

A AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO: A FALTA DE AFETO COMO ENSEJADORA DO DANO MORAL

Pedro Gerônimo Alves da Silva¹
Ana Carolina Trindade Soares²

Direito



ISSN IMPRESSO 2317-1693
ISSN ELETRÔNICO 2316-672X

RESUMO

O presente artigo se propõe a tratar do tema da afetividade dentro do Direito de família brasileiro, fazendo inicialmente um breve panorama histórico do conceito de família. Trata também da construção da afetividade nos seres humanos dentro do ambiente familiar, sendo seu foco central discorrer acerca do tratamento dado pelo Direito brasileiro ao afeto, através do estudo do princípio da afetividade consagrado na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.

PALAVRAS-CHAVE

Afeto; direito de família; abandono; princípio da afetividade.

ABSTRACT

This article proposes to deal with the subject of affection in the Brazilian right to family with a brief historical overview of the family. Also addresses the construction of affectivity in humans within the family environment, with its central focus discoursing about the treatment given by Brazilian law to affection, being its central focus discoursing about the treatment given by Brazilian law to affect, through the study of the principle of affection enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988.

KEYWORDS

Affection. Family Law. Abandonment. Principle of Affectivity.

1 INTRODUÇÃO

A família é tida como uma das instituições mais antigas, senão a mais antiga e importante do mundo: sem que ela existisse dificilmente teríamos chegado ao ponto em que chegamos. A família exerce papel mais que fundamental no desenvolvimento da humanidade e na manutenção desta. Seres humanos nascem, porque duas pessoas, homem e mulher, decidem se unir e formar o que chamamos de família, este ser, fruto da família, cresce e novamente o ciclo se repete, ou pelo menos, deveria se repetir.

Esta era a ideia e o conceito inicial de família. Acreditava-se na família como coluna da sociedade, o pilar de sustentação da humanidade. O homem desde muito tempo busca uma evolução como ser humano, por meio de sua inserção social, por meio do estabelecimento de um vínculo com a sociedade, uma espécie de vínculo focado na ascensão social. Após todo o incentivo que o homem recebeu para buscar tal ascensão, a família ganhou características extremamente patrimonialistas; no entanto, percebeu-se que a família não soube lidar bem com essa característica, não conseguindo conciliar a busca por ascensão com a necessidade de afeto e atenção dentro do seio familiar, tanto dos pais para com os filhos, como dos filhos para com os pais.

Em suas mais diversificadas formas de expressão, a família, num mundo onde tem imperado a violência em suas mais variáveis formas de manifestação, urbana, moral, doméstica, social, onde a maior vítima é a pessoa humana, não deixa de sofrer, de ser afetada, por todas estas alterações de comportamento da sociedade e da cultura, também, promovidas pelo progresso da ciência. Todas estas mudanças e esse turbilhão de informações, de novidades e tendências que surgem todos os dias e se sobrepõem, têm sido considerados como causa para toda essa desestruturação da sociedade e conseqüentemente das famílias.

Hoje, no auge do Século XXI começa-se a se pensar, ou volta-se a olhar para a família como instituição capaz de suprir necessidades materiais, psicológicas e afetivas de seus membros. As discussões acerca da família tem chamado a atenção de vários profissionais, como psicólogos, professores, assistentes sociais e pedagogos. O Direito também não poderia eximir-se desta discussão, pois a dinamicidade do Direito se dá justamente em acompanhar as mudanças e alterações por que passa a sociedade, de maneira que busque melhor garantir direitos e de forma mais eficaz. Além de estudar toda complexidade social verificada por meio do tempo e das modificações da história, o Direito busca interpretar os eventos em que o humano está inserido, sempre embasado na principiologia máxima que o alicerça, norteando ações e normatizando condutas, que é a dignidade humana.

Dentre os ramos do Direito, o Direito Família é o que vem sofrendo mais alterações nos últimos tempos. Especialmente no Brasil, embora seja considerada já bem avançada em relação a outros países, a legislação não tem acompanhado essas mudanças, deixando ainda muitas perguntas sem repostas, lacunas que acabam abrindo precedentes para que Juízes apreciem os casos de acordo com princípios moldados às suas próprias convicções.

Em meio a tudo isso muitos questionamentos têm surgido, muito se tem discutido, porém parece deveras difícil legislar diante dessa nova, mas nem tanto, realidade da família. Como organizar algo que está em constante mutação e ao mesmo tempo adaptando-se a essas mutações? É possível organizar juridicamente a família se não há mais uma única forma de família, mas várias formas? É possível editar normas taxativas acerca de algo tão dinâmico? E os princípios, por que Juízes os interpretam de maneira diferente?

Recentemente nos deparamos com um caso muito curioso dentro do Direito de Família. Foi massivamente divulgado pela mídia o caso do pai que foi condenado a pagar R\$ 200.000,00 à sua filha por dano moral causado por abandono afetivo. Tal decisão dividiu opiniões entre juristas e entre as próprias pessoas que não lidam diretamente com o Direito, mas acompanharam o caso. Outros questionamentos surgiram. Pode o Juiz verificar, medir o dano causado pela ausência de um pai? Como se dá a afetividade? Que princípio é esse? Em que está fundado o princípio da afetividade? Pode-se considerar a convivência familiar e a afetividade como direitos fundamentais? O abandono afetivo pode ser reparado com pena pecuniária?

O presente artigo se propõe justamente a discorrer sobre alguns destes questionamentos por meio de uma breve análise do posicionamento jurisprudencial e doutrinário a respeito da família brasileira, para tanto, focando no novo paradigma embasado na afetividade. Partindo-se da construção do afeto até a fundamentação do princípio da afetividade.

Todas as análises feitas neste estudo estão embasadas no conceito e no estudo da família na Constituição da República Federativa do Brasil, assim como no Código Civil vigente no Brasil desde 2002. Buscaremos aqui colocar o afeto como novo paradigma das relações familiares, como centro destas relações, por meio de uma análise reflexiva sociológica, antropológica e psicológica do afeto, mostrando a necessidade de superação do padrão extremamente patrimonialista que foi adotado no Direito de Família.

2 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

Com a nova Constituição Federal, promulgada em 1988, muitas mudanças aconteceram na forma de concepção e percepção da família, não apenas no Direito, mas na sociedade como um todo. Aliás, efetivamente esses novos conceitos já estavam formados na sociedade, o Direito apenas os reconheceu como entidades familiares; porém, muitas mudanças ainda devem ocorrer, já que passaram 24 anos desde a promulgação da atual Constituição. De lá para cá a sociedade passou por mais algumas mudanças em seus conceitos e a legislação não conseguiu acompanhar a velocidade e dinamicidade dessas mudanças. Percebemos isso quando olhamos para os tantos conflitos existentes no que diz respeito não ao surgimento, mas ao reconhecimento e crescimento das relações homoafetivas.

Apesar de tudo, dentro desse contexto de intensas mudanças sociais, a Constituição de 1988 fez importantes reconhecimentos a modos de vida que durante muito tempo receberam tratamento diferenciado, incerto e até preconceituoso, assim como tutelou vários direitos referentes à família e seus membros, em especial as crianças. Por exemplo, o reconhecimento de uniões concubinárias, das uniões estáveis, a família socioafetiva e tantas outras entidades que foram reconhecidas como família mesmo sem casamento. Nesse sentido, percebe-se que o casamento deixou de ser o elemento essencial e fundante da família.

Na Constituição, a família foi inserida nos artigos 203, 226, 227 e seus respectivos parágrafos, mas é o artigo 226 que dispõe sobre os aspectos dessa nova família reconhecida pela Constituição. O caput do referido artigo trata a família como sendo a "base da sociedade". A Constituinte, além de preocupar-se em tutelar a família, preocupou-se também em defini-la, reconhecendo como entidade familiar a união estável, entre homem e mulher, e a "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". A compreensão de entidade familiar passa a ter um sentido muito mais amplo; entidade familiar passa a ser qualquer agregação familiar, estejam seus membros ligados por laços sanguíneos, afetivos ou psicológicos. Vemos aí o Direito apenas acompanhando as mudanças sociais, reconhecendo uma realidade já existente e que continua a crescer, que são as famílias monoparentais e socioafetivas.

No artigo 227 conseguimos ainda visualizar esta tutela especial dada pelo Estado à família quando institui inúmeros deveres para si, para a sociedade e para a própria família como, por exemplo, a garantia à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, da convivência familiar e comunitária.

Há de se acordar que essa não é uma realidade de fácil observação num período de transições, onde podem ser observados descasos por um lado e excessos por outro. Todavia, em suas mais diversas formas de manifestação e concepção, a família deve ser considerada, por excelência, o meio onde se transmitem culturas, valores, costumes, ideologia e onde realmente acontece a formação da personalidade do ser humano. Analisando desta forma, podemos compreender por que muitos juristas defendem a constitucionalização de direitos relacionados à família, por estes estarem estreitamente ligados à promoção da dignidade da pessoa humana, que é o grande princípio norteador do Direito, estando este, também, relacionado à formação e ao desenvolvimento do indivíduo.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 187), em seu livro sobre a dignidade da pessoa humana, ensina que não se pode negar a relevância do princípio da dignidade humana na justificação e fundamentação de direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, como também para justificar e fundamentar direitos implícitos, diante da exigência de uma concreta proteção ou promoção de direitos fundamentais reais, porém não expressos. A dignidade da pessoa humana deve ser adotada como “indicativo seguro da fundamentalidade das correspondentes posições jurídicas”.

Embora o termo afeto não apareça explicitamente no texto constitucional, este é considerado um direito fundamental que decorre diretamente da supervalorização da dignidade humana e do direito à convivência familiar, já que se acredita que para essa existir e ser razoavelmente boa é necessário que haja afeto.

Por outro lado, ao sairmos da Constituição e adentrarmos no Código Civil de 2002, perceberemos que as principais mudanças dessa legislação com relação ao Código anterior, estão fundamentadas na atual Constituição. O reconhecimento das novas entidades familiares está garantido nos artigos 1511 e 1723 do Código Civil, o qual apenas reitera o que já prevê a Constituição.

Mais um ponto interessante nos cabe analisar. Inúmeros são os deveres dos pais para com filhos, do Estado e da comunidade com a família, no entanto, também são instituídos deveres para os filhos na medida em que são instituídos aos pais. O artigo 1.634 inciso VII prevê que compete aos pais exigir que os filhos menores lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Da mesma forma, no artigo 1566, incisos IV e V, estabelece ser dever dos cônjuges garantir o sustento, guarda e educação dos filhos, além de respeito e consideração mútuos.

3 CONVIVÊNCIA FAMILIAR VERSUS AFETO

Ao analisar todos estes dispositivos legais acima referidos, percebe-se a grande preocupação do legislador com a família, visto que esse instituto tem fundamental importância na vida e na formação dos indivíduos que formam a sociedade.

É com base nessa tutela especial à família que passamos a analisar um caso concreto onde se verificou a ausência do direito à convivência familiar, resultando no que se convencionou designar de abandono afetivo, a ensejar a possibilidade de reparação por dano moral.

Convivência familiar, em termos clássicos, seria o simples fato de todos, pai, mãe e filhos, morarem juntos; todavia, sabemos que essa definição não cabe em nosso contexto atual, sendo a convivência familiar o contato e a relação entre os membros da família, morem eles na mesma casa ou não. A problemática, porém, não está na convivência familiar, mas em como esta se dá. Diz-se que uma boa convivência familiar deve estar fundada no afeto, mas como garantir afeto? Há afeto em toda convivência? É possível determinar que haja afeto nas relações familiares, ou verificar a existência ou não deste sentimento? E punir pela falta dele. É possível?

Para tanto devemos antes definir o que seria afeto. Para Bischoff (2009), afeto é o sentimento atribuído a alguém, seja através de uma amizade, uma simpatia, ou uma paixão. É um estado sentimental caracterizado, por uma parte, pela inervação física perceptível e, por outra parte, por uma perturbação peculiar do processo representativo sobre o sujeito. Logo, afeto seria um apego a alguém ou a alguma coisa, que gera carinho e segurança. Etimologicamente a palavra afeto vem do latim *afficere*, que quer dizer tocar, comover o espírito, unir, fixar; seria uma identificação carinhosa com o outro.

Para nascer é preciso uma relação e até mesmo um contato físico, mas isso não basta, mais necessário é que dessa relação, desse contato, haja uma identificação entre os indivíduos.

A noção de afeto e essa tal identificação afetiva é algo dotado de uma enorme carga de subjetividade. Tal identificação se dará de acordo com a formação de cada indivíduo e com suas convicções. Na convivência familiar essa identificação pode ou não acontecer, mesmo em se tratando de uma relação entre pais e filhos. Nas relações familiares não há como garantir a existência de afeto, nem verificar a existência desse pela simples convivência; não é possível obrigar um indivíduo a gostar de outro, a ter uma relação carinhosa com o outro.

Apesar de haver um conceito, uma definição para afeto, sua forma de manifestação, como dito, é variável de acordo com a formação e convicções das pessoas. A

maneira como um indivíduo dá afeto a outro pode – para ele – ser a melhor forma, porém aquele que recebe este afeto pode achar – de acordo com suas convicções e formação – que aquilo que recebe não é afeto. Então não há definição absoluta, nem forma de manifestação certa para o afeto. Que o afeto deve existir nas relações familiares é um fato certo; no entanto medir a proporção deste afeto e punir pela falta dele é algo incerto, porque não dizer injusto.

Como já se falou anteriormente, por inúmeras questões, culturais, sociais, políticas, religiosas, a estrutura familiar sofreu e vem sofrendo constantes alterações. A família mudou seus costumes, seus conceitos e sua função inicial. Houve um tempo em que a família tinha uma característica extremamente patriarcal, o pai mandava e todos obedeciam, o afeto não era tão importante, ou manifestava-se de outra maneira, o importante era, para o homem, ter filhos para dar continuidade à sua linhagem, a este bastava garantir uma boa educação aos filhos, roupas e comida, e ensiná-los a cuidar dos negócios da família quando havia. Se não havia negócios nem dinheiro, era importante que o filho aprendesse os ofícios do pai para ajudá-lo no trabalho. Para a mulher, era importante ser mãe, porque através da maternidade satisfazia o desejo de seu marido e cumpria o seu papel social de boa parideira.

Modernamente, a família mudou seu foco, não está mais centrada no patriarcalismo, a grande quantidade de filhos já não é mais um desejo, a mulher não tem mais a obrigação de gerar filhos. Surge então o “patrimonialismo”, a busca pela ascensão social para si e para a família: o homem e a mulher trabalham em prol do patrimônio, para que seus filhos possam usufruir, como se diz popularmente, “do bom e do melhor” e do patrimônio construído pelos pais “para eles”.

Pode parecer desnecessário escrever sobre o afeto na entidade familiar: como podem duas pessoas se unirem, constituindo família, gerando filhos, se não estiverem ligadas por um sentimento tão fundamental como o afeto? No entanto, bem sabemos que nem sempre é assim. Filhos não nascem apenas da união de duas pessoas que se amam, filhos têm nascidos do simples ato sexual de duas pessoas.

O afeto deixou de ser apenas interesse privado, interesse apenas da própria instituição familiar e passou a ser interesse jurídico e de muitos outros profissionais. As atuais tendências do Direito de Família brasileiro apontam para o afeto como tema de extrema relevância. Podemos perceber esta relevância ao verificarmos o grande uso do princípio da afetividade nas decisões judiciais relacionadas ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, reconhecimento de dupla paternidade, nos casos de adoção e recentemente do dano moral por abandono afetivo.

3.1 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Paulo Bonavides (2009, p. 299) define princípios, no Direito, como “verdades objetivas nem sempre no campo do ser, mas sim do dever ser, na qualidade de normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”. Para ele os princípios dão corpo aos valores de ordem jurídica máxima, os direitos e garantias fundamentais, sendo estes princípios critério básico para se medir a dimensão de aplicabilidade mais elevada do conteúdo constitucional.

Os princípios constitucionais guardam os valores mais fundamentais da ordem jurídica. Luís Roberto Barroso (1996, p. 142-143) os define como síntese dos valores mais relevantes de toda e qualquer ordem jurídica. Os princípios são normas que emanam de um determinado sistema jurídico e consolidam sistemas. Ainda segundo Barroso, eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem perseguidos por este sistema.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 68) violar uma norma principiológica é algo dotado de muito mais seriedade e gravidade que a transgressão de uma norma comum, ao ferir um princípio fere-se não apenas um mandamento obrigatório, mas todo um sistema de comando.

Na concepção de Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 5) os princípios são ideias gerais que condensam todas as normas que compõem o Direito. Para ele, cada área do Direito é a concretização de certo número de princípios que constituem seu núcleo.

O princípio da afetividade é um princípio implícito que tem fundamento constitucional na dignidade humana e no direito à convivência familiar. O problema do princípio da afetividade está em sua aplicação, ou melhor, em sua efetivação, e não em sua coerência com a Constituição e seu princípio máximo, que é a dignidade da pessoa humana, conforme já assinalado. Como garantir que este direito torne-se efetivo e como verificar se este sentimento existe dentro de um lar é que são tarefas difíceis. A afetividade se constrói por meio da convivência, porém não se pode dizer que apenas por ela. Conviver nem sempre significa viver sob o mesmo teto com uma pessoa. Verificar a existência do afeto na família, quando não se faz parte desta é algo muito complicado, já que o afeto não é um sentimento que pode ser fixado, determinado, assim como todos os demais sentimentos, este não pode surgir por uma obrigatoriedade, surge naturalmente através de uma identificação com o outro, esteja este outro ligado por laços sanguíneos ou não.

4 DO NÃO CABIMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR AUSÊNCIA DE AFETO

A noção de responsabilidade civil está bastante associada à ideia de reparação ou ressarcimento por algum dano causado a outrem; este é um conceito bem

simples e claro. É a obrigação de reparar ou ressarcir alguém por um dano decorrente de ação ou omissão que venha a ferir um bem jurídico, a moral, a imagem, a reputação, o patrimônio etc. Nas palavras de De Plácido e Silva (2010, p. 642), responsabilidade civil é um:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

Para que se caracterize a responsabilidade, são necessários três elementos: o dano, a culpa e o nexo causal, “porém quando se trata de dano nas relações familiares essa tríade ganha contornos extremamente complexos, pois nessas relações estão presentes fatores de alto grau de subjetividade que dificultam perfeitamente identificar os elementos que configuram o dano”. Estas foram palavras da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, ao julgar recurso de ação interposta por uma filha, contra seu pai, de dano moral por abandono afetivo e material durante a infância e a adolescência. O pai foi condenado a pagar R\$ 200.000,00 em virtude do dano.

Partindo da análise desses três elementos configuradores da responsabilidade civil, temos que o dano deve ser causado por uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ser certo e injusto e violar direito. A culpa decorre da participação do agente no dano, é a responsabilidade do agente com relação ao dano, ele é o causador, assim podemos dizer: do dano. O nexo de causalidade é a relação entre a conduta, ação ou omissão, desse agente e o dano causado, o resultado desse dano, logo para ser cabível a responsabilização civil precisa-se de uma conduta que gere um dano e um agente sobre o qual recai a culpa e que se prove a relação de causalidade, que se prove que foi determinada conduta praticada pelo indivíduo que causou o dano.

Dano moral, por sua vez, na definição de Said Cahali (2005, p. 28):

É a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial.

O dano, como vimos, deve ser causado por uma ação ou omissão, que, por sua vez, deve ser voluntária. Todavia, a circunstância de dar ou não afeto, pode ser con-

trolada? Podem dois indivíduos forçar uma relação de afeto? O pai que não dá afeto a uma filha age com culpa?

Não nos cabe o aprofundamento neste campo, mas podemos afirmar que o ato de gostar de outro é sim voluntário, no entanto, não se pode afirmar que esse processo de identificação é controlável ou explicável, não podem indivíduos forçar afeto, nem o Direito obrigar que pessoas se amem. Para que haja essa identificação afetiva é necessário contato; e mesmo assim não é garantia de que essa identificação ocorra, que nasça afeto desta relação. Há nas relações familiares uma série de condutas que, se não naturais, normais, carregadas de uma carga muito grande de subjetividade, ora individuais, ora coletivas, que não chamaria de involuntárias, mas que muitas vezes fogem ao inteligível.

Que o abandono afetivo e que a ausência de um pai e de um ambiente familiar mais agradável podem provocar danos, que podem ser enormes na vida de um ser humano, que é dever do pai cuidar, que filho é responsabilidade dos pais e que devem ter direito a convivência familiar, isso não se discute. Pessoas, também, são diferentes umas das outras e reagem de formas diferentes se submetidas a situações semelhantes. Deste modo, a discussão gira em torno de saber se se deve ou não ser aplicado às relações familiares o disposto a respeito da responsabilidade civil.

O caso apreciado recentemente pelo STJ chamou atenção de muitos juristas e diversos outros profissionais. A excessiva divulgação do caso nos mais diversos veículos de divulgação provocou, também, discussões entre os principais interessados no problema: a família. Muitas famílias pararam para refletir sobre a decisão inédita do STJ. As opiniões são divididas: uns acham a decisão injusta, pois no caso concreto o pai alegou que foi impedido de aproximar-se da filha e sempre se manteve pagando valores referentes à pensão alimentícia, outros consideram a decisão muito justa e útil para servir como exemplo para que outros não saiam por aí gerando filhos para abandoná-los.

A decisão do STJ foi fundamentada na teoria da proteção integral à criança e ao adolescente, constitucionalizada no artigo 227 da Constituição Brasileira e no princípio da afetividade, baseado na dignidade humana. Na decisão o afeto foi associado ao cuidar, sendo o cuidar expressão do afeto. "Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos". Estas foram mais algumas palavras da Ministra Nancy ao votar.

O dano se constituiu pela ausência do cuidar verificada por meio da ausência física do pai no convívio familiar, não participando este da criação, educação e crescimento da filha, que hoje, aos 38 anos, professora, mãe, ainda sofre as consequências do abandono afetivo do pai. Esta alegou ter crescido frustrada, retraída, também ten-

do sustentado que não teve um bom convívio social, pois sentia a ausência do pai. Tudo isso se resumiu em R\$ 200.000,00.

Apesar de ter adotado teoria da proteção integral e o afeto como valores e deveres jurídicos, o Direito de Família Brasileiro não abriu mão de suas características patrimonialistas, no entanto, há uma valorização maior das características não patrimonialistas.

O dano moral, não tem a finalidade de reestabelecer a situação anterior ao dano, mas de certa forma compensar este dano, uma reparação. Isso faz a decisão do STJ parecer contraditória quanto ao que é pregado pelos atuais princípios do Direito e com a própria fundamentação utilizada no voto da Ministra Nancy Andrighi. Onde fica então a importância do afeto se a ausência deste pode ser compensada por um valor em dinheiro? Com isto não se quer afirmar que a filha não tenha sofrido ou esteja sofrendo pela ausência do pai. O dano existiu, o sofrimento também, mas pode não ter sido apenas pela filha e mesmo que tenha se verificado esta situação uma pena pecuniária não soluciona o conflito, podendo até piorá-lo, criando aversão, repulsa de um para com o outro, já que a intenção é a criação da possibilidade de existência do afeto.

Por meio da análise do princípio da afetividade infere-se que o afeto deve existir na família, logo, este deve ser recíproco entre seus membros. Neste caso temos um pai que se diz impedido de aproximar-se da própria filha que nasceu de uma relação casual e uma filha que se diz abandonada afetivamente e materialmente por um pai abastado que poderia ter auxiliado muito em seu desenvolvimento. Será realmente que este pai nunca procurou aproximar-se de sua filha? Se o afeto é recíproco por que em 38 anos esta filha nunca procurou seu pai? Haveria a necessidade de se chegar ao Judiciário? Se chegou, por que não tratá-lo de outra forma? Por que não se propor a reestabelecer o vínculo, ou criar, como está sendo feito nos casos de reconhecimento tardio de paternidade?

Deve-se reconhecer que o caso pode servir de exemplo para que pais não ajam de maneira semelhante, mas deve-se reconhecer também que foi aberto o precedente para que outras pessoas ajuízem ações semelhantes e que estas sejam também julgadas semelhantemente. O que pode gerar contradições quanto ao entendimento de convivência e afeto, pois mesmo convivendo, o afeto pode não existir entre os membros de uma família.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É difícil falar de sentimentos, é arriscado falar do subjetivo, do outro, e complexo falar de família. Não há de aplicar a responsabilidade civil no âmbito da família em se tratando de sentimentos, de convivência, de afeto. Podemos dizer que o afeto é "uma

via de mão-dupla” e deve ser recíproco, da mesma forma que a legislação garante proteção integral à criança e ao adolescente como dever dos pais, da sociedade e do Estado, também institui deveres aos filhos no artigo 1634 do Código Civil e com a mesma proteção integral à convivência familiar garante os mesmos direitos dos filhos aos pais idosos no artigo 3º do Estatuto do Idoso.

O que se percebe por meio do presente artigo é que por mais que se discuta, por mais que se escreva e se fale do assunto, fica a impressão de que é apenas um começo. Estamos ainda vivendo um momento de grandes mudanças no que diz respeito à formação de famílias, a conceitos adotados por esta, à educação e criação de filhos e o Direito tem procurado se adequar a essas mudanças para melhor se adequar à sociedade e às “novas famílias”.

Quanto ao princípio da afetividade, já se provou sua coerência com a Constituição e seus princípios, aliás, este advém da Constituição. O problema de sua aplicabilidade pode ser solucionado por meio de uma política jurídica, que não seja punitiva, onde o objetivo seja a construção de uma ordem social justa que vise a realização plena e/ou efetiva de um bem comum através de meios possíveis e cabíveis ao Direito.

A pretensão do presente estudo foi ressaltar a importância do exame da afetividade não como uma imposição do Direito, nem uma obrigação, mas como uma garantia. Garantia de sua possível existência no ambiente familiar por meio do comprometimento com uma política jurídica que adote ações no sentido de se adequar às mudanças de cada época para a criação do justo, que venha favorecer a criação de um ambiente agradável que permita às pessoas viverem com mais dignidade, afeto, tendo elas autonomia para decidirem, de acordo com suas convicções, do que diz sua cultura, sua religião, como buscarão sua paz, seu bem-estar, dentro, é claro, do senso de Justiça, do que é justo.

Independente de normas, de leis, de punições, deve-se reconhecer a família como fundamental para formação do indivíduo e conseqüentemente da sociedade, se fundada na boa convivência, onde haja harmonia e afeto, certamente teremos melhores pessoas e uma melhor sociedade, busquemos enaltecer nossas pulsões de vida e de amor sem que sejamos obrigados a isto, porque compelidos não conseguiremos.

REFERÊNCIAS

BISCHOFF, Suely. **Afeto: o que vem a ser**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/psicologiaauto-ajuda-artigos/afeto-o-que-vem-a-ser-fontescielo-brasil-et-al-903774.html>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21.ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. atual., São Paulo: Malheiros: 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9)** rel. Ministra Nancy Andrighi.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3.ed. São Paulo: RT, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio de Igualdade**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Gilberto Callado. **Filosofia da Política Jurídica**. Itajaí: Univali, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Data do recebimento: 8 de Março de 2014

Data da avaliação: 31 de Julho de 2014

Data de aceite: 31 de Julho de 2014

1 Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – Unit.

E-mail: pedrogeronimo@rocketmail.com

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas; Professora no curso de Direito da Faculdade Integrada Tiradentes – FITS. E-mail: anacarolinatrin@gmail.com