pais considerados ausentes a repararem aos filhos os supostos danos causados pelo alegado abandono afetivo.³¹

Um dos pressupostos da “precificação do afeto” é que, quando comprovado o abandono afetivo, constata-se necessariamente um prejuízo moral ao filho. A dificuldade em mensurar o suposto dano e a efetividade da sua conversão em um valor monetário a ser indenizado é um dos problemas a ser enfrentado. Importa demarcar, todavia, que a problematização aqui sugerida não se confunde nem implica qualquer questionamento à obrigatoriedade de reparação de cunho material para fins alimentícios, exigível nos casos em que um dos genitores encontra-se fora do convívio diário com o filho. A assunção disso como um postulado necessário, no entanto, não elimina a obrigatoriedade de se apurar a existência de nexos entre a conduta e o tipo de dano supostamente provocado. Tal correlação causal parece indispensável ao se avaliar a pertinência de se aplicar indenização por abandono afetivo.

Com o questionamento da naturalização do afeto, outro entendimento jurídico acerca da afetividade passa a ser requerido. Por esse motivo toma-se como ponto de partida, na análise das duas correntes paradigmáticas sobre o tema, a revisão do caráter do afeto. Este será o tema da próxima seção. Tal debate é necessário para a fundamentação de uma proposta de concepção do afeto enquanto vínculo de pertencimento, nos moldes que, neste texto, se pretende afirmar.

2.1 Afeto: princípio ou valor?

³¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

Em decorrência do que ficou dito acima, configuram-se duas maneiras de entender o afeto. Tende-se, por um lado, a um reconhecimento do afeto como sentimento e, enquanto tal, não seria exigível nem tampouco sua falta poderia justificar uma demanda de reparação. Na contramão dessa perspectiva, outros entendem que o afeto é um dever de cuidado e, portanto, deveria ser tratado como um elemento gerador de responsabilidade civil. Neste último caso, sua falta seria passível de cobrança de indenização. Para compreender ambas as perspectivas, é relevante que se distingam princípio e valor.

As normas jurídicas são um gênero que tem em sua composição duas espécies: as regras e os princípios. No que diz respeito ao modo de aplicação de cada um deles, tem-se a percepção de que as regras se aplicam na modalidade tudo ou nada. Já os princípios costumam indicar um fim, que destina ao intérprete o papel de ponderá-los no caso concreto. Daí se dizer, tal como faz Alexy que os princípios são “mandados de otimização”. Segundo esse autor, os princípios “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”³².

Os valores, por outro lado, estão atrelados a conceitos de bom ou mau e podem, em grande parte das vezes, não possuir força jurídica, pois não são capazes de impor obrigações. Para Galuppo³³, “se norma é um comando, valor é antes um conselho”.

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

³³ 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, p. 191-210, n. 143, jul./set. 1999, p. 197.

Segundo Lima e Sá³⁴, não seria possível ponderar valores no âmbito normativo, pois isso implicaria retratar a subjetividade da questão e, em caso de concorrência entre valores, tornar-se-ia impossível determinar a partir de qual deles seria feita a abordagem do caso:

assim, o problema do procedimento axiológico de interpretação e aplicação do Direito está na subjetividade e imprevisibilidade de sua utilização. As tentativas de se estabelecerem critérios objetivos para a aplicação jurídica de valores não conseguem negar a fluidez subjetiva do próprio elemento valorativo trabalhado. Ponderar valores é admissível no campo da Moral, mas não no âmbito do Direito, pois qual o valor a ser escolhido?³⁵

Dessa discussão conceitual se infere que, na atualidade, vêm se consolidando duas percepções. A primeira considera o afeto como princípio jurídico e, neste caso, ele se converte em um dever de cuidado; para a outra visão, o afeto é um valor social, desprovido de caráter jurídico. Tem sido frequente a designação metonímica desta segunda forma como “acepção romântica”. Será analisada, a seguir, a defesa que comumente é feita de cada uma dessas perspectivas.

2.2 Afeto como valor social

Almeida e Rodrigues Jr.³⁶ defendem que a afetividade pode se tornar um elemento constitutivo das relações familiares, mas ainda assim não pode ser imposta para que não se perca a característica

³⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

³⁵ LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p.26.

³⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

de espontaneidade. Nas palavras dos autores, o afeto “é uma franca disposição emocional para com o outro e não tolera variações de existência: ou há ou não há; e, tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico”. Por essa razão, seria inviável caracterizar o afeto como princípio, pois “o caráter de juridicidade, o cunho normativo-imperativo, está relacionado às consequências que a presença do afeto, na construção das relações familiares, pode gerar”.³⁷ Nota-se, portanto, que, na perspectiva desses autores, o afeto tem um caráter valorativo, porque pode ou não estar presente nas relações familiares.

Dentre os doutrinadores que tratam a afetividade como valor moral ou como sentimento, também é possível destacar Farias e Rosenvald³⁸, que defendem que, apesar de o afeto ser um elemento relevante no Direito de Família, ele não deve ser interpretado como princípio. Se o afeto fosse compreendido dessa forma, passaria a obrigar ou vincular os sujeitos de uma determinada relação. Para os autores não é razoável que o Direito obrigue uma pessoa a ter afeto por outra. Portanto, o afeto é entendido como um sentimento humano e, como tal, é espontâneo.

Argumenta-se, ainda, que a interferência exacerbada do Estado na autonomia privada dos cidadãos poderia gerar efeito diverso do pretendido, como estremecer ainda mais uma relação que, por vezes, não foi fundada por um ato de liberalidade dos envolvidos. Assim, entendem Almeida e Rodrigues Jr.³⁹ que não cabe ao Direito utilizar-se de meios coercitivos para interferir em relações familiares em que não existe afeto:

³⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p. 43.

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Salvador: jus Podivm, 2014, p. 64.

³⁹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

[...] 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.⁴⁰

Feitas as considerações sobre a perspectiva que considera o afeto um valor e sinônimo de sentimento é necessário traçar o viés que o considera dotado de força normativa e, dessa forma, como um dever de cuidado.

2.3 O dever de afeto

A perspectiva até então consolidada, que caracterizava o afeto como sentimento, gerou uma diminuição no número de decisões que arbitravam indenizações por abandono afetivo. O fundamento se baseava no critério de que não caberia ao Estado o poder de obrigar uma pessoa a amar uma outra.

No entanto, em 2012, essa acepção passou a ser questionada em um julgamento (REsp n. 1.159-242/SP62) da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando a ministra Nancy Andriighi proferiu uma decisão que vem sendo replicada no julgamento de questões similares. A fundamentação da relatora foi acatada posteriormente por vários juristas e passou a interferir severamente no tratamento do instituto da afetividade.

⁴⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p. 557.

Trata-se do caso de uma mulher que alegou não haver recebido afeto de seu genitor durante sua infância e juventude. A ação foi julgada improcedente pelo juízo de origem, com a alegação de que a aproximação do pai com a filha não ocorreu em razão da agressividade da genitora. Entretanto, 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, todavia reduziu o valor da condenação para duzentos mil reais.

No seu relatório, a ministra questionou a percepção do afeto enquanto sentimento ao justificar que a indenização por danos morais no âmbito familiar teria o objetivo de resguardar a integridade da menor pela ausência de cuidado. No decorrer do seu voto, ela tratou de cada elemento constitutivo do instituto da responsabilidade civil e evidenciou a importância do cuidado, declarando-o como valor jurídico, essencial para a formação da personalidade da criança.

O que a relatora chamou de abandono afetivo foi a violação do dever de cuidado previsto no Código Civil. Usualmente esse dever de cuidado é interpretado como aquele de cunho material, mas, segundo a jurista, ele deve comportar uma interpretação ampla para englobar não apenas o cuidado material, mas também o cuidado emocional.

A jurista ainda propôs uma interpretação extensiva de outros deveres dos pais em relação aos filhos, tal como previstos na Constituição e que se assemelham ao dever de cuidado. Ela também afirma que a motivação para amar possui cunho subjetivo e não cabe ao Direito discuti-la, diferentemente daquilo que se aplica ao vínculo biológico e ao dever legal de cuidar. A partir do momento em que esteja demonstrada a omissão paterna, pela ausência de cumprimento do dever de cuidado, constata-se a existência do dano e do nexo causal. A ministra salientou ainda que

a forma mais simples de se verificar o dano decorrente do abandono moral seria por meio de um laudo psicológico que apontasse alguma patologia, vinculada à falta do cuidado paterno.

Conforme mencionado, essa decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça foi acatada por parte da doutrina e passou-se a vincular a afetividade ao dever de cuidado. A conexão proposta pela ministra entre abandono e dano enfraquece a perspectiva do afeto como sentimento e tem dado sustentação a decisões que responsabilizam a figura parental que se afasta da criança e/ou adolescente ou não mantém certo convívio.

Na proposta apresentada pela ministra Nancy Andrighi, a indenização por abandono afetivo se justifica mesmo nos casos em que o genitor fornece o cuidado material, mas não ampara emocionalmente. Desse raciocínio surge imediatamente a questão de como seria possível verificar objetivamente se está ou não ocorrendo o cumprimento desse cuidado. Antecipando-se a semelhante interpelação, na decisão da ministra, a presença do genitor junto à criança ou adolescente parece ser entendida como o critério a ser observado. Por oposição lógica, de acordo com essa construção, o abandono afetivo se caracterizaria pela ausência parental na vida da criança e daí o dever de indenização.

Para negar pedidos de indenização por abandono afetivo, a argumentação prevalente no Superior Tribunal de Justiça era a inexistência do dever de afeto. Entendido como sentimento, o afeto seria inexigível. Tal argumento fica ameaçado quando a ministra identifica outro dever previsto no Código Civil, frente ao qual mostra-se possível considerar o abandono como uma violação.

Apesar da relevância e da repercussão jurídicas da decisão analisada até aqui, parece importante apreciar outra maneira de se caracterizar o abandono. Sob a perspectiva adotada neste texto, sugere-se como mais produtivo que o abandono sofrido no caso antes apontado não devesse ser nomeado como afetivo, mas como

emocional. Perceber o abandono emocional como o causador do dano mostra-se mais adequado para fundamentar a responsabilização em caso de ausência parental. Isso porque, a argumentação da jurista não se baseia no afeto como um elemento constitutivo da entidade familiar, mas como um cuidado emocional.

Para alcançar uma demonstração suficiente dessa hipótese aqui levantada é necessário avaliar a questão do nexo de causalidade entre o abalo emocional e o fato que gerou esse dano. Este último é reduzido, no relatório da ministra, ao próprio abandono em si, ficando sem a correta apreciação outros fatos alheios à decisão do genitor condenado, mas que tenham sido decisivos para a constituição do dano. Trata-se, portanto, de problematizar a causalidade linear que foi usada como argumento para determinar o dever de indenização.

Torna-se indispensável, portanto, perpassar brevemente pela teoria da causalidade⁴¹ adotada no Brasil e nos países de tradição do *common law*, pretendendo-se verificar qual delas seria melhor aplicada aos casos brasileiros. A partir da proposta metodológica acima, pretende-se reavaliar a potencialidade dos dois entendimentos apresentados (afeto como sentimento e como dever de cuidado) e oferecer uma terceira via sobre essa questão jurídica, ao conceber o afeto como vínculo de pertencimento.

Ainda que se entenda pela relevância da discussão sobre os pressupostos da responsabilidade civil⁴², no presente contexto a sua

⁴¹Para compreender o conjunto de teorias da causalidade que já existiram até a atualidade e a respectiva aplicação de cada uma delas em cada país, sugere-se: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 8, p. 115-137, jul./set. 2016.

⁴²Ao introduzir o tema, Tartuço aponta a existência de quatro elementos essenciais para o estudo da responsabilidade civil e, conseqüentemente, do dever de indenizar: a conduta humana, a culpa genérica, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo. Segundo ele, a culpa é elemento essencial da responsabilidade civil. (TARTUÇO, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 360). No presente contexto, discutir-se-á os elementos nexo de

passagem é meramente conceitual e não afetará a nova classificação que se pretende fazer sobre o afeto.

4 AFETO COMO VÍNCULO OBJETIVO CONSTITUTIVO E DISTINTIVO DE PERTENCIMENTO À ENTIDADE FAMILIAR

A discussão conceitual hoje tão presente na comunidade jurídica quanto ao instituto do afeto ocorre no contexto de significativas transformações sociais. Tal revisão de conceitos é potencialmente carregada de graves implicações sobre o modo como a afetividade presente nas múltiplas formas de organização familiar é recebida pela lei. A construção do afeto enquanto vínculo de pertencimento é o projeto desta seção. Trata-se de um esforço para sugerir uma interpretação mais produtiva em relação ao que se alcançou com as duas correntes anteriormente apresentadas.

Pelo que foi trabalhado nos tópicos anteriores, num primeiro momento o afeto foi compreendido como sentimento. Foi por meio dessa construção que ele deixou de ser considerado como um instrumento passível de ser precificado, pois deveria ser entendido como um elemento subjetivo de cada relação e, portanto, variável.

causalidade e dano (moral) com o fim de compreender se a aplicabilidade que tem sido dada ao tema no Direito de Família possui, de fato, cada um desses elementos: “O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. [...] 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. (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 374-375). Sobre o dano moral, pode-se inferir que: “Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade) arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer a determinação de um *preço* para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial [...]. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais [...]. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 409).

Em seguida notou-se que houve uma contraposição a essa construção, caracterizando-se o instituto como um dever de cuidado. Dessa forma, o afeto é percebido como um dado objetivo. Ao desvinculá-lo de uma avaliação axiológica, essa perspectiva torna possível precificá-lo e o afeto deve então ser considerado como uma obrigação legal dos pais.

Apesar das duas perspectivas divergirem, nenhuma delas parece observar a contento a realidade das relações familiares contemporâneas. Ignora-se, por um lado, o pressuposto básico da liberdade de livre constituição e desfazimento das relações familiares, acreditando-se que o afeto seria um elemento obrigatório e permanente. Por outro, qualifica-se o afeto como emoção e o desconecta das reflexões do meio jurídico, entendendo-o como uma questão privada. Se, por um lado, a pluralidade de famílias que carece de reconhecimento é ignorada, por outro, desqualificam-se os vínculos iniciados pelo laço afetivo e que também se extinguem quando esse elemento deixa de existir.

Por todas as razões expostas pretende-se questionar tais posicionamentos contrapondo-os com a nova perspectiva a seguir delineada.

4.1 Afeto como vínculo de pertencimento

A teoria proposta neste tópico, como dito, pretende apontar contradições existentes nas duas correntes estudadas. Também serão avaliados institutos que ainda carecem de estudos mais aprofundados e que serão relevantes para a nova proposição. Como estratégia metodológica, a discussão será mantida estritamente no âmbito da afetividade para tratar das teorias da causalidade e sobre a questão do dano.

4.1.1 As teorias da causalidade

Atualmente, no Brasil, adota-se a teoria da causa direta e imediata, conforme dispõe o artigo 403 do Código Civil: “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”. Essa teoria considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva. Pretende-se restringir a relevância do comportamento humano aos acontecimentos que estiverem mais próximos do dano ou prejuízo – relação de causa e efeito direta.

Em sendo aceita essa proposição, dever-se-ia colocar imediatamente em questão a possibilidade de se aplicar tal teoria da causalidade ao abandono afetivo. Com efeito, admitindo-se a existência do abandono, não está suficientemente estabelecido que tenha havido uma relação direta e necessária entre abandono e trauma psíquico. Essa seria uma questão a ser apurada, ao passo que na perspectiva acima analisada, isso é naturalizado como um fato não passível de discussão.

O problema encontrado na aplicação dessa teoria in concreto reside na impossibilidade de dizer exatamente que o abalo existencial decorra do abandono. Há uma semelhança na abordagem deste problema com aquela reflexão experimentada por Facchini Neto⁴³ quando trata da relativização do nexo de causalidade e da responsabilização da indústria americana do fumo. O autor discute a substituição da causalidade pela probabilidade. Tal associação com o presente tema mostra-se relevante para averiguar se, aos casos brasileiros, tem sido aplicada a teoria da causalidade direta

⁴³ FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo; a aceitação da lógica da probabilidade. *Revista Civilística.com*. Rio de Janeiro, v. 5, p. 1-41, n. 1, 2016.

prevista no ordenamento, ou se na prática forense tem se evidenciado uma construção diversa.

Ao discorrer sobre os teóricos que defendem essa nova construção, Facchini Neto⁴⁴ trata das razões da decadência do princípio da causalidade e do surgimento de uma percepção mais voltada à probabilidade. De acordo com a teoria probabilística, um determinado acontecimento pode não produzir um determinado efeito, mas aumenta significativamente a probabilidade de que ele aconteça.

Facchini Neto cita a doutrinadora italiana Marta Infantino, segundo a qual as *teorie probalistiche* evitam “que uma obscuridade probatória sobre os acontecimentos resulte sempre em julgamento desfavorável ao autor”⁴⁵. Por esse raciocínio, 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”.⁴⁶

Tal reflexão remete à defesa feita pela Ministra Nancy Andrighi já tratada em tópico anterior. Ao associar-se a ausência do cuidado devido com o abandono afetivo e, em seguida, como fator gerador de responsabilidade civil, entendeu-se que aquele dano seria passível de ser indenizado. Nota-se, portanto, o emprego de uma dedução probabilística, visto não ser possível afirmar naquele caso, de forma cabal, que a ausência paterna gerou um abalo emocional na vida da filha. Diferentemente disso, seria possível inferir, no máximo, apenas a existência de uma probabilidade de que o dano

⁴⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo; a aceitação da lógica da probabilidade. *Revista Civilística.com*. Rio de Janeiro, v. 5, p. 1-41, n. 1, 2016.

⁴⁵ INFANTINO, Marta. *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*. Studio di diritto comparato. Napoli: ESI, 2012, p. 115ss.

⁴⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo; a aceitação da lógica da probabilidade. *Revista Civilística.com*. Rio de Janeiro, v. 5, p. 1-41, n. 1, 2016.

provocado na vida da filha tenha sido uma consequência daquela ausência paterna.

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.

Comparativamente, é possível ilustrar esse contexto considerando as ações promovidas contra a indústria do tabaco nos Estados Unidos. É comum que sejam processadas tais indústrias, porque a teoria da causalidade provável é aplicada no país. Dessa forma, apesar de não ter sido possível provar, por exemplo, que determinada pessoa morreu porque fumava, apenas a probabilidade de o fumo ter aumentado a chance de aquela pessoa desenvolver a doença que causou sua morte é considerada suficiente para gerar o dever de indenizar.

Há, portanto, certa analogia em razão da qual se pode afirmar que, no Brasil, já tem incidido a teoria da causalidade provável no trato dos casos de abandono afetivo. Tomando tal constatação como premissa, na sequência será feita uma reavaliação sobre o tipo de dano possivelmente existente nesses casos. Para isso, serão apontadas as características que configuram a existência do dano moral e do dano existencial para se avaliar qual desses seria o mais adequado.

4.1.2 O problema do dano existencial e moral

A corrente que define o afeto como um dever de cuidado entende o abandono afetivo como gerador de um dano moral. Nesse caso, restaria determinar a razoabilidade de tal inferência ou se seria mais

pertinente interpretar a ausência paterna ou materna como geradora de um dano existencial na vida do filho.

Os tribunais costumam caracterizar a primeira dessas formas de dano como um abalo moral extraordinário. No entanto, muitas das ações relativas ao abandono afetivo têm encontrado obstáculo nesse ponto, dado que, por vezes, é até possível comprovar a existência de trauma psíquico ou emocional, mas nem sempre se chega a estabelecer inequivocamente um nexo de causalidade entre a conduta do pai ou mãe e o trauma do filho.

A tese que aqui se propõe vai, portanto, na direção do dano existencial a ser indenizado. Para firmar-se, porém, essa proposta necessita do auxílio de um modelo conceitual já construído jurisprudencialmente no âmbito do direito do trabalho italiano e que se espera utilizar, por solidariedade e analogia, para tratar desta questão mais específica do Direito de Família. Nesse processo, dois passos serão dados. Primeiramente, faz-se uma leitura de *O ócio criativo*, de Domenico De Masi⁴⁷ para contextualizar o dano existencial na perspectiva das condições de trabalho. A seguir, explora-se o tratamento reservado a esse tema no código civil italiano.

As transformações socioeconômicas discutidas por De Masi⁴⁸ explicitam as condições em meio às quais surgiria, anos mais tarde, a teoria do dano existencial. Sua reflexão associa o processo histórico de revolução tecnológica à emergência de uma nova percepção sobre o tempo livre. Este pode ser entendido como um novo direito ao qual o trabalhador passa a ter acesso. Segundo De Masi,

⁴⁷ DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

⁴⁸ DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 299.

[...] 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.⁴⁹

Para esse autor, a revolução tecnológica possibilitaria que a sociedade evoluísse, suprimindo as mazelas que a revolução industrial legitimou: a exploração do homem pelo homem através do trabalho. Por isso, De Masi acredita que o avanço da tecnologia possibilitaria ao trabalhador ter o controle sobre o seu próprio tempo por meio da recuperação da sua liberdade e do seu tempo livre.

De Masi⁵⁰ faz uma reflexão histórica sobre a mudança estatística do tempo livre das pessoas nos países de economia avançada, percebendo essa alteração como resultante de um processo que atravessa vários séculos. Ele cita estudos da década de 1930 que se preocupavam com a falta de emprego decorrente do incremento da mecanização dos processos de produção. Tais estudos sugeriam a possibilidade de considerável redução nas jornadas de trabalho como medida para enfrentar o desemprego.

Em seguida o autor apresenta uma relevante mudança na percepção sobre o trabalho: este deixa de ser idolatrado como indispensável para que o ser humano se liberte da miséria e passa a representar o que o autor chama de “escravidão psicológica”. De Masi afirma que, em um primeiro momento, o trabalho teria

⁴⁹ DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 15.

⁵⁰ DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

colonizado o tempo livre e que, nos anos futuros, seria o tempo livre a colonizar o trabalho.

De Masi⁵¹ reproduz o provérbio espanhol “*hombre que trabaja pierde tiempo precioso*”, entendendo que quanto mais o homem fosse dono do seu tempo, mais livre seria. Segundo o autor, para resgatar essa liberdade, seria necessário recuperar o tempo utilizado com o trabalho. Por isso, a tecnologia traria facilidades e possibilitaria que o trabalhador investisse menos tempo no trabalho, o que, consequentemente, lhe permitiria gozar de mais tempo ocioso.

Para assegurar ao empregado esse direito ao tempo livre, já havia sido criada, na jurisprudência trabalhista italiana, a noção de dano existencial, 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.

Essa nova categoria passou a ser estudada porque no direito italiano são admitidas apenas duas espécies de dano indenizável praticado contra a pessoa: o dano patrimonial, do artigo 2043⁵² do código civil italiano⁵³ e o dano extrapatrimonial, previsto no artigo 2059⁵⁴ do mesmo dispositivo legal. Na Itália existe a ressalva de que a indenização apenas seria devida se prevista legalmente ou se o dano foi causado por uma conduta criminosa. Por não haver uma

⁵¹ DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 300.

⁵² “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 livre).

⁵³ ITÁLIA. *Codice Civile*. Gazzetta Ufficiale, n. 79, 04 apr. 1942. Disponível em: <<http://www.rcscuola.it/disciplina/ccivile.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁵⁴ “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 livre).

lei que tratasse sobre os casos de dano imaterial, surgiu uma nova classificação: o dano existencial.

Como na Itália, tampouco no direito brasileiro existe explicitamente uma semelhante previsão. Tal tipificação, no entanto, é passível de se realizar por meio de interpretações que permitam determinar juridicamente a reparação para esse tipo de dano. Parte da doutrina brasileira já aponta o dano existencial como verificável 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 de ação de seu empregador.

Posto isso, fica claro que o dano existencial não tem vínculo com qualquer afetação ao patrimônio material do ofendido e não está limitado à existência de dor ou sofrimento, como acontece aos casos em que se configura o dano moral. O dano existencial é aquele que decorre de uma frustração ou de uma projeção que impede a realização pessoal do trabalhador. Ele impõe uma reprogramação e obriga o indivíduo a se relacionar de forma diferente no contexto social.⁵⁵

O que distingue essas duas espécies de dano é que o dano moral tem uma afetação à intimidade do indivíduo (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento) e, por ter dimensão subjetiva, não exige prova da sua existência. O dano existencial, por outro lado, é passível de constatação objetiva.⁵⁶

No mesmo sentido, para Soares,

⁵⁵ BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, p. 1-8, n. 1, jan. 2009.

⁵⁶ BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, p. 1-8, n. 1, jan. 2009.

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 seqüência de alterações prejudiciais no cotidiano, seqüência essa que só o tempo é capaz de caracterizar.⁵⁷

Fica claro pela distinção entre os dois termos que, o dano provocado pelo abandono afetivo (associado ao dever de cuidado) encontra-se melhor identificado como dano existencial. Isso foi constatado por diversos autores que afirmam que o abandono parental em momento crucial do desenvolvimento do filho poderia configurar esse tipo de dano entendido como existencial.⁵⁸

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.

Discutidas as diferenças entre o dano moral e o dano existencial destacam-se razões para uma reavaliação sobre a espécie de dano alegadamente cometido contra os filhos que ingressam com pedidos judiciais de indenização por abandono. Delineia-se aqui o entendimento de que o dano provocado, diferentemente do que

⁵⁷ SOARES, Flaviana Rampazo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 46.

⁵⁸ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*. Paraná, v. 2, p. 26-51, n. 22, set. 2013.

vem sendo proposto, fere a esfera existencial do indivíduo (e não necessariamente a esfera moral) e, por essa razão, seria melhor entendido sob a perspectiva da doutrina italiana.

Observando-se toda a construção feita até aqui, no tópico seguinte pretende-se aprofundar as considerações acerca da nova perspectiva sobre o afeto no âmbito jurídico e fazer a intersecção com os casos em que supostamente há abandono afetivo.

4.1.3 Vínculo objetivo constitutivo e distintivo da entidade familiar

O afeto, para o Direito, não pode se basear em um significado subjetivo. Nos casos em que se avalia a vinculação entre abandono e trauma psíquico, por exemplo, o magistrado não possui meios para identificar a presença de sentimento na relação. O Direito precisa de uma significação objetiva para o afeto, o que é diferente da percepção que o vincula ao sentimento. O sentimento, por seu caráter subjetivo, não constitui fonte em que o ordenamento jurídico possa se basear. 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.

Na concepção que entende o afeto como sentimento resolve-se o problema de dizer por que o afeto não é princípio, mas não se resolve o problema de dizer o que ele é para o mundo jurídico. Posto isso, propõe-se a definição do afeto como vínculo jurídico constitutivo e distintivo da entidade familiar. O afeto seria 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.

Duas pessoas podem morar na mesma casa; pode haver um vínculo entre várias pessoas em uma república de estudantes; ou pessoas

diversas podem ter um mesmo objetivo comum, como o desenvolvimento de uma atividade empresarial; nenhum desses fatores define essas relações como família⁵⁹. Um critério é necessário para se distinguir aquilo que deve ser considerado como família e tutelado pelo Estado e o que seria fruto de outro tipo de relação.

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.

Posto isso, mostra-se necessária a reflexão sobre a definição de afeto no campo do Direito. A compreensão do afeto enquanto vínculo de pertencimento autodeclarado tem a potencialidade de superar problemas práticos e conceituais inacessíveis às outras duas categorizações.

Contudo, o Direito é insuficiente por si só para cumprir semelhante tarefa, mas pode servir-se do apoio de outras ciências na busca de uma solução. Com esse objetivo, recorrendo-se ao conceito junguiano de sincronicidade e à reflexão sociológica de Zygmunt Bauman pretende-se iluminar a complexidade das relações pessoais. Ambos os autores oferecem elementos que permitem apreciar de forma diversa as questões subjetivas que envolvem a correlação entre abandono e dano provocado. Diferentemente de uma

⁵⁹ Nesse mesmo sentido, nas palavras de Correia, “Deve-se desconfiar que haja pessoas que comecem ou mantenham relacionamentos familiares por simples conveniência e, se aí não existe afeto, há de se questionar qual o tratamento jurídico que essas relações devem merecer. O casamento não pode ser anulado por que um dos nubentes, em reserva mental, não sentia efetivamente amor pelo outro, tendo consentido por mera conveniência econômica”. (Correia, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 14. ano 5. p. 335-366. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2018, p. 342).

perspectiva naturalizadora que supõe existir tal correlação direta, tanto Jung como Bauman problematizam uma causalidade linear.

Jung⁶⁰ demonstra que os processos psíquicos não obedecem às mesmas regras dos processos físicos. No caso destes últimos, a teoria da causalidade direta (ou natural) é comumente aplicável, mas não se pode esperar que a mesma regra se cumpra na economia do psiquismo humano. Segundo o fundador da Psicologia Analítica, os processos psíquicos não estão sujeitos a uma teoria de causalidade, mas sim a uma teoria de sincronicidade. Nas suas palavras,

[...] 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.⁶¹

Conforme o autor, pessoas respondem a fatos atuais com estímulos pretéritos, a fatos pretéritos com estímulos atuais e, da mesma

⁶⁰ JUNG, Carl Gustav. *Sincronicidade*. Tradução de Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

⁶¹ JUNG, Carl Gustav. *Sincronicidade*. Tradução de Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 200, p. 94.

forma, indivíduos respondem de forma diferente aos mesmos estímulos pelo simples fato de serem diferentes. O mesmo estímulo (positivo ou negativo) não produz necessariamente retornos idênticos. Para Jung, essa reação dependerá da própria natureza, da própria individualidade e também da própria diversidade do indivíduo. Existem pessoas que crescem e amadurecem frente à diversidade, respondendo positivamente ao estímulo vivido; existem, porém, pessoas que definham e se fragilizam com o amor e a bonança.

Constata-se na análise de Jung⁶² que não existe uma receita de felicidade – a fórmula “amor com amor se paga” não expressa uma conclusão necessária nas relações familiares. Da mesma forma, não existe garantia de que a ocorrência de abandono afetivo por parte de um dos genitores gere trauma psíquico no filho.

Para além dessas implicações mais evidentes sobre a questão do abandono afetivo que interessa discutir neste texto, a noção de sincronicidade cria outros problemas para a busca realizada, no âmbito do Direito, de se reduzir a multiplicidade das experiências vividas pelas pessoas a dados objetivos, mensuráveis, quantificáveis e passíveis de transmutação em valores pecuniários.

Esse mesmo conceito pode justificar – tal como feito nos parágrafos acima – uma desnaturalização da causalidade. No entanto, 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. A reflexão de Jung agrega, portanto, maior complexidade ao uso do afeto como categoria jurídica.

⁶² JUNG, Carl Gustav. *Sincronicidade*. Tradução de Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

O conceito junguiano pode problematizar a conexão entre abandono e dano ao destacar – para além da causalidade – outras formas de correlação entre acontecimentos (contiguidade, sucessão, paralelismo, coincidência significativa, casualidade improvável). Além disso, a flexibilidade e a instabilidade das trocas afetivas, tal como discutidas pelo sociólogo Zygmunt Bauman, impedem o aprisionamento das relações familiares nos limites estritos de conceitos previamente definidos.

O afeto apresenta-se como um elemento instável e suscetível a variações inerentes a cada entidade familiar. A afetividade própria dessas relações se constitui de maneira flexível e, apropriando-se das palavras de Bauman⁶³, de “maneira líquida”. No contexto proposto pelo autor, a modernidade líquida do mundo contemporâneo aponta, dentre outros aspectos, para o choque provocado pela consciência da complexidade do que é ter um filho. Nas palavras do filósofo social, essa pode ser uma “experiência traumática” para o genitor.⁶⁴

Bauman⁶⁵ entende que, na sociedade moderna, os filhos são ressignificados como meios para se atender a necessidades, desejos ou impulsos do genitor, assim como os objetos de consumo servem, mais precariamente, a esse mesmo fim em relação ao consumidor:

[...] 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

⁶³ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

⁶⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 62.

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

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.⁶⁶

É no sentido proposto por Bauman que podem surgir os conflitos de ordem pessoal e, por vezes, tornar a relação paterno-filial muito diferente daquilo que se entenderia por bom relacionamento. Exigir que se construa um vínculo necessariamente positivo, significaria obrigar que pais e filhos formem um laço afetivo em que compartilhem trocas de carinho e de amor, independentemente das circunstâncias (falta de convívio, alienação parental por um dos genitores, distanciamento geográfico, entre outros).

Assim, sabe-se que, como em qualquer outro relacionamento construído pela convivência, não é possível determinar a forma exata como acontecerá a troca de afetos (entendidos como emoções dos mais variados vetores). A parentalidade socioafetiva pode servir de exemplo ao contexto: a relação paterno-filial passa a existir a partir do momento em que o pai e o filho reconhecem o vínculo existente entre eles, decorrente de uma troca de sentimentos construtivos entre os dois.

Inúmeros fatores podem afetar as relações paterno-filiais e, dentre esses, a própria surpresa da obrigação gerada pela parentalidade influencia, como citado por Bauman⁶⁷. É aquilo que o autor chama de “liquefação dos conceitos na pós-modernidade” – a constante

⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 60.

⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

reconstrução conceitual pela qual a sociedade precisa passar na pós-modernidade.

Se a forma como cada indivíduo reage emocionalmente frente ao desconhecido é imprevisível, tal como se infere deste percurso entre as obras de Jung e de Bauman, torna-se impossível determinar uma regra a partir da qual o Estado possa intervir na relação privada. O afeto não pode ser um valor, dada a sua volatilidade e sua impossibilidade de se reduzir a um dado objetivo. No entanto, ele pode ser exigível quando existe por autodeclaração das partes envolvidas. É em tal ato que se constituem o espaço e o tempo precisos nos quais o Direito reencontra seu objeto.

Coadunando-se com tal perspectiva Correia também defende o caráter declaratório que o afeto deve ter para que possibilite o reconhecimento de situações jurídicas de direito de família. Para ele, também não é a vontade ou o afeto por si só, mas a sua declaração expressa⁶⁸ pelos membros de uma determinada relação.

Não há possibilidade alguma de que o Estado intervenha de modo a exigir a produção do afeto no núcleo familiar. 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.

Toda a reflexão aqui apresentada conduz necessariamente à constatação de que o papel do Estado, nesta situação, não pode ser outro senão o de reconhecer e proteger relações existentes,

⁶⁸ Correia, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 14. ano 5. p. 335-366. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2018, p. 344).

formadas em razão de vínculo afetivo. Por esse motivo, propõe-se a conceituação do afeto não mais como amor ou cuidado, mas como um vínculo jurídico de pertencimento autodeclarado. A seguir, os argumentos de cada uma das correntes serão confrontados com essa nova proposta, no intuito de reconstituir o conceito de afetividade no âmbito jurídico.

4.2 A acepção “romântica”

Como visto, a acepção dita “romântica” adota o caráter subjetivo do afeto e, *ipso facto*, retira a responsabilidade do Judiciário de apreciar questões envolvendo a afetividade entre os membros da relação familiar. Correia propõe que a percepção que se faz de que “onde há afetos, há família”, não seria suficiente para abarcar a complexidade do fenômeno: “os afetos são sentimentos personalíssimos, subjetivos e, por vezes, inexplicáveis ou, ao menos, não sujeitos a racionalizações ou categorizações”⁶⁹.

Nessa linha de raciocínio, defende-se que o afeto enquanto sentimento não pode ser entendido como possuidor de juridicidade, pois não se pode obrigar uma pessoa a amar a outra. Se assim fosse, segundo dizem, estar-se-ia perdendo o caráter espontâneo inerente ao instituto.

De acordo com essa perspectiva, não é autoevidente que uma criança que tenha crescido ao lado de apenas um dos pais reste irreparavelmente prejudicada. Além disso, a caracterização de eventual prejuízo psicológico do menor, ainda que analisada por profissional habilitado, é portadora de inelidível subjetividade e dificilmente poderia ser imputada de maneira integral a um só fator.⁷⁰

⁶⁹ Correia, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 14. ano 5. p. 335-366. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2018, p. 342.

⁷⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p.552.

Nota-se que existem situações que o poder regulador do Estado não é capaz de alcançar e por isso o afeto não pode ser compreendido, pelo meio jurídico, como sentimento. A visão romântica, que deduz que toda família se constitui e se mantém unida em razão do amor, não reflete totalmente a realidade. 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.

Além disso, a seguinte constatação é inevitável: uma família que subsiste nos modelos admitidos, de forma explícita ou derivativa, pela Constituição segue tendo amparo jurídico mesmo em face da inexistência de qualquer vínculo afetivo. Mais uma vez nota-se o sentimento como condição possível e não obrigatória, pelo menos quando se trata de reconhecer e tutelar a juridicidade da instituição familiar. Na contramão disso, a multiplicidade de famílias não tipificadas pelo ordenamento jurídico resta desamparada em se adotando a acepção do afeto como sentimento. 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.

O reconhecimento desses limites intrínsecos à concepção do afeto como sentimento talvez seja uma razão para a disseminação do afeto como dever de cuidado. Esta interpretação se contrapõe frontalmente à primeira. É precisamente sobre o horizonte do cuidado que se projetou o afeto no voto da ministra Nancy

Andrighi. Como mencionado, o relatório daquele caso deslocou o foco do abandono paterno-filial para outra questão que não vinculava afeto a sentimento. Ainda assim, como será tratado a seguir, tal encaminhamento pode ser revisto à luz da nova teoria proposta neste artigo.

4.3 A negação da fundamentação

Conforme tratado em tópico anterior, no voto da ministra Nancy Andrighi (REsp n. 1.159-242/SP62), vinculou-se o afeto ao dever de cuidado. Tal compreensão se livra das contradições ínsitas à percepção “romântica” sobre o tema de forma a conseguir reavaliar o direcionamento jurídico usualmente dado à discussão. Isso se deu porque a compreensão da relatora possibilitou que indenizações motivadas pelo abandono afetivo viessem a ser arbitradas com o intuito de suprir o que a outra corrente não considerava justificável.

Passou-se então a compreender que o prejuízo na vida do filho seria provocado pela falta do cuidado. Dessa forma, os defensores dessa corrente passaram a entender tais casos como passíveis de ressarcimento indenizatório, pois poderiam ser identificados os requisitos da responsabilização civil: a conduta dolosa ou culposa, o nexo de causalidade e o dano.

Entretanto, ao se tratar da questão da causalidade da forma como se configura no Direito brasileiro, demonstrou-se, no corpo deste artigo, certa dificuldade para se comprovar o nexo causal entre conduta e dano provocado. As justificativas já foram apontadas: de acordo com o Código Civil Brasileiro, a teoria direta ou imediata leva em consideração apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de qualquer outra causa. Significa dizer que seria necessário encontrar na conduta do genitor o ato ou o fato que comprove inequivocamente o prejuízo causado.

Visando superar esse impasse, foi por uma questão heurística que se adotou, nesta reflexão, a teoria italiana da causalidade provável.

Esse exercício especulativo, contudo, revelou-se profícuo 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.

Da mesma forma em que se constata a fragilidade argumentativa na questão do nexa causal, existe também uma incongruência na escolha do tipo de dano aplicável nos casos concretos de abandono afetivo. A teoria do afeto como dever de cuidar tem fundamentado decisões favoráveis ao reclamante por considerar ter havido dano moral suficiente para gerar o direito de reparação.

No entanto, ao introduzir neste artigo a diferenciação entre dano moral e dano existencial, concluiu-se que apenas a segunda espécie imporia ao indivíduo a necessidade objetiva de se reprogramar social e economicamente. Como o dano existencial, visto dessa forma, tem constatação objetiva, seria possível identificá-lo nos casos em que o pai ou a mãe estiveram ausentes na vida do filho e ficaria, portanto, dispensada, por ser autoevidente, a comprovação do dano. Ao contrário disso, o dano moral traz uma afetação à intimidade do indivíduo e não parece possível dar provas de sua existência. 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.

Como se pode observar, a percepção do afeto enquanto dever de cuidado esbarra nos problemas do dano e do nexa de causalidade. Se esses dois termos continuarem sendo compreendidos do modo como a jurisprudência tem apontado nas justificativas para se

precificar o afeto, continuarão surgindo imprecisões semânticas na interpretação da afetividade e de sua aplicação na teoria da responsabilidade civil.

A análise feita ao longo deste texto, cujos passos foram revistos aqui de forma sucinta, conduz à constatação de que o ordenamento jurídico brasileiro não tem sido capaz de lidar com a pluralidade dos desenhos familiares hoje existentes. Tal como já se constatou acima, enfrenta-se hoje a situação paradoxal em razão da qual quando a família é reconhecida pelo texto constitucional – independentemente da forma como se uniu ou se mantém – permanece sendo entendida como destinatária de proteção e detentora de direitos. Por outro lado, quando uma pessoa ou um grupo de pessoas que vive uma relação afetiva deseja constituir família e não está inserida na tipologia constitucional, essa experiência não goza da mesma proteção e do reconhecimento como família, pois não preenche os requisitos objetivos intencionados no texto constitucional. As relações poliafetivas, por exemplo, ainda não são reconhecidas e, como tais, não são categorizadas como família.

Parece estar evidente a razão para se reavaliar o significado jurídico do afeto, assim como as questões inerentes a sua problematização nas relações paterno-filiais.

4.4 A aceção objetiva: o afeto é um mero fato gerador

Considerando tudo o que foi exposto, apresenta-se o afeto como mero fato gerador das relações familiares. Dessa forma, ele deve passar a ser compreendido como elemento fundante para se considerar determinada relação social como família e, assim sendo, como possuidora de proteção jurídica. Agrupamentos humanos que não se configuram com esse elemento constitutivo são de outro tipo, já que possuem naturezas diferentes daquela da família.

A relevância de se tratar o afeto como mero fato gerador reside na possibilidade de que ele deixe de existir com o passar do tempo, o que o faria perder a sua exigibilidade. Significa dizer que, no decorrer dos anos uma relação que se configurava como unida pelo laço afetivo pode deixar de sê-lo quando, por exemplo, por uma separação precoce, um filho é afastado do convívio de um dos genitores, ainda muito jovem e incapaz de manter por si só o vínculo com o genitor distante. Nesse caso ficaria evidente que a relação não se manteve e que o afeto que antes existia se perdeu, mas isso não implica afirmar necessariamente que já não mais exista uma família.

O afeto como fato gerador, ou seja, como vínculo de pertencimento seria uma definição possível para abarcar todas as espécies de família existentes, cada uma delas dentro da sua liberdade de escolha e de constituição. Por essa definição, as famílias multiespécies, as famílias poliafetivas, homoafetivas, multiparentais, entre outras que já existem no mundo fático, não sofreriam limitações jurídicas à sua existência. Restam, então, apenas duas condições para que um grupo social forme família. A primeira delas é que exista um vínculo afetivo entre as pessoas e, segunda, que tais pessoas atribuam a tal vínculo força suficiente para o grupo constituir-se como família.

Nessa perspectiva, o afeto não perde sua subjetividade. No entanto, ele ganha objetivação através do ato de nomeação pelo qual os próprios componentes do grupo reconhecem sua pertença e vinculação recíproca. Para o Direito, tal gesto é suficientemente objetivo para ser reconhecido como um fato jurídico.

5 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE RECONSTRUÍDO

São inúmeras as consequências dessa mudança de percepção sobre a afetividade. A possibilidade de liberdade de escolha na constituição familiar talvez seja a mais relevante delas. Viabilizar a admissão de situações fáticas no mundo jurídico é uma das formas

de diminuir a demora legislativa do Direito na sociedade contemporânea.

Frente a todos os questionamentos quanto às duas correntes difundidas sobre o termo afeto, sugere-se uma nova interpretação. A reconstrução do princípio da afetividade suprime os obstáculos legais existentes em razão da falta de uma interpretação objetiva sobre o tema. Além disso, fica evidente a necessidade de se superarem colocações subjetivas sobre o instituto que não revelam a imparcialidade que os aplicadores do direito devem ter ao analisar os casos concretos.

Nesses termos, não se questiona o fato de que o afeto contenha força jurígena, tal como defendem aqueles que o entendem como dever de cuidado, ou seja, ele é um fato juridicamente relevante e por isso cria direitos. No entanto, essa constatação não basta. Tal como já se discutiu anteriormente, diversas contradições surgem dessa afirmação, do mesmo modo que limites graves estão associados à outra corrente que define afeto como sentimento e, portanto, estaria excluído da juridicidade. É necessário, portanto, avançar em outra direção e apontar o afeto como um comando de ação voltado ao Estado, 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.

Conforme esse entendimento, cabe ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário garantir a manutenção das entidades familiares fáticas e atípicas. Não é papel do Estado discriminar, excluir ou ignorar. Ao contrário, cabe a ele o dever de proteção daqueles cidadãos que se reconhecem como família independentemente do formato, desde que conectados pelo afeto, entendido como um vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar ou como vínculo de pertencimento.

Entende-se como um elemento constitutivo o fato de o afeto possibilitar a constituição da família por meio da escolha dos sujeitos envolvidos. Como elemento distintivo, a afetividade diferencia a relação que deve ser reconhecida como família e aquela que não o será. Por isso, verifica-se que o afeto é de constatação fática e é necessário para que se reconheça certa relação como família. Entretanto, ele pode deixar de existir com o passar do tempo porque não se trata de elemento obrigatório e porque não existe dever jurídico de afeto.

O “caso do bom baiano” (Rext. n. 397.762-8/BA) ilustra a reflexão proposta acima. Valdemar do Amor Divino Santos era um funcionário público do Estado da Bahia que faleceu deixando certa pensão a ser satisfeita pelo Estado. À época do óbito era casado e vivia maritalmente com a mulher, advindo dessa relação conjugal onze filhos. Durante o mesmo período manteve um relacionamento paralelo com outra mulher com quem teve nove filhos.

As duas relações se perpetuaram durante 29 anos. Eram de conhecimento público e de reconhecimento mútuo por ambas as mulheres. O bom baiano participava da vida cotidiana nas duas casas. Quando ele faleceu, foi feito o pedido de divisão da pensão. Depois que o Tribunal de Justiça da Bahia determinou o rateio da

pensão entre as duas mulheres, por considerar que havia uma união estável de Valdemar com Joana, ainda que paralela com o casamento entre Valdemar e Railda, o Estado da Bahia recorreu ao Supremo contra a decisão. O caso chegou até a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que deu provimento ao recurso interposto na corte por aquele Estado.

A perspectiva adotada no processo de tomada de decisão judicial no Supremo parece não ter levado em conta a complexidade da situação. Por isso, foi possível ao Judiciário ignorar uma realidade social que perdurou durante 29 anos e gerou nove filhos. Deixando de reconhecer a presença da relação afetiva, a Justiça foi incapaz de perceber a existência de uma entidade familiar atípica, sonogando-lhe o amparo e abstendo-se de recepcioná-la e incluí-la.

Analisando o referido caso à luz da proposta hermenêutica formulada neste texto, 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. Na prática, negar uma situação existente, nos moldes aqui discutidos, cria uma série de problemas civis – particularmente em questões patrimoniais e sucessórias – sem que se reduza a facticidade dessa família atípica nem a faça deixar de existir.

O pluralismo familiar não implica apenas a criação de novos modelos legais de entidades familiares, mas elege como pressupostos o respeito à autonomia dos indivíduos e a possibilidade de se constituírem modelos familiares atípicos, adequados a sua própria realidade. Isso se daria da mesma forma em que 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. Assim, o conceito atual de família (eudemonista) propõe que, se a família é um espaço para o livre

desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, a autonomia é um pressuposto que deve ser respeitado.

O fato, por exemplo, de a união poliafetiva ser uma entidade familiar atípica não deveria levar, por si só, a sua exclusão do meio jurídico e a sua conseqüente desconsideração enquanto família. O precedente, que também viabilizaria a inclusão desse tipo de família, foi o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar atípica. No entanto, é preciso que se compreenda o afeto enquanto vínculo de pertencimento, como aquele capaz de formar famílias e de diferenciá-las das demais relações.

CONCLUSÃO

O presente trabalho discutiu uma nova compreensão do afeto para o ramo jurídico, dando ênfase à problemática que envolve o abandono nas relações paterno-filiais. Durante a sua construção foram discutidas duas correntes paradigmáticas na abordagem do termo: aquela que compreende o afeto enquanto sentimento e a que o define como dever de cuidado. Nenhuma das duas teorias permitiu uma conclusão suficientemente responsiva à complexidade com que se estruturam as relações familiares.

A ausência de debate interdisciplinar sobre questões que já demandaram outras áreas do conhecimento – como é o caso do dano existencial – limita o Direito à aceitação deontológica e autorreferenciada de suas próprias normas. Esse horizonte circunscrito cria um risco de que as disciplinas jurídicas percam de vista a facticidade dos acontecimentos reais. É por essa razão que, como se viu, certas normas podem deixar de refletir a realidade das situações contemporâneas.

A justificativa que fundamenta as decisões judiciais favoráveis à precificação do afeto, por exemplo, está limitada à compreensão do afeto como cuidado. O primeiro efeito disso é a produção de uma polarização estéril com a outra corrente que trata o afeto como um

sentimento, inacessível à esfera jurídica e, como tal, incapaz de gerar direitos ou deveres. Em segundo lugar, é inevitável constatar que as duas perspectivas mencionadas não demonstram o necessário interesse pela complexidade que a instituição familiar veio adquirindo nas últimas décadas. A manutenção dessa limitação interpretativa em nome de um ordenamento que não abarca as mudanças histórico-sociais deixa uma lacuna que resvala sobre o Direito de Família e sobre os direitos das famílias.

Contestaram-se, neste texto, os argumentos de cada uma dessas correntes que tratam do afeto no campo jurídico com o objetivo de se propor uma reconstrução do princípio da afetividade, interpretado como um vínculo de pertencimento, ou seja, como um vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar.

Na concepção delineada neste percurso, erige-se uma construção teórica diversa, a partir da qual é possível repensar o afeto, o dever de cuidado, o amor, o dano, bem como as implicações e as interações jurídicas entre esses elementos. Também aquilo que vem sendo convencionado como abandono afetivo precisa ser revisado à luz de novos ramos do conhecimento que contribuem para uma percepção renovada e minuciosa do instituto. As propostas advindas de outros ramos jurídicos, as percepções histórica, sociológica e psicanalítica podem contribuir para a discussão que aqui se propôs.

Há aspectos sugeridos nessa nova construção que podem esbarrar em limitações legais, como a própria restrição constitucional às formas de família atípicas. Entretanto, essa barreira deveria oscilar frente às constantes alterações das relações sociais.

Graças à adoção de uma perspectiva comparatista, o presente trabalho instiga à reavaliação do tratamento dado ao instituto da afetividade no Brasil, elegendo como marcos a pluralidade familiar e o respeito à autonomia. Em vista dos argumentos apresentados, nota-se que o afeto pode ser reinterpretado visando ao

reconhecimento de situações fáticas ignoradas pelo meio jurídico. Nesse sentido, inverte-se a compreensão do afeto como um dever ou como um sentimento. As questões relativas ao abandono paterno-filial e o reconhecimento de novas famílias a partir da compreensão do afeto como um vínculo de pertencimento implicam o respeito à autonomia privada dos envolvidos e não sua mera repreensão legal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 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, p. 1-8, n. 1, 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*. Paraná, v. 2, p. 26-51, n. 22, set. 2013.

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, jun./jul. 2006, p. 93-95.

CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 14, p. 335-366, jan./mar. 2018.

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

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico cit.*, 27 ed. vol. 4.

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

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

FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo: a aceitação da lógica da probabilidade. *Revista Civilistica.com*. Rio de Janeiro, v. 5, p. 1-41, 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, vol. 23, 2004, p.15.

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

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*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 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, p. 191-210, n. 143, jul./set. 1999. Disponível em: <http://files.integradodireito.webnode.com.br/200000022-b0868b1805/OS%20PRINCIPIOS%20JUR%3%8DDICOS%20DO%20ESTADO%20DEMOCR%3%81TICODE%20DIREITO.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

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*. Tradução de Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Tradução de Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

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

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

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

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

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

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.

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.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Nexo causal probabilístico*: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 8, p. 115-137, jul./set. 2016.

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.

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*. 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+d+a+afetividade+no+Direito+de+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.

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; POLI, Leonardo Macedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como solução de conflitos paterno-filiais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, p. 1-10, 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. Conferência pronunciada em 9 de maio de 1979 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em Curso de Extensão sobre o direito do menor. *Revista da faculdade de Direito*, Belo Horizonte, v. 27, p. 400-418, n. 21, mai., 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, jan./abr. 2012, p. 127-148.