



Universidade Católica do Salvador
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação
Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea

MARIA LÚCIA GARCIA ROSAS

**INTERFERÊNCIA ESTATAL NAS
RELAÇÕES FAMILIARES**

Salvador

2013

MARIA LÚCIA GARCIA ROSAS

**INTERFERÊNCIA ESTATAL NAS
RELAÇÕES FAMILIARES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Família na Sociedade Contemporânea, da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

Salvador,
2013

UCSAL. Sistema de Bibliotecas

R789 Rosas, Maria Lúcia Garcia.
Interferência estatal nas relações familiares/ Maria Lúcia Garcia Rosas. –
Salvador, 2013.
190 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em
Família na Sociedade Contemporânea.
Orientação: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

1. Família 2. Afeto – Relação familiar 3. Abandono afetivo 4. Criança e
Adolescente 5. Interferência estatal – Relação familiar 6. Autonomia
Privada – Direito da Família 7. Guarda Compartilhada I. Título.

CDU 316.356.2

TERMO DE APROVAÇÃO

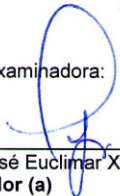
Maria Lúcia Garcia Rosas

Interferência Estatal nas Relações Familiares

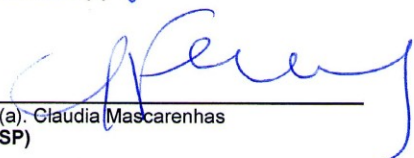
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 31 de julho de 2013.

Banca Examinadora:



Dr(a). José Euclimar Xavier Menezes
Orientador (a)



Dr(a). Claudia Mascarenhas
(USP)



Dr(a). Camilo de Lelis Colani Barbosa –
(UCSal)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todas aquelas crianças que ficaram alijadas da presença de seus genitores, em especial àquelas, que, foram postas nas mãos cuidadoras do Estado e de toda a sociedade e pensam solitárias, na escuridão de um abrigo, qual o significado da verdadeira infância.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me ofertado a vida com tantos desafios, mas também com tantas vitórias, alegrias e realizações.

Acredito que ao longo de nossa caminhada de vida vamos nos conectando e nos enredando com pessoas que alicerçam nossa existência e alimentam nossa alma simplesmente com suas presenças.

Acredito que sem o apoio, a motivação, o cuidado e o respeito dessas pessoas não seria possível uma realização pessoal plena e satisfatória.

E por acreditar nisso quero agradecer ao meu grande amigo de todas as horas, meu marido César por acreditar junto comigo e me apoiar mesmo tendo sacrificado o desejo de me ter ao seu lado e não medir esforços para minimizar essa dura realidade, com criatividade, uma enorme generosidade e grande amor. Obrigada, meu amor!

Agradecer aos meus lindos e adoráveis filhos, Ila e Caio que são verdadeiros presentes que Deus me deu. Por todo apoio e torcida que eles, ao longo de todo esse tempo, dedicaram a mim, sempre me incentivando e me motivando a não desistir. A vocês meus lindos toda a minha gratidão e orgulho.

Agradeço a minha mãe, que mesmo não conhecendo a importância acadêmica deste trabalho, entendeu que era muito importante para mim e também torceu pelo meu sucesso.

Agradeço e peço perdão à minha irmã Raimunda (*in memoriam*) por não poder doar-lhe mais do meu tempo por conta das atribulações desta caminhada, meu muito obrigada por nunca ter exigido isso de mim.

Agradeço a minhas irmãs Rosângela e Simone, pelo carinho e a admiração de sempre.

Ao mestre e orientador José Euclimar Xavier de Menezes, agradeço pelo acolhimento, disponibilidade, interesse, e constante ação motivadora que me impediram de desistir nos momentos mais difíceis. As pontuações firmes, que me situaram em minhas dificuldades, os elogios nas superações e o reconhecimento das conquistas me fizeram superar os difíceis momentos de incertezas, inseguranças e seguir em frente.

Às minhas colegas e amigas de caminhada no Mestrado, Haydée, Fabiana e Suzane que nas trocas de ideias trouxeram grandes momentos de alegria.

Meu especial agradecimento à minha grande amiga e confidente Marlene Brito Pereira que, com grande generosidade e sabedoria, me ouvia nos momentos de angústia e indecisão, sempre me trazendo uma palavra de conforto e valorização acreditando que eu podia concluir o meu intento. Meu muito obrigada, amiga.

Aos meus amigos e amigas pela atenção em sempre ouvir meus questionamentos.

A Léo Toniolo, que cuidou de meus recalques e inseguranças.

A Flávia que com seu olhar transcendental me proporcionou o despertar de uma consciência que fez perceber em mim, a mulher guerreira, que não desiste nunca, Namasté!

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea, em especial aos professores: Lúcia Moreira, Elaine Rabinovich, Lívia Fialho, Mary Castro.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação da UCSAL pela atenção de sempre e em especial a Geraldo que me dava toda a atenção para além dos assuntos administrativos.

Obrigada!

O Século

Meu século, minha fera, quem poderá
olhar-te dentro dos olhos
e soldar com o seu sangue
as vértebras de dois séculos?

Enquanto vive a criatura
deve levar as próprias vértebras,
os vagalhões brincam
com a invisível coluna vertebral.
Como delicada, infantil cartilagem
é o século neonato da terra.

Para liberar o século em cadeias
para dar início ao novo mundo
é preciso com a flauta reunir
os joelhos nodosos dos dias.

Mas está fraturado o teu dorso
meu estupendo e pobre século.
Com um sorriso insensato
Como uma fera um tempo graciosa
tu te voltas para trás, fraca e cruel,
para contemplar as tuas pegadas.

(O Século. Osip Mandel'stam, 1923.
In: Agamben, G. O que é contemporâneo.)

Rosas, Maria Lúcia Garcia. Interferência estatal nas relações familiares. 190f. Salvador, 2013. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea. Universidade Católica do Salvador.

RESUMO

O tema desta dissertação é *A Interferência do Estado nas relações familiares*. Adota como marco os princípios constitucionais inseridos na Carta magna de 1988, que influenciaram na adoção de uma nova hermenêutica jurídica no que diz respeito às relações familiares em especial a relação paterno filial. Com a C/F de 1988 houve uma profunda mudança operada no Direito de família, que alterou o seu perfil para o de uma unidade de afeto e de solidariedade, sendo a mesma reconhecida como uma entidade instrumental voltada para priorizar os interesses de seus componentes, em especial os da criança e do adolescente, cujo assentamento passa a ser feito pelo princípio de proteção integral do menor. A supervalorização do afeto pelo Estado definiu o que seria uma relação familiar satisfatória diferenciando-a de outras relações ocorridas na vida cotidiana. Ações pedindo indenizações por dano moral são constantemente impetradas no intuito de condenar os pais abandonônicos por responsabilidade civil, expandido a raio da ação estatal no âmbito do direito de família. A supervalorização do afeto pelo legislador nas atuais relações familiares propiciou a que o Estado ampliasse a sua ingerência no seio da família, intervindo numa seara que não é, por suas particularidades, afeita a estas interferências. Com o escopo de sistematização do debate deste tema no estado da arte especializado, bem como na dogmática respectiva, operacionalizou-se pesquisa bibliográfica, com auxílio do método lógico-dedutivo. Procedeu-se leituras sucessivas e cruzadas de textos dos especialistas e dos dogmatizadores, registrando-os em fichamentos revisados frequentemente, sobretudo quando do cotejamento de ideias e conceitos contrastantes. Na lide com texto legal, procedeu-se a análise hermenêutica do art. 1.513 do Código Civil em vigor, que consagra o princípio da liberdade ou da não-intervenção na ótica do Direito de Família. Resulta da convergência da revisão de literatura e aplicação da hermenêutica jurídica o reconhecimento de que este princípio mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do Direito de Família, evitando assim, uma maior interferência do Estado. Como filtro de seleção de artigos-científicos que adensam a argumentação aqui arrolada, cotejada e construída, usa-se bancos de dados como a Biblioteca Virtual de Revistas Científicas Brasileiras (SciELO), dos quais são arregimentadas e selecionadas produções pertinentes à temática, além do Banco de Teses e Dissertações da CAPES/Domínio Público.

Palavras-Chaves: Família, Afeto, Abandono afetivo, Criança e Adolescente, Interferência estatal, Autonomia privada.

Rosas, Maria Lúcia Garcia. State interference in family relationships. 190f. Salvador, 2013. Thesis (Master) - Master in Family in Contemporary Society. Catholic University of Salvador.

ABSTRACT

The theme of this dissertation is the *State Interference in Family Relationships*. It adopts as a landmark the constitutional principles included in the Charter magna 1988 that influenced the adoption of a new legal hermeneutics with regard to family relationships in particular the parental-filial relationship. After the 1988 C/F a profound change was produced in Family Law, which changed the profile of the parental-filial relationship to a unit of affection and solidarity, being recognized as an instrumental entity aimed to prioritize the interests of its constituents, especially those of children and adolescents, whose settlement shall be done by the principle of full protection of the minor. The overvaluation of affection by the State defined what would be a satisfactory familiar relationship, distinguishing it from other relationships that occur in everyday life. Law suits demanding compensation for moral damages are constantly filed, in order to convict alienated parents for civil liability, and expanding the radius of state action within family law. The overvaluation of affection by the legislature on the current family relationships allowed the State to broaden its interference in the family, intervening in a field that is not, in its particulars, accustomed to these interferences. With the scope of discussion systematization on this theme in the art of specialized State, as well as in its respective dogmatic concept, literature searching was supported by aid of logical-deductive method. Successive and crossed readings were carried out on texts of experts and dogmatism thinkers, who recorded them in files frequently reviewed, especially when there is a readback of contrasting ideas and concepts. When dealing with the legal text, hermeneutic analysis was proceeded of article 1513 of the Civil Code in force, which enforces the principle of freedom or non-intervention in the optics of Family Law. Consequence from the convergence of a literature review and application of legal hermeneutics is the recognition that this principle has direct relation to the principle of private autonomy, which must also exist under the Family Law, thus avoiding greater State interference. As a selection filter of scientific articles that deepen this discussion here constructed and checked, databases such as from the Virtual Library of Brazilian Journals (SciELO), from which are collected and selected productions relevant to the topic, besides Bank of Theses and Dissertations from CAPES / Public Domain.

Keywords: Family; Affection; Alienation of Affection; Children and Adolescents; State Interference; Private Autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
 <i>Capítulo 1</i>	
UM OLHAR HISTÓRICO SOBRE A FAMÍLIA: DO PATRIARCADO ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988	22
1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	31
1.2 A FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	36
1.3 A FAMÍLIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002	40
 <i>Capítulo 2</i>	
A ORIGEM DO SENTIMENTO DE INFÂNCIA: A CRIANÇA NA ANTIGUIDADE ..	47
2.1 O CENÁRIO BRASILEIRO: A CRIANÇA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	57
 <i>Capítulo 3</i>	
O PODER FAMILIAR.....	76
3.1 DIREITOS E DEVERES DOS PAIS NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR	81
3.2 CESSAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	86
3.3 GUARDA	98
3.4 GUARDA COMPARTILHADA:	107
3.5 ALIENAÇÃO PARENTAL.....	111
 <i>Capítulo 4</i>	
O AFETO COMO VALOR JURÍDICO	119
4.1 O DIREITO AO AFETO	125
4.2 A CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO GARANTIA DO DIREITO AO AFETO.....	137
4.3 ABANDONO AFETIVO: CARACTERÍSTICAS	141
4.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	147
 <i>Capítulo 5</i>	
A INTERFERÊNCIA ESTATAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES	158
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	173
REFERÊNCIAS	177

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/1988 – Constituição Federal do Brasil de 1988

CF/37 – Constituição Federal do Brasil de 1937

CCB/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002

CCB/1916 – Código Civil Brasileiro de 1916

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

STJ – Superior Tribunal de Justiça

CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

PL – Projeto de Lei

INTRODUÇÃO

*"Famílias felizes se parecem,
toda família infeliz é infeliz à sua maneira"*

Leo Tolstói, In: Anna Karenina

O tema do presente trabalho é *Interferência estatal nas relações familiares*, um tema de atualíssima importância diante da incidência direta dos princípios constitucionais no Direito de Família, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), da solidariedade social (art. 3º, I, CF/88) e a igualdade substancial (art. 3º, III), levando o intérprete, em primeiro lugar, a separar dogmaticamente as situações jurídicas patrimoniais das situações jurídicas existenciais e assim, por conseguinte, fazer uma divisão entre a lógica das relações de apropriação e da atividade econômica privada, e a lógica da vida comunitária familiar destinada à formação e desenvolvimento da personalidade daqueles que a compõem, com proteção integral à criança e ao adolescente.

A família torna-se, assim, por força de tal contexto axiológico, pluralista, democrática, locus privilegiado para a comunhão de afeto e afirmação da dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade. O campo para aplicação da principiologia constitucional é amplo, com especial destaque no caso das cláusulas gerais utilizadas pelo legislador – embora a estas não se limite – abrangendo cada uma das regras do Direito de Família codificado.

Deu-se, a partir da Constituição Federal de 1988, uma maior importância não à família como instituição, e sim à família como uma entidade funcional voltada para a garantia dos direitos fundamentais de seus entes constitutivos, como sujeitos de direito, privilegiando, em especial, as crianças e adolescentes, bem como as relações paterno-filiais, passando o afeto a ser o suporte para essas relações. O legislador brasileiro entendeu que é no seio da família que se encontram as reais condições para que o ser humano viva feliz e plenamente, em especial a criança e o adolescente, por estarem em plena fase de desenvolvimento. A convivência familiar passou a ser entendida como necessária a esse desenvolvimento, uma vez que, só através dela, os membros viveriam uma relação de afetividade e harmonia. Por essa razão, o afeto passou a ter valor específico no entendimento da coletividade jurídica. Cuida-se, pois,

de uma reconstrução das categorias do Direito de Família, renovado pelos valores existenciais, processo hermenêutico cuja importância avulta no exame da filiação.

A supervalorização do afeto pelo Estado definiu o que seria uma relação familiar satisfatória diferenciando-a de outras relações ocorridas na vida cotidiana. As relações familiares da contemporaneidade, através de suas mais diversas manifestações, trouxeram para o judiciário o desafio de intervir em uma seara antes privada: o seio da família e toda a sua estrutura funcional. Os tribunais passaram a receber uma demanda até então inusitada: a busca da responsabilidade civil do pai que negligenciou o afeto aos seus filhos menores e o consequente pagamento pecuniário por tal falta, fundada no inarredável princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no da Paternidade Responsável. O direito de convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente é garantia constitucional; e cabe aos pais, Estado e toda sociedade garantir prioritariamente tal direito, conforme determinação do art. 227, da CF/1988:

Art. 227/CF – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A relação parental, com efeito, e em particular a filiação, põe em evidência uma série de situações jurídicas existenciais incompatíveis com o tratamento dogmático tradicionalmente forjado nas relações patrimoniais. Até pouco tempo atrás, as relações entre pais e filhos eram estudadas a partir da estrutura do direito subjetivo, categoria típica dos direitos patrimoniais e, por isso mesmo, inapto a servir como referencial para as situações jurídicas existenciais que medeiam o reconhecimento da filiação e a educação dos filhos como processo destinado à afirmação e ao desenvolvimento da personalidade.

Vale, mais uma vez, registrar que a Carta Magna Federal de 1988 consolida profunda mudança operada no Direito de Família ao longo do século XX, não só pelo reconhecimento de outras formas de família (união estável e família monoparental), mas e principalmente pela alteração do seu perfil, já que a entidade familiar passa a ser encarada como uma unidade de afeto e solidariedade, funcionando como um meio de realização pessoal de cada um dos membros, ou seja, local de desenvolvimento da dignidade humana, destacando assim, seu caráter *eudemonista*. Os pais passam, em condições de igualdade, a dividir o poder familiar

em relação aos filhos menores, sendo responsáveis por suas vidas no que diz respeito à educação, lazer, assistência material e emocional, bem como de favorecer a convivência familiar. É, portanto, com base na incidência dos princípios da Dignidade Humana, do Melhor Interesse para o Menor e o da Solidariedade entre seus membros, que o Estado determina uma convivência familiar como um direito-dever dos pais.

No entanto, com a obrigação de prestar assistência moral, afetiva e sendo obrigado a manter a convivência com os filhos, sob pena de ser responsabilizado por abandono afetivo, passível de indenização pecuniária, o genitor não-guardião se faz refém de uma legislação que o obriga a enquadrar seu afeto aos rigores da Lei. Trata-se de dois princípios fundamentais, o princípio da Solidariedade, que gera a obrigação aos membros familiares de dar assistência material e moral uns aos outros; e o princípio da Liberdade que dá ao ser o direito de expressar seu amor de forma peculiar, individual.

Este estudo pretende sinalizar tanto os problemas enfrentados no dia a dia das famílias separadas quanto os do judiciário, relativos à garantia do direito à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente. Propõe-se analisar o princípio de Direito de Família mínimo, verificando a possibilidade de aplicação da autonomia privada no âmbito do Direito de Família, buscando compreender os limites da interferência do Estado nas esferas jurídica e social, bem como a ação punitiva do Estado em caso de abandono afetivo por parte do genitor não-guardião e qual(is) o(s) impacto (s) dessa ação na efetiva manutenção do vínculo afetivo em famílias separadas. Incluem-se questões relativas às práticas de educação e cuidado do menor, a alienação parental como subsídio ao chamado abandono afetivo e a responsabilidade civil do pai/mãe que não convive com o filho. Far-se-á uma análise conceitual das famílias, da infância, do afeto e da interferência do Estado nas relações familiares através da responsabilidade civil no Direito de Família, buscando abranger a literatura pertinente ao assunto, a fim de verificar qual o impacto nas relações familiares e conseqüentemente na manutenção do vínculo afetivo nas famílias descasadas, com a ostensiva interferência do Estado.

Como o afeto passou a ter importância jurídica, se a família tradicional se organiza tendo em vista uma autoridade exercida pelos pais biológicos? E como a família, tão protegida pelo Estado, pode lançar mão do afeto como princípio para a sua constituição, estruturação e manutenção, uma vez que ela traz o “ranço” da autoridade parental?

A afetividade deve ser construída no âmbito subjetivo das relações interpessoais, em especial nas relações estabelecidas entre pais e filhos. As questões no âmbito do Direito de Família precisam ser tratadas com sensibilidade pelo aplicador da lei sob o risco de surtirem efeitos coletáveis desastrosos e, às vezes, irreversíveis. Assim, entende-se que somente através de uma análise e participação interdisciplinares nas questões de Direito de Família – o que exigiria do agente das ciências jurídicas não só um tecnicismo na aplicação do direito, mas também e principalmente a busca por outros saberes – é que se poderia entender a complexidade desse objeto chamado família. Saberes como os da Psicologia, Sociologia, Filosofia e Antropologia fornecerão subsídios para lidar com as questões de cunho interpessoal, próprias das relações familiares, e assim poder instrumentalizar o judiciário para a elaboração de uma decisão mais próxima a atender o princípio maior da Dignidade Humana.

Alguns magistrados brasileiros de primeira instância e grande parcela da doutrina vêm se posicionando a favor da indenização por danos morais oriundos de abandono afetivo. Todavia, diversos Tribunais de Justiça Estaduais do Brasil têm resistido a reconhecer a indenização por abandono moral, seguindo, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, a pesquisa buscará demonstrar os argumentos contrários e favoráveis à indenização por dano moral proveniente da conduta omissiva dos pais, com o fito de alcançar uma potencial fundamentação para o reconhecimento da indenização no âmbito do abandono afetivo.

A questão que envolve o abandono afetivo é particularmente compreendida como uma questão complexa: 1. Tradicionalmente, ficou entendido pela sociedade (talvez no inconsciente coletivo) que a guarda da criança pertencia, quase que exclusivamente à mãe, por ser ela a pessoa mais adequada para exercer a função de cuidadora, fazendo assim uma reverência ao mito do amor materno, ou seja, que o amor materno é inerente à condição de mulher, de parte da mãe. Tal mito foi questionado por uma tradição reflexivo-militante feminista, aqui recuperada mediante a obra *Um amor conquistado: o mito do amor materno* de Elisabeth Badinter (1985), que afirma ser o instinto materno um mito, ao constatar historicamente a extrema variabilidade de um sentimento materno, pois, para ela, tal amor está relacionado à sua cultura, ambições ou frustrações, afirmando ainda que, “esse sentimento pode existir ou não existir; ser e desaparecer. Mostrar-se forte ou frágil. Preferir um filho ou entregar-se a todos. [...] O amor materno não é inerente às mulheres. É ‘adicional’.” (BADINTER, 1985, p. 365); 2. A participação e prestígio do pai, por muito tempo, foi associada mais pela sua capacidade de

sustentar a família do que por qualquer outro serviço ou manifestação. Como pode agora o Estado cobrar a efetiva manifestação de afeto do pai não-guardião, condenando-o ao pagamento em pecúnia? Não estaria, mais uma vez, demonstrado que a esse “pai” resta, somente, a função de pagador? Não estaria o genitor não-guardião compelido a negar essa afetividade, já que forçada e que fere um direito individual fundamental? Como o legislador garantirá que o genitor e seus filhos estabelecerão uma relação com base na confiança, solidariedade e afetividade quando um passa a ser credor do outro?

A escolha do tema é fruto dos estudos realizados na área de Direito de Família, durante atendimento em terapia de família, bem como em mediação familiar para a solução das questões que emergem no constructo das famílias em situação de conflito. Existe, na prática, o anseio por uma advocacia mais sensível e apta para intervir de forma mais adequada à complexidade do fenômeno e consensual no atendimento das delicadas questões familiares, que, por suas peculiaridades, não suportam uma interferência estatal calcada na ação coercitiva delineada pela punição e penalização. Por isso, é urgente a participação do profissional que milita na área do Direito de Família – um esforço redobrado para expandir seus conhecimentos, não somente da norma legal, mas perseguir o fim de conciliar a técnica à sensibilidade, no trato dos problemas vivenciados no âmbito das famílias, seja qual for a sua formatação ou estrutura. Metodologicamente, optou-se por um trabalho de natureza epistêmica, utilizando-se, na construção, as técnicas da exegese e da hermenêutica aplicadas aos textos jurídicos. Desenvolvidas inicialmente para auxiliar na interpretação das escrituras bíblicas, a exegese e a hermenêutica instrumentalizam a busca da exata interpretação dos dispositivos normativos. Na exegese, analisa-se um texto específico de maneira exaustiva, portanto, é o estudo cuidadoso e sistemático que visa descobrir o significado original que foi pretendido. É a tentativa de descobrir qual era a intenção original do autor. A exegese deseja analisar uma determinada palavra inserida em um texto específico e ir ao mais profundo do seu significado. Segundo Vicente Ráo¹, na hermenêutica, investigam-se, de modo sistemático, os princípios que disciplinam a apuração do conteúdo, no sentido e nos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação. Seus variados métodos lançam mão de elementos históricos, sociológicos teleológicos, e axiológicos, entre outros.

¹ Ráo Vicente. O direito e a vida dos Direitos. 5. ed. Anotada e atualizada por Sandoval, Ovídio Rocha Barros – São Paulo: RT, 1999.

Pretendeu-se, dessa forma, além da apreensão do sentido e do contexto em que foram produzidas as normas jurídicas, a identificação do seu alcance e da sua efetividade enquanto elementos diretivos de comportamentos e balizadores para a decidibilidade de conflitos.

Pesquisaram-se ainda autores da Sociologia, da Antropologia, da História, da Psicologia e da Filosofia, para subsidiarem o debate de certos núcleos conceituais caros à análise do campo jurídico, porque se compreendeu necessária a interdisciplinaridade dessas áreas do saber, para delinear com maior nitidez, o foco jurídico contemporâneo da intervenção estatal nas relações familiares aqui referidas. Partiu-se da ideia de um percurso recíproco entre parâmetros sociais para delinear o que está implícito no exercício do poder familiar que autoriza o Estado a intervir na seara da família. Contudo, também analisou-se que alguma interferência estatal se faz necessária no intuito de preservar a aplicabilidade dos direitos jurídicos fundamentais. Buscou-se mostrar que o princípio da liberdade deve estar assegurado no contexto da família e em sua relação com o Estado e demais cidadãos, pois a Constituição Federal de 1988 garante tais princípios protegendo os integrantes da família atual.

A metodologia adotada para a realização do presente trabalho consiste em pesquisa bibliográfica como forma de obtenção de dados nos planos da literatura especializada, da legislação e da jurisprudência bem como, no estudo dos posicionamentos dos doutrinadores e estudiosos do direito acerca das dimensões em que o Estado impõe sua vontade no contexto familiar e até que ponto esta interferência garante o cumprimento dos fundamentos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição em uma perspectiva analítica da responsabilidade civil por abandono afetivo, apurando o fato de que esta, ao representar por determinação, por parte do Estado, de como deve proceder o genitor não-guardião para estabelecer o vínculo afetivo com a sua prole, coloca em evidência a questão da interferência do Estado na vida privada e subjetiva dos indivíduos neste âmbito tão importante e particular que é a família. Do ponto de vista metodológico-protocolar, recolhe-se e se efetiva uma combinatória entre os elementos que os especialistas sustentam como indicadores do tratamento dispensado à afetividade como noção jurídica, correlacionando-os com a rede complexa de conceitos legais definidores do Direito de Família. Para a efetivação de tal proposta, faz-se uso da revisão bibliográfica, operacionalizada a partir do isolamento, da problematização e da análise de argumentos ordenados em fichamentos sistemáticos, visando construir núcleos argumentativos que garantam sustentação ao debate aqui ensejado. Com filtro pertinente e focado no tema desta dissertação, foi procedida a seleção de artigos científicos que adensam a

argumentação aqui arrolada, cotejada e construída. Tal filtro é usado no acesso aos bancos de dados como a Biblioteca Virtual de Revistas Científicas (como a Scielo, por exemplo), dos quais são arregimentadas e selecionadas produções dos grupos especializados pertinentes à temática, além do Banco de Teses e Dissertações da CAPES/Domínio Público.

O trabalho está dividido em cinco capítulos. Para atender à expectativa de uma investigação desenvolvida em ambiente interdisciplinar, usou-se do recurso das ciências humanas, mais especificamente da História e da Antropologia para enriquecer a análise a respeito da família e suas extraordinárias mudanças. Seja analisando-a a partir de uma abordagem socioantropológica ou através dos comportamentos conjugais e parentais, ou ainda em suas relações interpessoais – o que se observa é que as ideias sobre família/famílias foram se modificando ao longo das décadas paralelamente às mutações nas relações sociais.

Desse modo, os capítulos 01 e 02 situam o tema dentro de um aspecto histórico-jurídico, na tentativa de emoldurá-los e, assim, construir um espaço que permita delinear a interseção do social com o jurídico, atendendo a uma exigência metodológica própria da interface interdisciplinar, que consiste em discutir sobre a família, a criança e o afeto estabelecendo um diálogo interativo entre as diversas áreas do conhecimento, tais como direito, Sociologia, História e Antropologia, entre outros saberes convocados na construção de abordagens fomentadas pela Universidade Católica no seu Programa *Stricto Sensu* em Família, e em atendimento ao caráter interdisciplinar do Programa de Pós- Graduação em Família na Sociedade Contemporânea.

O primeiro capítulo trata da observação a respeito das profundas transformações ocorridas, ao longo dos séculos XIX e XX que contribuíram para a transformação da estrutura familiar. Observa-se o declínio da família patriarcal e a ascensão do modelo atual de família, baseado no afeto, no respeito, na solidariedade e no companheirismo. Será feita então uma análise da importância do patriarcado e sua redefinição até os dias atuais. A pergunta que se faz diz respeito a que tipo de família é referida, dado que a família contemporânea se apresenta de forma caleidoscópica, seja ela do ponto de vista social, econômico ou jurídico, uma vez que, a família hoje constitui um espaço relacional em que estão presentes a liberdade e a solidariedade entre os seus componentes, no que tange às suas escolhas e desejos.

A partir de uma conceituação e delimitação do debate acerca da família e suas transformações, parte-se para uma reflexão sobre a infância – a construção social de uma

consciência em relação a esse período de idade e os avanços no reconhecimento da importância de uma política de proteção aos infantes. No capítulo 02, é destacada a origem sociológica e jurídica do conceito de infância e o tratamento dado à criança brasileira, fazendo um adendo em relação à infância da criança pobre, que foi originalmente vista como um problema social que deveria ser urgentemente resolvido. A questão que orienta esse capítulo é: o que se está fazendo para que a criança pobre tenha seu direito à convivência e, portanto, ao afeto? para que o discurso da afetividade na família seja compatível com a realidade dessas crianças. A vulnerabilidade dos menores e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas ainda em fase de desenvolvimento foram aspectos determinantes para a Constituição Federal de 1988 instituir um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais *infanto-juvenis*, orientado pela Doutrina da Proteção Integral. Assim, o segundo capítulo retratará a evolução histórica da concepção da infância, como era o tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes e o que mudou no curso do tempo que originou todo um elenco de legislações voltadas para essa etapa da vida. Com o escopo de verticalizar o debate acerca da necessidade de tornar efetivo os complexos direitos atinentes aos menores, a pesquisa procurará apresentar, como bases essenciais à garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, e da convivência familiar.

Partindo desses dois referenciais históricos, construiu-se uma investigação em relação à aplicabilidade do princípio da afetividade como base das relações familiares, especialmente no que diz respeito à filiação e ao exercício do poder familiar. O capítulo 03 traz os reflexos da Carta Magna para a disciplina das relações familiares constantes no Código Civil de 2002, abordando pontualmente os institutos do Poder Familiar e da Guarda. O maior objetivo desse capítulo é analisar o instituto do Poder Familiar por entender que ele traz em si uma mudança significativa em relação à autoridade parental, refletindo uma transformação da relação parental de hoje, pois ela é pautada no afeto e na solidariedade, bem como na paternidade responsável. E assim, com base na igualdade entre os gêneros no exercício do poder familiar, a equiparação dos filhos e a aplicabilidade do princípio da afetividade, deu-se a esse instituto uma estatura jurídica e social nunca antes vista na história do Direito de Família. Procurou-se fazer uma análise da relação entre o arcabouço básico do conjunto de deveres que compete à família, e especialmente aos genitores, e a consequente atuação do Estado na cobrança desses deveres.

Com base nas pesquisas a respeito da responsabilização dos pais em relação ao exercício do poder familiar, chegou-se ao aclamado direito ao afeto que a grande parte da doutrina cobra dos genitores, em especial do genitor que teve a relação conjugal desfeita. No capítulo 04, trata-se do direito constitucional da criança e do adolescente de ter uma convivência familiar e comunitária regular e satisfatória. Será abordado o desafio de reconhecer, ou não, o dever de indenizar por abandono afetivo – cobrado pelo Estado, através de uma compensação pecuniária, o fato do genitor não-guardião deixar de manter uma convivência regular com sua prole. Tal discussão divide os doutrinadores. A responsabilidade civil por abandono afetivo se estrutura no argumento de que o pai que não facilita ou estimula uma convivência regular com o filho, após deixar o lar conjugal, está cometendo um ato ilícito, portanto passível de responsabilização.

Por último, levando em consideração a abordagem da família feita pelo Código Civil de 1916 como sendo uma abordagem que tutelava a família como uma entidade abstrata e despreocupada com o interesse particular de cada um de seus membros, observou-se a incidência de normas cogentes no âmbito do Direito de Família, por entendê-la como um entidade de cunho patrimonialista, o que prejudicava o exercício da autonomia privada. Passa-se, desse modo, a se questionar acerca da interferência do Estado na família atual levando em consideração o seu caráter personalíssimo e a consagração do afeto como elemento fundante das relações familiares. O afeto não está literalmente escrito na Carta de 1988, ele decorre da valorização constante da dignidade humana. Trataremos o tema com base no Princípio da Autonomia Privada, por entender ser o reconhecimento do afeto uma autorização do exercício dessa autonomia.

Portanto, esta é uma pesquisa de natureza bibliográfica, que usa o recurso da leitura e análise da lei, jurisprudência e da doutrina. E em respeito à exigência de interdisciplinaridade, procurou-se comparar esse estudo da lei com as pesquisas no campo das ciências humanas, que também apontam para as mudanças ocorridas na família nos últimos séculos. Utilizou-se o método lógico-dedutivo na análise da estrutura familiar atual e a interferência do Estado nestas relações. Tal pesquisa tomou como base a legislação e a jurisprudência, em especial os princípios constitucionais elencados na Carta de 1988, que contemplam a concepção instrumental da família, evidenciando assim os princípios fundamentais para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Pretende-se, com este trabalho, analisar a inserção do afeto como categoria jurídica e a implicação dessa inserção no âmbito familiar que tem consequência à interferência estatal que, ao se imiscuir na seara doméstica, dita de que forma esse afeto deve ser expressado e quais as consequências de sua inadimplência. Essa pesquisa não se arvora em esgotar o assunto, mas busca colaborar com aqueles que de uma forma ou de outra lidam com as questões que se apresentam no âmbito do Direito de Família ou mesmo dentro das famílias, como é o caso dos psicólogos, terapeutas e mediadores familiares.

Capítulo 1

UM OLHAR HISTÓRICO SOBRE A FAMÍLIA: DO PATRIARCADO ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Falar de uma família que foi e ainda é uma instituição representativa, significa dizer que essa estrutura social vai continuar a representar os acontecimentos mais importantes e significativos de uma sociedade em seus mais diversos segmentos. O patriarcado é a visão alcançada quando se debruça no estudo acerca da família, e é isso que, de certo modo, dá uma segurança, que autoriza este estudo, a partir de uma determinada “evolução” da família, permitindo refletir sobre sua trajetória, suas acepções, em uma perspectiva histórica e social, determinada por um período e pelos anseios de um época. Essa dialética, no dizer de Maffesoli (2011), gera a motivação de se olhar o passado:

Denken, andenken. Sem memória, não há reflexão. Ainda neste aspecto tal postura exige certa *humildade*, no sentido pleno do termo: o que nos remete ao *húmus*, ao que é *humilde*. Seremos capazes de reconhecer que somos, na melhor das hipóteses, autofalantes de algo que nos é anterior e, ao mesmo tempo, nos ultrapassa (MAFFESOLI, 2011, p. 38)

Não existe consenso acerca da formação e evolução da instituição familiar, havendo alguns estudos históricos e sociológicos para demarcarem as primeiras formações familiares, as relações de parentesco e o desenvolvimento dessa instituição. Na atualidade, depara-se também com a dificuldade de conceituar a família, seja no âmbito jurídico, seja no escopo das demais ciências humanas. A temática do presente trabalho privilegia a concepção de família de uma forma mais ampla do que simplesmente uma reunião de pessoas selada pelo matrimônio.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em um transcendente avanço epistemológico, contemplou aspectos sociais que fizeram com que a acepção de família, seu modelo tradicional, sofresse profunda transformação, redimensionando e reconfigurando a instituição familiar à luz do novo direito civil. Com isso, fez-se premente a necessidade de se discutir institutos já existentes e, ao mesmo tempo, alcançar e reformular outros modelos familiares que habitavam à margem da Carta Magna como, por exemplo, as uniões estáveis e a família monoparental.

Com a evolução dos fatos sociais e, conseqüentemente, do Direito, historicamente, o Estado deixa de ter a sua atuação limitada pela Constituição e passa a atender ao cidadão, adotando novos valores: os valores individuais (liberais) são substituídos por valores sociais. Adotam-se princípios constitucionais que se integram às normas infraconstitucionais, o que, para maioria dos autores, representa uma constitucionalização do direito civil. Ou seja, caracteriza-se pela possibilidade de intervenção do Estado nas relações de cunho privado submetendo o direito positivo aos fundamentos de validade constitucional que se encontram estabelecidos, em razão da limitação sofrida pelo próprio Estado de ter de observar os princípios e garantias individuais assegurados, em cumprimento aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Pretende-se, assim, iniciar um diálogo acerca do direito civil contemporâneo, racionalizando-se o direito de família à luz da axiologia constitucional, em especial, focando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, através de uma visão interdisciplinar. A proposta aqui é fazer uma análise a partir da Constituição Federal de 1988, que adotou princípios cuja eficácia depende, além de instrumentos que viabilizem o seu exercício, de uma nova visão e novas posturas frente ao direito de família tradicional. É importante reconhecer a eficácia imediata e horizontal dos Direitos Fundamentais descritos na Carta Magna e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, aplicando-os diretamente às relações particulares, em especial, às relações familiares.

Um dos objetivos deste trabalho é fazer uma análise da família a partir do patriarcado, tentando enxergá-lo não como uma erva daninha que danificou o solo social e estragou as almas que por ele passou. Que a família mudou não resta nenhuma dúvida, pois ela participa do dinamismo que se estabelece nas relações sociais, e sofre a influência de todo o contexto político, econômico e cultural de que faz parte. Isso resultou em uma família contemporânea caracterizada por uma grande variedade de formas (PETRINI, 2004, p. 15) trazendo para alguns especialistas a impressão de que uma grande desordem estava se instaurando ou havia se instaurado na família.

Ao analisar a família contemporânea, a socióloga Cynthia Sarti (2004) entende que “seus parâmetros de ordem se esgarçaram de tal maneira que se torna cada vez mais difícil definir claramente os contornos que delimitam a família.” Segundo ela, isso é decorrente de importantes abalos em sua estrutura, bem como de interferências externas, o que levou à dificuldade de se sustentar a ideologia que associa a família à ideia de natureza

eminentemente biológica, e não de uma construção social. Afirma essa autora, que estas interferências expõem uma lógica familiar própria que ultrapassa a fronteira do natural:

“... ao evidenciarem que os acontecimentos na família vão além de respostas biológicas universais às necessidades humanas, mas configuram diferentes respostas sociais e culturais, disponíveis a homens e mulheres em contextos históricos específicos.” (SARTI, 2004, p. 194).

Mesmo não havendo entre os antropólogos e sociólogos um consenso quanto à origem ou até mesmo sobre as primeiras formas familiares, a tendência atual é debater que a família está em constante mudança e que sofre interferências externas, oriundas do contexto social em que está inserida. A noção das primeiras formas de família está associada a nossos primórdios como um agrupamento de pessoas, organizado para garantir a sobrevivência e a subsistência de seus integrantes. Nesse período, a família era o reflexo dessas necessidades e sua organização se pautava – como também ainda hoje – no atendimento às mesmas, existindo mais um entrelaçamento parental do que necessariamente uma unidade de família nuclear, como bem expressa Lafayette Pozzoli:

Na medida em que as criaturas são incapazes de sustentar-se por si mesmas, são conduzidas à formação de uma horda, uma associação, um grupo familiar. A associação constitui-se, desenvolve-se e mantém-se unida para que todos, conjuntamente, obtenham os meios de subsistência. Nessa comunidade todos são parentes, de modo que a família é a primeira e, inicialmente, uma única relação social nas comunidades primitivas. (POZZOLI, 2001, p. 23)

Lévi-Strauss destaca a universalidade da família a partir da natural diferença dos sexos – que, segundo ele, aliado à união de duas outras famílias – fornecedoras de suas respectivas crias, estabelecendo uma aliança, forma a estrutura da família nuclear. Assim, a família sistematicamente se apresenta ordenada, resultando em uma lógica interna que a sustenta e a define em cada uma de suas apresentações. Essa lógica familiar, talvez caracterize o que, para Lévi-Strauss (1982, p. 41), seria a distinção entre estado de natureza e estado de sociedade, ou seja, o homem responde às excitações exteriores ou interiores, de acordo com a sua natureza ou de sua condição, sua cultura, pois, para ele: “O homem é um ser biológico ao mesmo tempo que um indivíduo social”. Não se pode olhar a família somente do ponto de vista antropológico, é preciso fazer um apanhado histórico para entender como se deram as mudanças que, segundo Roudinesco, “caracterizaram a desordem de que parece atingida na atualidade”. O que quer dizer que a família é também um grupo social e que ela, antes de sua

existência no Direito Romano, não se constituía como uma organização jurídica, como bem analisa Brauner, (2001):

[...] Divergem os antropólogos e sociólogos acerca das primeiras formas de família existentes na humanidade. Isto porque pode-se somente supor, imaginar, como seriam as relações familiares anteriores à formação da família existente no Direito Romano, sendo que os estudos sobre a família originária são bem mais de ordem sociológica e antropológica, do que jurídica. (BRAUNER, 2001, p. 22).

Num passado mais próximo tem-se a lembrança da família romana que dotava na figura do patriarca, o *pátrio* poder, pois, era ele a autoridade máxima, a quem os demais membros da família e os seus escravos deviam obediência, sendo exigida da mulher a exclusiva monogamia. Essa família tinha na figura do *pater familias* – exercido exclusivamente pelo varão – seu representante maior, pois ele podia vender, expor, abandonar ou até mesmo matar o filho, tratando-o como coisa. Ela se fundamentava nas condições econômicas, nas quais o patrimônio era considerado um valor acima até da própria vida. No direito romano arcaico, a família se encontrava inserida em um contexto mais amplo da *gens*, integrada por todos os chefes de família e seus dependentes que descendem de um ancestral comum.

Em sua obra intitulada *A família em desordem*, Elisabeth Roudinesco (2003) percorre o caminho da história da construção da família, atravessando os percursos psíquicos, políticos e econômicos que forneceram elementos para a construção dessa instituição, desde a antiguidade até a “pós-modernidade”. Ao analisar a família ocidental, Roudinesco destaca três importantes períodos que foram caracterizados por diferentes formas de organização familiar, desde a família tradicional – pautada pela transmissão do patrimônio – a família construída como fruto do amor romântico e finalmente a família moderna, contemporânea que se fundamentou no amor e no prazer. A autora percorre, à luz da psicanálise, o caminho da história da formação das comunidades, das ações do Estado e das religiões para falar desses três períodos que serviram de cenário para a construção das diversas formas de organizar a família.

Falar em uma desordem em relação às mudanças ocorridas na família, mais especificamente em sua estrutura funcional, seria, de certo modo, um exagero. O que se apresenta como desordem é, na verdade, um deslocamento ocorrido nas posições ocupadas por seus integrantes através de suas recomposições, que ora as distende, ora as reduz. Para Donati (2008), o que existe é uma “crise” entendida como sinônimo de um emergir das tensões nas relações conjugais e entre gerações. Defende o autor que a transformação da família pode ser

denominada “*morfogênese*, uma vez que significa e exprime o originar-se de novas formas familiares” (DONATI, 2008, p. 63).

Quanto mais se difundem as rupturas familiares, tanto mais a idéia de que a família tenha um ciclo de vida próprio se enfraquece: no passado a família (uma mesma família, baseada no matrimônio) nascia, crescia e morria; agora os indivíduos podem passar de uma família a outra e também recomeçar tudo de novo, de modo que a trajetória linear de um grupo familiar é menos freqüente ou menos esperada. (DONATI, 2008, p. 63)

Desta forma, seria impossível analisar as transformações ocorridas hodiernamente com a família brasileira sem fazer uma digressão aos acontecimentos vividos pela sociedade e em especial àqueles decorrentes da globalização, uma vez que existe uma evidente revolução de costumes, que se instalou de forma tão acelerada que o direito não consegue acompanhar. E não só, por não se encontrar apto para normatizar sobre tais fatos sociais, mas, e principalmente, por, mesmo tendo condições de normatizar alguns fatos sociais, não o fazer em tempo hábil, de modo a atender às necessidade e anseios da sociedade de determinada época.

A família contemporânea passa a ser um espaço relacional mais do que uma instituição, passando a dar maior importância aos sentimentos e às escolhas individuais, diferente do que ocorria nas famílias patriarcais. Aqui os sentimentos e as prerrogativas de seus membros passam a ganhar uma importância fundamental que coloca o afeto como organizador e estruturador das relações interpessoais e familiares. Teixeira (2005, pp. 9-10) reforça o caráter social da família e o como sua conformação está dialogicamente ligada ao contexto sociopolítico de uma dada sociedade. Para o autor, essas mudanças acontecem acompanhando as alterações ocorridas nas crenças, valores sociais, filosóficos, antropológicos e sua congruência com o sistema jurídico de cada época, povo ou nação. Evidencia também o contexto histórico e seus diversos âmbitos como o referenciador das mudanças ocorridas no seio da família e em suas relações.

O contexto histórico referencia as mudanças ocorridas no interior da família, tanto no âmbito da economia, da política como também da cultura. O contexto histórico está diretamente atrelado às mudanças sucedidas no interior da família. O universo doméstico não vive de forma paralela ao “mundo” externo, desvinculada dos respectivos âmbitos, muito pelo contrario todos esses aspectos formam um corpo único, de modo que as transformações acontecem de forma dialética nas diversas perspectivas. (TEIXEIRA, 2005, pp. 9-10)

A “lupa” aqui é posta para questionar o tipo de família que está sendo referendada, dado que a família contemporânea se apresenta de forma caleidoscópica, seja ela do ponto de vista social, econômico ou jurídico, com o propósito de evitar fazer uma análise superficial que a enxergue apenas sob uma perspectiva tradicional ou moderna. Seja analisando a partir de uma abordagem socioantropológica – a história familiar, as transmissões, as heranças, etc. – ou analisando o primado da conjugalidade – os comportamentos conjugais e parentais e as relações interpessoais – o que se observa é que as ideias sobre família/famílias foram se modificando ao longo das décadas paralelamente às mutações nas relações sociais e principalmente nas mudanças demográficas: “queda das taxas de mortalidade e nupcialidade, crescimento do divórcio, das uniões livres (hétero e homossexuais), das recomposições familiares e da coabitação intergeracional.” (PEIXOTO, 2007).

Giddens (2000a) já se expressa mais cauteloso quanto à diagnose de uma família ou de várias famílias contemporâneas e assegura que há muito o que temer em relação ao estado da família nos países ocidentais e em outros, concluindo que:

É tão errôneo dizer que toda forma de família é tão boa como qualquer outra quanto sustentar que o declínio da família tradicional é um desastre. Eu viraria a argumentação da direita política e fundamentalista de cabeça para baixo. (GIDDENSa, 2000, p. 74).

Para Göran Therborn (2006), responsável por uma audaciosa análise da instituição familiar em termos mundiais do último século, o patriarcado era exercido em duas dimensões “intrínsecas e básicas: a dominação do pai e a dominação do marido, nessa ordem”. Ou seja, o que determinava a modelagem do patriarcado como forma de relação familiar era sua dinâmica nas esferas de geração e de gênero.

O pai de família da lei romana tinha três poderes básicos: *potestas* – incluindo o “direito de vida ou morte” sobre seu filho durante toda a sua vida; *o manus*, sobre sua mulher, e o *dominium*, sobre sua propriedade. Quando o *manus* começou a se tornar obsoleto, no início da era imperial ou cristã, como é conhecida hoje, a mulher permaneceu sobre o potestas de seu pai. (THERBORN, 2006, p. 30)

Therborn (2006), chama a atenção inclusive para a assimetria no patriarcado entre as relações do pai com os filhos e deste com as filhas, pois “o núcleo do poder patriarcal consistiu, acima de tudo, no poder do pai sobre a filha e no do marido sobre a mulher”, demonstrando, também, uma variável do patriarcado mais suavizada quando se tratava da relação entre o pai

e o filho. A mulher, nessa concepção familiar, estava subjugada ao pai ou ao marido em uma constatação de uma relação com aspectos que mostravam ser ela totalmente hierarquizada e heterônoma, conforme elenca o autor.

Com relação às relações entre marido e mulher, os principais aspectos são: a presença ou ausência da assimetria sexual institucionalizada, tal como na poligamia e nas regras diferenciais para o adultério; a hierarquia de poder marital, expressa pelas normas de chefia marital e de representação familiar; e a heteronomia, ou seja, o dever de obediência da mulher e o controle do marido sobre sua mobilidade, suas decisões e seu trabalho. (THERBORN, 2006, p. 30).

Ele faz uma análise do patriarcado de uma forma mais ampla e detalhada, observando que o patriarcado, no sentido geral de poder assimétrico e masculino de parentesco, apresentava diversas variantes de organização, seja em relação à descendência, os padrões matrimoniais de cada família ou do povo, até a nomenclatura de parentesco, existindo, inclusive, outro princípio de hierarquia: o “da seniority² institucionalizada: – no sistema de gênero associado à geração – na superioridade do mais velho sobre o mais novo, entre irmãos ou, de modo geral, entre ocupantes da mesma posição.” (THERBORN, 2006, p. 31).

Muito interessante é a análise desse autor sobre o que ele chama de um “quadro de continuidade adaptativa” que se apresenta, apesar das enormes mudanças nos padrões de propriedade – como o surgimento do proletariado, a urbanização e a industrialização – como uma “relativa estabilidade do patriarcado europeu de 1600 a 1920/50, contrastando com as importantes mudanças ocorridas nos últimos cinquenta ou oitenta anos do século XX”. Ou seja, apesar de todos esses grandes acontecimentos terem desafiado o patriarcado, ele subsistiu de forma moderada, servindo, inclusive, de sustentáculo e até favorecendo a Revolução Industrial como, por exemplo, através das experiências do Japão e do Leste Asiático em geral, que não faziam jus à correlação de mudança social, econômica e familiar, preconizada “pelos sociólogos funcionalistas de meados do século XX”, pois a família nuclear do noroeste proporcionava uma “pré-condição” que basilar essa revolução. A questão que se torna emergente para o autor é: diante de tais mudanças “como pode ser explicada a continuidade básica do moderado patriarcado europeu por volta de 1900? Como poderíamos considerar e avaliar as forças do conflito e da mudança institucional?” (THERBORN, 2006, p. 40-41)

2. Segundo NT, seria mais ou menos o equivalente a sênior, embora os dicionários brasileiros não registrem nenhum termo para a qualidade ou condição de sênior (seniority).

Giddens (2000a), por sua vez, vê esta “continuidade adaptativa” com outros olhos, pois ela seria prejudicial para a igualdade sexual que, segundo o autor, não se trata apenas de um princípio essencial da democracia, mas de relevância para a felicidade e a realização das pessoas:

A persistência da família tradicional – ou de aspectos dela – em muitas partes do mundo é mais inquietante que seu declínio. Pois quais são as mais importantes forças promotoras da democracia e do desenvolvimento econômico nos países pobres? Ora, precisamente a igualdade e a educação das mulheres. E o que precisa ser mudado para que isso se torne possível? Acima de tudo, a família tradicional. (GIDDENSa, 2000, p. 74)

Esses dois autores trazem uma análise interessante no que diz respeito ao impacto das transformações sociais ocorridas com o declínio do patriarcado. Porque, apesar de todas as transformações e mudanças que ocorreram na família ao longo do século, subsiste um núcleo representativo da família tradicional? Que fatores contribuíram para uma espécie de “manutenção” de aspectos dessa família? Porque para a ciência jurídica a solidariedade entre os familiares constitui um dos alicerces para manter a família em ordem? Como o afeto passou a ter importância jurídica, se a família tradicional se organiza tendo em vista uma autoridade exercida pelos pais? E como a família tradicional, tão protegida pelo Estado, pode lançar mão do afeto como princípio para sua constituição, estruturação e manutenção, uma vez que, traz ela o “ranço” da autoridade paterna?

Para esse autor, a persistência do patriarcado ou de alguns de seus aspectos seria mais prejudicial que seu declínio, uma vez que, sua existência enfraqueceria as forças mais importantes para a promoção da democracia (tais forças seriam precisamente a promoção da igualdade e a manutenção da educação feminina) e que para isso a família tradicional deveria ser modificada e assim permitir o desenvolvimento econômico nos países pobres. Therborn (2006, p. 42-44) cita quatro componentes-chaves que sustentaram o patriarcado europeu mesmo diante do desafio da proletarianização, da urbanização e da industrialização:

1. “O desenvolvimento da “economia do salário familiar [...] – o *Pater familias* não era mais um proprietário de terras, que alocava trabalho e transmitia a propriedade, mas era ainda o cabeça de um empreendimento familiar.[...]”; 2. “O patriarcado do tipo europeu proporcionava nichos de baixo status para muitos proletários que não cabiam na economia de salário familiar – [...] as crianças nascidas fora do casamento, embora, claramente, de classe baixa, não eram nem uma desgraça nem uma ameaça à ordem estabelecida.” 3. “Os padrões normativos e a natureza do seu centro de poder eram extremamente importantes. A aristocrática sociedade de corte do século XVIII abandonara diversas normas familiares em prol da libertinagem sexual generalizada. Contudo, esse tipo de sociedade dependia

crucialmente da benevolência real, que assim tornava o favor cortesão muito mais importante do que a administração da propriedade familiar.[...] O novo modo de produção ascendente, o capitalismo industrial, não era apenas um sistema de racionalidade mercantil. Tinha uma pesada âncora social na família patriarcal, tal como foi tão bem retratado por Thomas Mann em *Os Buddenbrooks* (1903). 4. Finalmente, em quarto lugar, foi a industrialização que tornou possível a reprodução em grande escala das normas patriarcais. A industrialização europeia, única em seu sucesso e extensão, criou uma grande classe trabalhadora a partir dos proletários. [...]. Essa classe trabalhadora, embora não sendo altamente qualificada, logo adquiriu recursos suficientes para, mais ou menos, seguir as normas familiares da classe dominante.” (THERBORN, 2006, pp. 42-44).

Para Therborn (2006, p. 38), “até 1900, o sistema familiar europeu... em diferentes graus, fora colocado sob pesada pressão por uma revolução sociodemográfica iniciada no século XVIII.”

“Sociologicamente, a família teve de adaptar-se às migrações em massa de longa distância, da Europa às Américas e à Oceania, da China; através do Mar do Sul da China, mas também atravessando o Pacífico. Famílias indianas moveram-se pelo Oceano Índico, para a África do Sul e do Leste; para o Caribe e para Fiji. A migração do campo para a cidade adquirira enormes proporções na Europa. A proletarização em massa, seja por causa do crescimento populacional, da mudança técnica ou por causa da força superior da propriedade da terra; e a emergência de uma “classe de trabalhadores em serviços” de tamanho considerável, até 1900 já tinham mudado radicalmente as premissas das relações familiares nas regiões mais importantes da Europa, nos Estados Unidos e em outros assentamentos europeus. [...] Nas Américas, nos Estados Unidos, em Cuba e, particularmente, no Brasil, o término da escravidão fez com que a recém-emancipada população negra se defrontasse com novas opções familiares marcadas por severos constrangimentos socioeconômicos.” (THERBORN, 2006, pp. 37-38).

Por sinal, a segunda metade desse século foi o período da mudança global mais rápida e radical da história do gênero humano e das relações geracionais – concentrando-se, segundo Therborn, (2006, p. 114), em três períodos de encadeamentos sociais e política internacional: “por volta da Primeira Guerra Mundial, logo após a Segunda Guerra Mundial e logo após “1968”.” Essa foi a ocasião da primeira queda real do domínio patriarcal no mundo moderno de acordo com o exposto na obra já citada desse autor. Época ainda em que se implementou uma série de legislações voltadas para as questões do casamento, e de reforma do Direito de Família, garantido entre outros direitos a igualdade de gênero, livre escolha do casamento, a secularização do casamento e o direito de a mulher trabalhar fora de casa, tudo isso na Europa Ocidental.

Partindo do ponto de vista da existência de uma continuidade adaptativa em relação ao patriarcado, seja ela entendida como prejudicial à democracia, favorecedora ou até mesmo um sustentáculo da Revolução Industrial, como isso contribuiu para que a ciência jurídica fizesse uma verdadeira troca de paradigma em relação à família patriarcal? E como isso determinou o surgimento do conceito de família baseada na afetividade? Quais os princípios determinantes para essa constitucionalização da família e como o afeto passou a ter importância fundamental em sua concepção?

1.1. CONCEITO DE FAMÍLIA E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Uma das primeiras legislações a inspirar o regramento das relações familiares foi as Ordenações Filipinas que comportavam a regulação dos comportamentos em família. No Brasil, foram os documentos legais da Era Colonial,³ Imperial⁴ e Republicana⁵, em sua fase anterior à Constituição de 1988, que disciplinaram e consolidaram o exercício do patriarcado trazendo, no corpo da lei, o pátrio poder como a garantia de que a lei conferia ao pai pleno poder quanto aos bens e pessoa dos filhos menores de 21 anos. Essa legislação não contemplava a participação da mulher e dos filhos no âmbito familiar (BEVILÁQUA, 1960, p. 257). Esse perfil legislativo contemplava um modelo de família patriarcal, hierárquica, demonstrando que a desigualdade entre seus membros já vinha de longa data, o que caracterizava um engessamento no modo de ver e lidar com essas relações.

A primeira e única Constituição do período Imperial, outorgada em 1824, pelo Imperador Dom Pedro I, não fez nenhuma referência à família e ao casamento, sendo que, na época, a família era patriarcal, ressaltando a prevalência do homem e a exclusão da mulher no processo político nacional. A segunda Constituição brasileira e primeira republicana, promulgada em 1891, fez apenas uma breve referência quanto à celebração do casamento civil em virtude da separação entre o Estado e a Igreja.⁶ A segunda Constituição da

³ Ordenações Filipinas e Manuelinas.

⁴ Resolução de 31 de outubro de 1981.

⁵ Dec. 181 de 24 de janeiro de 89, Cód. Civil de 1916 e o Estatuto da Mulher Casada, de 1962.

⁶ Art. 72 § 4º Constituição da República de 1891 “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

República, de 1934, dedicou um pequeno capítulo com quatro artigos à família, estabelecendo regras do casamento indissolúvel e o reconhecimento de filhos naturais (não adúlteros).

A partir de então, as Constituições passaram a dedicar capítulos à família, dedicando-lhe certa importância. A Constituição de 1937 manteve o que havia sido garantido nas constituições anteriores, trazendo o dever paterno de conferir tratamento igual entre os filhos naturais e os legítimos, prevendo ainda que a infância e a adolescência deveriam ser objeto de cuidados e garantias especiais, assegurando-lhes uma vida digna. E ainda, dispôs em seu artigo 127 sobre a responsabilização dos pais pelo abandono dos filhos.⁷

A Constituição da República de 1946 reafirmou os direitos apresentados nas constituições anteriores, dando especial proteção do Estado às famílias, o que foi assegurado em seu art. 163.⁸ A Constituição de 1967, por sua vez, apenas manteve os direitos assegurados pelas anteriores. Durante a implantação do regime militar, foi outorgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1969, com base na emenda Constitucional número 1, havendo uma imprecisão desta com relação às Constituições anteriores ao omitir o que seria uma família para o direito constitucional. Durante a vigência dessa Constituição, foi promulgada a Lei do Divórcio nº 6.515, de 26.12.1977, permitindo a dissolução do vínculo matrimonial e a celebração de um novo casamento.

E, finalmente, a Constituição da República de 1988, vigente até os dias atuais, tratou da família de forma mais efetiva, impulsionada pelas modificações no contexto político, econômico e social do país, que veio sofrendo alterações posteriores significativas para o assunto em questão, estabelecendo um capítulo dedicado à família, criança, adolescente e idoso, assegurando a proteção especial do Estado, passando a não mais distinguir a origem da filiação, dando grande importância à dignidade da pessoa humana.

O declínio do patriarcalismo começou com a Revolução Industrial e a Revolução Francesa e isso marcou um início de um novo ciclo histórico, a idade contemporânea, resultando também no delineamento do chamado movimento feminista que deu o pontapé inicial à emancipação

⁷ CF/37 - Art. 127 – A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhe condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.”

⁸ CF/1946 - Art. 163 – A família é constituída pelo casamento indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

da mulher. No Brasil, o direito começou a demonstrar alguns avanços nessa direção, trazendo em 1960, algumas renovações na legislação como, por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/64 – que posteriormente foi substituído pela Lei de Separação e Divórcio – Lei 6.515/77 – e que atualmente foi substituído pela Lei 11.441/2007.

O Código Civil de 1916, que vigorou praticamente sem nenhuma alteração até o ano de 2002 – época do início da vigência do atual Código Civil atual, trazia, em seu bojo, uma redação que demonstrava o caráter discriminatório em relação aos membros da família, privilegiando a posição do varão que era o responsável por todas as decisões tomadas em assuntos relativos à família. À mulher era reservado o lugar de auxiliar na educação dos filhos. Ela somente exercia algum poder quando ocorria a falta ou impedimento do marido que era denominado como o chefe da família, inclusive em relação à administração dos bens dos filhos menores, no caso de morte, desaparecimento ou incapacidade, conforme texto do diploma legal de 1916 em seus arts. 380; 385:

Art. 380: Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233) e, na falta ou impedimento seu a mulher.

Art. 385: O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se acham sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.

Mas não sobram dúvidas de que o patriarcado ou o direito do pai, dentre as outras instituições sociais, foi a que mais se retraiu. Segundo Teixeira, (2005, p.18), “entretanto, o pátrio poder continuou sendo perpétuo por um longo período”, só vindo a ser extinto, de acordo com as Ordenações Filipinas, quando o filho se tornasse independente. A família, por ser muito mais sensível aos fenômenos sociais, e por se tratar ela mesma muito mais de um fenômeno social que jurídico, está em mudança constante, o que leva a um descompasso entre sua evolução social e seu esboço na esfera jurídica. Por isso, tamanho é o esforço do legislador para acompanhar essas mudanças que afloram do cerne social e atingem em cheio essa instituição:

[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. (Teixeira, 2005, p. 20)

Na atualidade, o termo “família” significa realidades diversas. Uma definição precisa parece ser quase impossível, “pois se modificam as razões pelas quais as pessoas constituíram família. Os motivos podem ser vários: econômicos, políticos, procriativos, sociais, afetivos

ou, mesmo, a preservação de tradições culturais” (TEIXEIRA, 2005, p. 11). Observa-se na opinião do autor que não é propriamente e/ou somente o afeto o motivo pelos quais as pessoas constituem família, talvez o afeto surja com o tempo a depender da qualidade de relacionamento estabelecido.

A família como instituição, segundo a doutrina jurídica majoritária e tradicionalista “é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale a sociedade para regular a procriação e educação dos filhos” (BELLUSCIO, (1987) *apud* VENOSA, 2003, p.22). Mas a partir dos anos sessenta essa situação muda, pois há uma mudança significativa no mercado de trabalho. Com a diminuição das ofertas de trabalho para os homens adultos e com a desvalorização da mão de obra humana, baixos salários e mais trabalho – industrialização – as mulheres, casadas com ou sem filhos e solteiras, inserem-se no mercado de trabalho e isso repercute de forma visível na transformação da estrutura familiar.

Para Teixeira (2005, p. 28), “tudo isso possibilitou às pessoas assumirem novos papéis na dinâmica familiar, como o compartilhar da função de prover as despesas da casa, [...]”. Giddens, citando Mary Ryan, diz que o centro da família deslocou-se “da autoridade patriarcal para a afeição maternal” (GIDDENS, 1993, p.53). Essa talvez seja uma pequena pista que nos orienta no sentido de entender como o afeto foi identificado como estruturador da unidade familiar contemporânea. Seria certo afirmar que com o declínio da figura paterna e a ascensão do papel da mulher para a sociedade e para a família, o Estado tomou a categoria afeto como formador de uma estrutura chamada família?

Um dos fenômenos mais significativos dentro do contexto social do século XX é a revolução sexual que junto com as revoluções industrial e francesa alavancaram uma onda de acontecimentos que sacudiram o tecido social e não deixaram nada em sua posição de origem. Sublinearmente, mas com força total, houve uma revolução silenciosa que diz respeito à sexualidade, relacionamento, casamento e família. É a revolução da intimidade. Ela encontra-se intrinsecamente relacionada às mudanças na esfera familiar e dos costumes. Para Giddens (2000b, p. 14), é uma revolução que avança de maneira desigual em diferentes regiões e culturas derrubando fronteiras morais e posições arraigadas em antigos dogmas. Desse modo, o que pode-se, desde já afirmar, que as transformações que acontecem na família são oriundas, outrossim, do progresso científico e econômico, sustentadas pela Revolução Industrial (1950), Revolução Sexual (1960) e a Revolução Tecnológica, nossa contemporânea. Esse trinômio, passa a partir do século XX a moldar a necessidade das

pessoas em se unirem motivadas por um sentimento de liberdade e autonomia em relação à sua intimidade, e a família passa assim, a expressar esse movimento desta revolução dos costumes e da intimidade.

A igualdade entre os sexos também promovida por essa revolução sexual causa uma alteração no desenvolvimento nos papéis femininos e masculinos, fazendo com que tudo seja repensado na organização jurídica familiar. Por outro lado, o progresso tecnológico tornou mais fácil o acesso a novas e diferentes formas de desenvolvimento trazidas pela globalização. Nestes termos, pode-se concluir que a revolução da intimidade existe, mas não é linear. A única linearidade que se encontra e que se permite identificar, neste âmbito específico de globalização, é no sentido de perpetuação da família em decorrência do que se denomina de “função ecológica do amor”. (GIDDENS, 2011, p. 14)

Neste sentido, é a família que propicia os aportes emocionais e materiais necessários ao desempenho e bem-estar de seus integrantes. Desempenha ela papel fundamental na educação formal e informal, sendo, em seu espaço, construídos e absorvidos os valores fundamentais do ser humano e aprofundando os laços afetivos. A família, enquanto forma particular de agregação, tem dinâmica e vida própria, afetada pelo processo de desenvolvimento socioeconômico e sujeita, portanto, às mutações oriundas de suas origens, da base social em que se desenvolveu e do impacto relativo destes fatores com o Estado em seus regramentos jurídicos, políticos e econômicos.

E é justamente neste espaço que se valoriza juridicamente o afeto. No entender de Carbonera (1998, p. 38), com as consideráveis mudanças no seio familiar e na estrutura organizacional, as entidades familiares mudaram seus costumes, como, por exemplo, na drástica redução do número de filhos, dando margem, assim, a um relacionamento mais próximos entre os seus membros, permitindo uma maior abertura para o afeto, mostrando um início de mudança no eixo tradicional: a família deixou de ser apenas um centro de produção e passou a ser uma unidade cuja definição se torna complexa, como complexas são as suas diversas formatações que são definidas a partir dos laços de afeto, como bem enfatiza Lôbo, (1989, p. 67), “a família, convertendo-se em espaço para a realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico/procracional.” Essa “repersonalização” do direito civil alcança a família em sua forma e função, transformando-a numa arena cuja estrutura está moldada/cimentada pelo afeto e que o direito de família a contemplou com base em princípios fundamentais, voltados para o atendimento das necessidades ontológicas de seus membros.

1.2. A FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito de família, no sistema jurídico brasileiro, pode ser observado em diversos diplomas legais, inclusive na legislação complementar. Como bem situado por Barbosa

O direito de família brasileiro está legislativa e topograficamente situado na Constituição Federal de 1988 (artigos 22 a 230); no Código Civil de 2002 (artigos 1.511 a 1783); além de dispositivos específicos, em legislação esparsa, por exemplo, na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90); Lei 9.263/96 (que trata de planejamento familiar) etc. (BARBOSA, 2006, p. 40)

Todavia, no que concerne a este tema, as principais previsões estão na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, apesar de existirem outras bases jurídicas constituindo-se em uma larga trama que procura alcançar a família e suas relações intrapessoais tendo em vista que as mudanças culturais, sociais e científicas ocorreram de tal forma e com tal velocidade que a lei, na maioria das vezes, não consegue acompanhar.

A Constituição Federal Brasileira expressa, em seu art. 226 que a família deve ser protegida pelo Estado e, por isso, há discussões se o direito de família seria um ramo do direito público, do direito privado, ou se seria, ainda, um sistema autônomo. Para a parcela que defende que o direito de família integra a categoria de direito público, entende que isso significa um avanço na ciência jurídica, devido à grande aplicação dos princípios de ordem pública nas relações jurídico-familiares e, conseqüentemente, a intervenção do Estado com o intuito de propiciar melhores condições de vida às novas gerações.

Entretanto, uma parcela da doutrina entende que a dita intervenção é um retrocesso. Não restam dúvidas de que se trata de um ramo do direito civil, sendo, portanto, parte do direito privado, haja vista a natureza das relações jurídicas que tutela e pelo fato dos interesses da família se sobrepuserem aos interesses dos organismos públicos. Apesar da pulsante discussão em derredor do moderno conceito de direito de família, é possível notar a resistência de alguns autores. É, aliás, o que se verifica no ensinamento de Gonçalves, (2005, p. 3):

O direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável, ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e da curatela, visto que embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, tem, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele.

Maria Helena Diniz (2007, p. 3) também comunga desse entendimento:

Constitui direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações sociais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. Abrange este conceito, lapidarmente, todos os institutos do direito de família, regulados pelo novo Código Civil nos arts 1.511 a 1783. (DINIZ, 2007, p. 3)

A autora assente que a intervenção do Estado no direito de família, apesar de estar presente em todas as nações tem apenas o fito de garantir à família, protegendo-a e resguardando-a para que exerça beneficentemente seus poderes para que assim, propicie melhores condições a seus integrantes. Porém, ressalva: “que o direito de família não deve inferir-se na seara do direito público, uma vez que, isso “implicaria admitir excessiva e nefasta ingerência do Estado no grupo familiar [...]”. (DINIZ, 2002, p. 28).

Alves, (2010) em sua obra *Direito de Família Mínimo*, traz um estudo da chamada *summa divisio*, ou seja, a divisão fundamental que distingue o Direito Público do Direito Privado. Tal divisão remota do Direito Romano, originada do *Jus Civile* constituindo-se no direito efetivo dos cidadãos nascidos em Roma. Segundo o autor esse por sua vez se dividia em *Jus Privatum* – Direito aplicado exclusivamente na órbita particular dos cidadãos, em suas relações entre eles e o Estado – e o *Jus Publicum* – que incidia na organização e atuação do Estado ou entre este e os cidadãos. (ALVES, 2010, p. 21). Essa distinção segundo o autor se tornou mais aguda e contundente durante o Liberalismo do século XIX, e cita Borges, (2007 *apud* ALVES, 2010, p. 22):

No Estado Liberal (ou Estado Burguês), a divisão entre Direito público e Direito privado era nítida e consistia em um dos fundamentos do próprio modelo. Ao Direito Público, isto é, ao Estado, caberia “através do direito positivo, garantir certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”. Ao Direito privado, por sua vez, cumpriria a garantia da atividade privada, exaltando o indivíduo e assegurando a liberdade de contratar e usufruir da propriedade privada (BORGES, 2007, p. 84 *apud* ALVES, 2010, p. 22).

Essa época é marcada por uma divisão rígida entre a sociedade e o Estado incomunicáveis onde o espaço privado se constituía numa seara amplamente amparada pelo ordenamento jurídico tendo o Direito Público o “limitado papel de determinar tão-somente os direitos fundamentais, entendidos como as normas que restringiam a intervenção estatal no âmbito

particular dos sujeitos de direito.” (ALVES, 2010, p. 22) Para esse autor, tratava-se de “direitos fundamentais de primeira geração” que impunham ao Estado um papel “absolutamente omissivo...” ou seja,:

“[...] como forma de se resguardar das indevidas interferências estatais do *Ancien Régime* na seara das atividades econômicas exercidas pelos indivíduos, a burguesia ascendente fez constar nos ordenamentos jurídicos do nascer da Idade Contemporânea limites a estas ingerências, o que, ressalta-se novamente, determinou um aprofundamento da submissão do Direito Público ao Direito Privado.” (ALVES, 2010, p. 23)

Se manifesta o autor sobre a questão da dúvida quanto à classificação do Direito de família, alegando que a mesma apenas existia por conta do tratamento estanque conferido aos Direitos Público e Privado, afirmando que

“[...] esta Dúvida perdeu a razão de ser quando se leva em consideração que, modernamente, prevalece o entendimento de que há uma verdadeira simbiose entre estes dois grandes ramos do Direito, simbiose esta que não os desnatura nem os faz desaparecer, razão pela qual se firma a ideia de que o Direito de Família igualmente se integra o Direito Privado. (ALVES, 2010, p. 24-25).

Já Orlando Gomes (2002), fazendo uma análise mais ampla, chama a atenção para o conteúdo disciplinado pelo Direito de Família, o significado social que as relações familiares alcançaram, e, sua consequente submissão ao controle estatal para integrá-la à categoria de direito público:

“Pelos sujeitos e pelo conteúdo das relações que disciplina, o Direito de Família é direito privado, mas o significado social que se vem emprestando a estas relações e a tendência para submetê-las ao controle do Estado concorrem para abalar esse juízo tradicional. Nas disposições legais concernentes à família alguns descobriram novo sentido, suficientemente marcante para a rejeição de sua natureza privatística” (GOMES, 2002, p. 5).

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferira o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, no qual a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo, conferido por exemplo na fórmula “*o que Deus uniu o homem não pode separar*”, daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge

tido como culpado pela separação judicial. Entretanto, os princípios preconizados na Carta Magna provocaram uma profunda alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil. A família, base da sociedade, possui especial proteção do Estado assegurado pela Constituição da República de 1988 em seu artigo 226, *caput*.⁹

BEVILÁQUA, (1976) afirma que a família é

“um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e respectivas progênie.” (BEVILÁQUA, 1976)

A noção de família ou unidade familiar deixou de ser apenas a formada pelos pais e seus filhos e estendeu-se à outras configurações. É justamente por esta razão, mas sobretudo, por conta das grandes transformações que a família brasileira vem passando, que é pertinente pontuar o conceito contemporâneo de família para o Novo Direito de Família. Conforme nos ensina Gagliano (2011, p. 43):

[...] Família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (GAGLIANO, 2011, P. 43).

Observa-se então que houve uma evolução do conceito de família, que antigamente era confundido como o conceito de casamento, sendo que com a evolução das famílias e do Direito de Família, esse conceito pode ser melhor visualizado separadamente, tendo a Constituição da República de 1988 reconhecido em seu artigo 226, §§ 3º e 4º¹⁰ a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, e também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Notável foi a evolução do ordenamento constitucional pátrio uma vez que antes dele a família era, muitas vezes, tema desconsiderado.

⁹ Art. 226: “ A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

¹⁰ § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

1.3 A FAMÍLIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 1916 regulamentou a família, seguindo o modelo francês, sendo que tais regras foram de fundamental importância, pois a Constituição Republicana de 1891, vigente na época, fazia apenas uma breve referência ao casamento civil, em seu art. 72, §4º (já referenciado). Já o Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, tem seu projeto original datado de 1975. Isso demonstra o espaçamento que ocorre entre o fato social e sua inserção na esfera jurídica. Mostra-nos o quanto o projeto de 1975 sofreu, como ainda hoje sofre diversas alterações, adequando-se inclusive e afinal à Constituição da República de 1988, até ser sancionado. Isso decorre das novas concepções e entendimento acerca de diversos assuntos ali elencados, em especial da nova concepção do Direito da Família.

Até então, somente a família “legítima” era reconhecida, sendo que a filiação estava condicionada ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento a prole nascida dentro de um casamento. Como bem esclarece Maria Berenice Dias, (2003):

“Sob a justificativa de se estabelecerem padrões de moralidade e regulamentar a ordem social, foram gerados interditos – proibições de natureza cultural, e não biológica – e nominaram-se os relacionamentos afetivos de família. O Estado solenizou sua formação pelo casamento e transformou a família em uma instituição. A igreja deu-lhe *status* de sacramento. Seja o Estado da espécie que for, tenha a formação que tiver, nomine a religião o seu deus da forma que o idealize, o fato é que ambos acabaram se imiscuindo na vida das pessoas e regulamentando suas relações.” (DIAS, 2003, pp. 301-302)

Apesar da preocupação do Código de 1916 com o aspecto econômico da família, protegendo o patrimônio como bem maior, essa lei passou por sensíveis transformações, segundo Grisard Filho (2005, p.37) “que consagraram os ideais de igualdade entre os cônjuges, entre os filhos, bem como entre estes e seus pais”. Sucessivamente, a legislação brasileira norteou estes princípios, confiando os interesses e a pessoa dos filhos menores aos cuidados de ambos os pais. Toda essa transformação socioeconômica atingiu a chamada “célula mater” da sociedade, ou seja, a família, mormente entendida como sujeito e objeto do processo de evolução da sociedade. Assim, a família está em eterna reformulação, saindo da grande família, para a família nuclear, que, com o aumento do número de separações, divórcios, deu relevância à família monoparental.

Com o advento da família nuclear, observa-se um *modus vivendi* diverso, com tratamento aos filhos de forma diferenciada, pois a afetividade ganhou lugar prioritário na família (TEIXEIRA, 2005, p.27). Tanto em relação aos papéis preestabelecidos, quanto ao exercício do poder, uma vez que as mulheres, antes do advento do feminismo, exerciam seus poderes de forma indireta, seja através da determinação do papel social por ela exercido, seja pela orientação na educação dos filhos, a família contemporânea contemplada pela CF/88, não é determinada somente pelo casamento. Hoje o modelo familiar – modelo como força de expressão – configura-se mais aberto, oportunizando a liberdade e a igualdade entre o homem e a mulher, bem como seus direitos e obrigações em relação aos filhos menores. Para Ruzyk (2005), trata-se de uma expressiva mudança de paradigma:

Essa nova ‘família constitucionalizada’ constitui mudança paradigmática, na medida em que foi alterado o modo de pensar o direito de família: a noção jurídica a respeito da família se abre para a apreensão dos fenômenos sociais abandonando o estatuto da exclusão operada pelo modelo único para render-se à abertura da concepção plural. (RUZYK, 2005, p. 234).

A mudança no exercício do pátrio poder, hoje poder familiar, tem sua fundamentação no princípio da igualdade. Tudo começou com o advento do Estatuto da Mulher Casada¹¹ que permite à mãe viúva exercer o pátrio poder, mesmo contraindo novas núpcias, alterando assim o art. 393 do CC/1916, que lhe tirava esse poder, caso casasse novamente. A ele se seguiram a Lei do Divórcio (Lei 6.515 de 26/12/77), a Constituição Federal (1988), o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, e agora, em 2002, o novo Código Civil, que atribui ao casal o direito/dever de exercer o Poder Familiar. Mas este poder tem de ser exercido, única e exclusivamente, no superior interesse do menor e, por isso, nas palavras de Grissard (2005, p. 39), deixa de ser um poder para constituir um dever que confere aos pais, conjuntamente, a educação e os cuidados com os filhos, substituindo o pátrio poder pelo Poder Familiar, como bem assinala Teixeira (2005, pp. 22-23).

Por isso, transformou-se a concepção da conjugalidade, com a priorização do compromisso afetivo. Para o legislador, havia aqui o reconhecimento de uma relação mais autêntica. Mais autêntica por não precisar estar mais alicerçada pelo matrimônio e também porque seria capaz de conferir sentido e sustentação do vínculo conjugal. Os laços biológicos cederam lugar prioritário ao compromisso da afetividade, inclusive no âmbito das relações parentais (TEIXEIRA, 2005, p.30). Mas, o que se tem observado é que mesmo sem o alicerce do

¹¹ Lei 4.121/62.

casamento formal, a autenticidade das relações jamais ficou em evidência ou houve uma diminuição no número de separações e divórcios em decorrência das uniões estáveis.

A Lei Maria da Penha¹², ao instituir, no seu art. 5º, II, que a família deve ser “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” acabou se tornando a primeira norma infraconstitucional a reconhecer categoricamente o conceito moderno de família. Foi a partir da Constituição Federal de 1988, através do reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º), da família monoparental (art. 226, § 4º) e do princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) a família – antes tratada pelo Código Civil de 1916 como uma única modalidade (a família matrimonializada) e, portanto, com um enfoque eminentemente patrimonialista – passou a ser considerada um agrupamento aberto, plural, multifacetário, personalista, tendo o afeto como requisito fundamental para sua constituição.

Assim, reconhecendo a inserção da família e/ou grupos domésticos em um determinado contexto histórico-social, tem-se um entendimento mais completo das estruturas e processos familiares. Neste sentido, ao analisar sequencialmente a duração ao longo do tempo dos eventos relacionados com a família, os aspectos demográficos, econômicos, políticos e sociais aparecem como fundamentais. São esses aspectos que darão a nós, advogados, mediadores, psicólogos, terapeutas familiares, entre outros, uma visão sistêmica da completude de questões que emergem da complexidade da estrutura familiar. Não se pode debruçar sobre o “objeto” família sem tentarmos entender todo o contexto em que esse objeto está inserido.

A família como instituição, implica a consideração das regras de funcionamento entre os elementos constitutivos da interação, regras essas perpassadas por ideias, valores, preconceitos, enfim, por uma ideologia. Articula-se com as outras instituições da sociedade, tanto no que diz respeito às suas representações quanto às suas práticas. (COELHO, 2009, p. 152). Ela funciona como um grupo social, com regras próprias de relações, usadas para sua manutenção que se modificam ditando sua composição e a forma como a mesma irá se relacionar com o social. Será que diante de tais eventos o afeto seria por si o elemento que manteria essa família unida, harmônica e capaz de sustentar o projeto de felicidade de cada um de seus membros?

¹² Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

A família inscrita na constituição de 1988, no dizer de Teixeira, “é a família-instrumento”, cuja função, de grande importância, é a promoção da liberdade, autonomia e realização de seus membros, em contrapartida à família institucionalizada que valia por si só, representando assim novas conquistas individuais e sociais. Para alguns autores da área jurídica, em todas as constituições modernas, os princípios de Direito de Família merecem abrigo, assinalando-se a preocupação do Estado com a proteção dos direitos e garantias das relações familiares. As declarações de direitos também consagraram tais princípios, visto ser a família o centro emocional e social de formação do homem. Tepedino, (2003); Teixeira, (2005, p.32).

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. Abandona-se, deliberadamente, o discurso hostil dos que, justamente, entreviam a incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional. Este processo, amplamente registrado em doutrina, conhecido como *movimento de descodificação*, na experiência brasileira, reservou à Constituição de 1988 o papel de reunificador do sistema.

Desta forma, dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz dos princípios constitucionais, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda da centralidade interpretativa do Código Civil de 1916. Essa complexidade da produção normativa bem como uma necessária releitura da legislação ordinária à luz da Constituição impedia a aprovação do Projeto de Código Civil, uma vez que, para a doutrina, ele estaria dissociado de uma clara transformação da cultura jurídica, que fosse capaz de demonstrar a plena consciência do impacto da Constituição nas relações de direito privado, mais especificamente aquelas tratadas no âmbito do direito de família. Para Paulo Lobo, (1989, p. 110) a constitucionalização se torna imprescindível para a compreensão do moderno direito civil:

Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil. (LOBO, (1989, p. 101)

Alves, (2010) defende a *teoria substancialista do interesse em jogo* ao afirmar que a autonomia privada é o princípio basilar de todo o Direito Privado, em especial o Direito Civil. Afirma esse autor que a autonomia privada serve como critério seguro para que se possa

identificar a caracterização dessa seara jurídica sempre que sua incidência for maior ou, ao menos, não prejudicada pelas normas de ordem pública (cogentes). Ou seja, “[...] o Direito Público é aquela seara jurídica na qual prevalece o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular”. Porém, em face do Estado Democrático de Direito, onde há uma incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, tal princípio deve ser relativizado “[...] no sentido de que ele não pode mais desrespeitar tais direitos, muito pelo contrário deve não só resguardá-los como também promovê-los [...]”

Não obstante o aumento da incidência de normas públicas (cogentes) no Direito Privado, com maior intensidade no Direito Civil em geral, põe fim apenas à *summa divisio* entendida em sua forma tradicional, mas a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado permanece, embora, isso sim, com novos contornos com uma nova faceta. (Alves, 2010, p. 98).

Aduz ainda o mesmo autor:

Isto posto, embora, por exemplo, o Direito do Trabalho e o Direito de Família sejam alvos de intermináveis normas de ordem pública, tais searas jurídicas fazem parte do Direito Privado, pois estas normas não retiram a eficácia da autonomia privada, ao contrário, apenas oferecem novos contornos a ela. (Alves, 2010, p. 27).

Tal entendimento demonstra que para alguns doutrinadores se faz necessário uma total constitucionalização do direito civil tendo como foco os princípios normatizados pela lei maior, mantendo a vigilância do Estado no cumprimento das determinações legais referentes à família. Por isso esse intervalo de tempo para que todas essas mudanças e transformações fossem absorvidas e incorporadas pela lei e pelo corpo social. Como bem esclarece Maria Berenice Dias ao afirmar que:

O legislador não consegue acompanhar a realidade social e nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante oxigenação das leis. (DIAS, 2006, p. 27)

Já Rodrigues (2007) entende que, por ser a família a base de toda a estruturação da sociedade, nela, além dos aspectos econômicos, estejam-se a moral e a organização social, servindo de subsídio para a manutenção e efetivação do Estado, sofrendo com isso sua interferência que, muitas vezes, apresenta-se exagerada.

Dentro de nossa civilização a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam

as raízes morais da organização social. De sorte que o Estado, na preservação da própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais. Daí a interferência, por vezes exagerada do Estado nas relações familiares. (Rodrigues, 2007, p. 5).

Há muito que a sociedade clamava por um ordenamento jurídico que tratasse as relações familiares e parentais de forma mais democrática, igualitária e que recepcionasse configurações familiares que não fossem necessariamente idênticas àquelas descritas pelo ordenamento jurídico anterior e arcaico. A CF/88 em seu art. 1, inc. III, fundamenta seu estado democrático de direito no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como *A Declaração Universal dos Direitos Humanos*, em sua resolução n. 217^A (III) “reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (MORAES, CF/88, 2003, p. 129). Com ela, o casamento passou a ser apenas mais uma forma familiar reconhecida pelo Estado, ao lado da união estável e da família monoparental. Barros (2002, p. 9) descreve com primazia o caleidoscópio que se configurou em relação às acepções modernas de família:

“[...] o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai e mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda existe o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que nas origens históricas não tenha sido sempre assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sine qua non* para existir a família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente, começando por excluir do conceito de entidade familiar o parentalismo: a exigência de existir um dos pais.” (BARROS, 2002, p. 9).

O delineamento da família, ao longo de sua trajetória, corresponde ao que se determinou por cultura e que representava o conjunto de valores ditados por uma determinada sociedade em uma determinada época. Assim, a família vista como unidade econômica é estudada levando em consideração o arcabouço patrimonial que geria essa unidade de indivíduos; como unidade sentimental sobressai a afetividade que liga os seus membros; como família legal é concebida com base no regramento jurídico. As dimensões caracterizadoras da família contemporânea precisam ser analisadas para que se possa entender a necessidade de intervenção do Estado. Para Alves, (2010)

deve-se permitir a intervenção do Estado no campo familiar apenas de forma excepcional, quando necessária à tutela dos direitos fundamentais dos seus componentes, como ocorre, por exemplo, com o dever de prestar alimentos imposto aos parentes. De outro modo, se a intervenção do estatal não tutela direito fundamental algum dos membros da família deve ser evitada. (ALVES, 2010, p. 223).

Claro que a família não pode ser determinada somente por um desses aspectos e sim pelo entrelaçamento deles. Assim sendo, em que se baseia o Estado para imprimir a categoria afeto nas relações familiares para lhes conferir legalidade?

Capítulo 2

A ORIGEM DO SENTIMENTO DE INFÂNCIA: A CRIANÇA NA ANTIGUIDADE

O afeto como eixo das motivações, das relações familiares, seja para justificar sua origem, seja para explicar a sua manutenção, não permite olvidar o problema, hoje recorrente nos tribunais e nos trabalhos acadêmicos, referente ao fato de que a criança que se

torna sujeito de um processo, qualquer que seja sua natureza jurídica ou o objeto em debate, é apresentada com as práticas narrativas e discursivas do psicólogo, do médico, do jurista, do pedagogo, do assistente social, do sociólogo//, ou seja, nos discursos de novos saberes e de um novo direito. Esse novo direito em constante diálogo com os saberes especializados, conduzia a ação da justiça, fazendo com que a mesma extrapolasse os muros de seu caráter punitivo, e que as suas ramificações no campo social rapidamente se alastrassem (LAJOLO, 2011 *apud* FREITAS, 2011, p.13)

As grandes mudanças pelas quais têm passado as relações familiares, fruto da evolução socioeconômica e cultural que a sociedade sofreu nos últimos séculos fez emergir a categoria “afeto”, que vem despertando o interesse social, acadêmico, técnico e do Estado, no que diz respeito à proteção da criança e do adolescente, subsídio para uma série de providências protetivas mais adequadas dirigidas à infância. A afetividade passa a ser a força motriz do entendimento jurídico acerca da especificação das relações familiares e, em particular, na proteção da infância e da juventude.

Segundo Giselda Hironaka, é na afetividade que se identifica fundamentalmente o direito nascido no seio da relação paterno-filial. Para essa autora, dentre as várias relações tuteladas juridicamente, a relação estabelecida entre pais e filhos, mesmo sendo de caráter jurídico, diferencia-se das demais pela efetiva presença do afeto inerente à sua constituição, sendo, por isso, caracterizada e valorizada na esfera jurídica. (HIRONAKA, 2005). Giddens, (2000b, p. 70) em sua obra *Mundo em descontrolo, o que a globalização está fazendo de nós*, anuncia-nos uma nova visão da família ao afirmar que “*um relacionamento baseado na comunicação emocional, em que, as recompensas derivadas de tal comunicação são a principal base para a continuação do relacionamento*”. Aponta, ainda, para uma expansão do conteúdo nas relações, caracterizando uma verdadeira “*democracia de emoções*”, em que o privado, o

íntimo, expõe-se e declara sua intenção. As relações de família têm no afeto seu ponto de interseção. O que isto significa?

Questões sobre sexualidade, relacionamento, casamento e família são aspectos sociais que sofrem diretamente o impacto das transformações em nível global, e tais mudanças são perceptíveis no modo como as pessoas estão se relacionando,

Hoje o casal, casado ou não, está no cerne do que é a família. O casal passou a se situar no centro da vida familiar à medida que o papel econômico da família declinou e o amor, ou o amor somado à atração sexual, se tornou a base da formação dos laços de casamento (GIDDENS, 2000b, p. 68).

Esses aspectos contribuíram, em grande escala, para as mudanças na esfera familiar. Para Giddens, (2000b) a posição das crianças apesar de interessante é um tanto paradoxal.

Nossas atitudes em relação às crianças e à sua proteção alteraram-se radicalmente ao longo de algumas gerações passadas. Valorizamos tanto as crianças em parte porque elas se tornaram muito mais raras, e em parte porque a decisão de ter um filho é agora muito deferente do que foi para gerações anteriores. Na família tradicional, os filhos eram uma vantagem econômica. Hoje, nos países ocidentais, um filho, ao contrário, representa um grande encargo financeiro para os pais. (GIDDENS, 2000b, p. 69)

Giddens (2000b), afirma que a decisão de ter filhos hoje, se dá de forma muito mais definida e específica do que antes e é guiada por necessidades psicológicas e emocionais, ou seja, a motivação hoje de se ter filhos está calcada nas demandas emocionais, neste caso, no afeto. Ele enumera três áreas principais em que a comunicação emocional está substituindo as relações tradicionais entre as pessoas – os relacionamentos sexuais e de amor, os relacionamentos pais-filhos e os relacionamentos de amizade. Para compreender esse novo modo de união entre as pessoas, desenvolve a ideia de relacionamento puro, no qual as recompensas derivadas de uma comunicação emocional são a base para a continuação do relacionamento. Segundo ele, o relacionamento puro “depende de processos de confiança ativa a abertura de si mesmo para o outro. Franqueza é a condição básica da intimidade. O relacionamento puro é intimamente democrático [...]” (GIDDENS, 2003, p.70-71).

A proteção da família enquanto instituição, calcada e sedimentada na produção de bens e serviços, bem como na reprodução, não condiz com a família tutelada pela legislação contemporânea. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 instituiu, dentre outras, duas profundas alterações no que se refere à família: 1. A quebra da chefia conjugal masculina,

tornando a sociedade conjugal compartilhada em direitos e deveres pelo homem e pela mulher; 2. O fim da diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, reiterada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgada em 1990, que os define como “*sujeitos de direitos*”. (SARTI, 2005, p. 24).

Na atualidade, absorve-se do texto da Lei Maior que a tutela jurisdicional se dirige especificamente à dignidade de seus integrantes, com especial atenção aos direitos e ao desenvolvimento da personalidade da Criança e do Adolescente, que dentro de uma perspectiva civil-constitucional identifica e qualifica a infância como o período de maior importância para o desenvolvimento da pessoa humana e, portanto, carecedor de cuidados, valorizando com isso a teia afetiva que perpassa as relações familiares (TEPEDINO, 2001-345; TEXEIRA, 2005, p. 60).

Alguns questionamentos surgem quando se depara com as exigências legais que brotam do constructo jurídico em defesa da “infância”, hoje colada à categoria “afeto”. Nesta pesquisa, a questão eixo reza do seguinte modo: a afetividade vislumbrada/exigida/idealizada do seio da família contemporânea, de parte dos legisladores, como a mola propulsora de sua constituição, sempre esteve presente? A família sempre foi, ao longo da história da humanidade, uma unidade de afeto? E a criança? Sempre foi objeto de amor para os seus genitores e para a sociedade? O que de fato representa a infância no plano jurídico?

O desafio deste capítulo, buscando fazer uma retrospectiva das várias formas de atenção dispensadas à infância no decorrer dos séculos, objetiva mostrar que a infância, há muito, tem sido alvo de discussões abalizadas e leigas, em um palco em que se misturam preocupações sinceras e manipulações das elites, sendo, na maioria das vezes, alvo de ação com viés filantrópico e fundamentação política. Serão trazidos como referência autores da área das Ciências Sociais e Humanas que se debruçaram sobre o conceito de infância para a sociedade e o Estado a partir do século XVIII. Antes, porém, fez-se uma digressão ao século XIII, época em que, segundo Phillipe Ariès, (1988) surgiu o nascimento de uma consciência do conceito infância, que se desdobra até a contemporaneidade.

Em contiguidade, e para perseguir o objetivo de investigação em nível de mestrado, será discutido o significado social do conceito de infância no Brasil na passagem do regime monárquico para o republicano, período crucial na formação do pensamento social brasileiro. Neste cenário, como a noção de afeto foi paulatinamente se inserindo na esfera jurídica

passando a fazer parte da estrutura axiológica e princípio lógica da Constituição Federativa do Brasil de 1988? Nesse sentido, é de fundamental importância reconhecer que a Constituição Federal de 1988, consagrou os princípios, impulsionando legislações posteriores a adotarem a mesma filosofia. Estabelece como tábua axiológica, ou seja, como exigência maior, um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, a saber, a dignidade da pessoa humana, permitindo um direcionamento para que haja um tratamento igualitário entre os membros que compõem a família. Explicita-o Gustavo Tepedino:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não-exclusão de quaisquer direitos e garantias mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor Máximo pelo ordenamento.(TEPEDINO, 2001, p. 48).

A noção de afeto como elemento concreto a ser considerado nas relações de família, foi ingressando gradativamente no âmbito jurídico, acoplado inicialmente aos princípios da liberdade, da igualdade e da solidariedade, bem como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, todos claramente fundamentados da dignidade da pessoa humana. Fatos sucessivos que cimentam o *princípio da afetividade*, não está expresso de forma direta no texto constitucional. Mas, para a maioria dos doutrinadores, este princípio o perpassa transversalmente. Paulo Lobo, por exemplo, identifica em nossa Carta Magna quatro fundamentos essenciais do *princípio da afetividade*. São eles:

- 1º. A igualdade dos filhos independentemente da sua origem, conforme art. 226, § 6º, da CF/88;
- 2º. A adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (§§ 5º e 6º do art. 226 da CF/88);
- 3º. A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família, § 4º do art. 226 da CF/88;
- 4º. O direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente, art. 227 da CF/88.

Na atualidade, essa que já se tornou uma espécie de *categoria jurídica*, é entendida pelos tribunais como um princípio em si, evocado pelo judiciário nas questões que envolvem as relações familiares, sejam elas de gênero ou paterno-filial. Dados os indicadores dos discursos judiciais, é esse afeto, entendido como elemento caracterizador da família, que a torna

constitucionalmente protegida. Norteia a proteção de seus integrantes, em especial à criança e ao adolescente, e coloca o foco da tutela jurídica sobre esta dimensão por assim dizer psicológica, ao que os discursos jurídicos se tornam sensíveis ao incorporar o vocábulo e o sentido a ele correlato. Paulo Luiz Neto Lobo continua:

Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o lócus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana. (LOBO, 2008, p. 46).

François de Sangly (2007), fazendo uma de suas análises sobre as sociedades modernas, afirma que, tendo elas, de um lado, a “*lógica política da cidadania e, de outro, a lógica do mercado*”, têm como característica a “*abertura de um maior espaço para o indivíduo*”. Para o especialista, nesse interstício, ocorre a passagem de uma sociedade em que os indivíduos são definidos por seus laços familiares e patrimoniais, para uma sociedade “individualista”, na qual são representados como unidade. O autor mostra que, na contramão, Balzac, no prefácio de sua obra *A Comédia Humana*, toma uma posição contra a revolução daquele momento – meados do século XIX – em que interpela que a família seja levada em conta como o verdadeiro elemento social, e não o indivíduo. Para ele desde então, a família se desestabilizou devido a esse movimento de emancipação. A Revolução Francesa ditou as bases dessa emancipação “*remodelando duas relações familiares: a filiação e a conjugalidade, pregando o direito dos indivíduos*”, fato indicativo a fazer parecer que a família havia desaparecido, ou iria desaparecer. Mas o que ocorreu é que ela mudou de sentido, como bem explicita o autor: *Em lugar de se impor aos seus membros, a família se torna de alguma maneira um “serviço” que pode ser colocado à disposição dos indivíduos, preocupados em viver juntos* (SANGLY, 2007, pp. 170-171). O que isso significa? Que a família cumpre meras funções para atender às demandas dos indivíduos? Se o encaminhamento desse problema indicar positivamente, quais as implicações para a própria instituição? Porque é certo que família tem propriedades no sentido lato do termo, e esta perspectiva funcionalista poderia comprometer esse sentido. Mas continuemos explorando o que diz o autor na *sequência*:

[...] Essa instituição torna-se cada vez a morada das relações afetivas onde o amor conjugal passa a dominar nessas décadas (do final do século XIX até os anos de 1920) e com o amor dos pais pelos seus filhos, que se traduz em

maior atenção ao seu desenvolvimento, como descreveu Phillipe Áries. (SANGLY, 2007, pp. 170-171)

Tem-se aqui, portanto, expresso pelo mesmo autor, outra dinâmica que move a família. Seja a conjugalidade, seja a filiação, parecem ganhar nova configuração. Dessa forma, a partir do momento em que a criança passa de objeto da autoridade paterna (pátrio poder), de subalterna, a sujeito de direitos, ela começa a ocupar a posição central dentro da família e conseqüentemente do ordenamento jurídico e com isso, era de se esperar que novos elementos ingressassem a esfera jurídica. Esses elementos constituem o arcabouço civil-constitucional que ampara a família moderna. Essa família, enquanto receptáculo – lócus – social e moral do sujeito em formação, e que tem como principal fundamento o afeto, ao que o Estado pretende tutelar. É o que se vê nas palavras de João Batista Vilela (1997), que bem expressam essa mudança:

É o que Burgess e Locke caracterizam como sendo um movimento *from institution to companionship*, expressão que, de resto, dá, em parte, nome a um vasto livro que escreveram. Hoje, ao contrário do que foi no passado, a família expressa, por assim dizer, um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, e não mais uma estrutura em que os indivíduos estejam submetidos a fins do entorno social que os envolvia, particularmente, o Estado e a Igreja. Ora, onde reina o companheirismo e a camaradagem os vínculos de autoridade tendem ao afrouxamento. (VILELA, 1997, p. 72).

O autor estaria indicando que a linha direta que conectava Estado, Igreja e família se rompeu? Esta última, com tal ruptura, não mais se abre às determinações estatais e religiosas? Ela se tornou tão somente um espaço de companheirismo, de relações alinhavadas a partir de outras injunções? Na realidade o que houve foi que pela primeira vez na história do Direito Civil brasileiro, um texto constitucional estipulou direitos fundamentais que tiveram repercussão direta e imediata nas relações jurídicas travadas entre particulares, está no escopo do texto constitucional as garantias necessárias para que a família represente “um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo...”(VILELA, 1997, 72), cuja explicação mais refinada está em Alves (2010)

Tratando-se de questões diretamente relacionadas com o indivíduo, a Constituição deixa de ser simples Carta Política, organizadora das instituições democráticas e definidoras dos direitos e deveres do cidadão, para ter também o caráter de *norma informativa da vida humana*. Desse modo, repita-se, as normas atinentes à vida privada passaram a ser formuladas também (e principalmente) pela Constituição. (ALVES, 2010, p. 92).

Cesar Fiúza (2006), fazendo um exercício de hermenêutica jurídica, fala de uma crise do Direito Civil, especificamente uma crise nas instituições do Direito Civil, crise essa no sentido positivo de “superção de paradigmas, *turning point*, virada”. (Fiúza, 2006, p. 223) Para o autor, primeiro, essa crise se estabeleceu principalmente nos três pilares tradicionais do Direito Civil: a autonomia da vontade, a propriedade e a família. Segundo, houve uma crise da sistematização quando entraram em cena os microssistemas, que colocaram a codificação em xeque e, por último, a crise da interpretação, que se estabeleceu quando da presença de outros paradigmas hermenêuticos, novas diretrizes sociojurídicas. (FIUZA, 2006, p. 88).

O liberalismo congrega a sociedade (economistas, juristas e políticos) em torno do *laissez-faire*. O liberalismo não era só doutrina econômica. Encontrava fundamentos religiosos (a idéia cristã do homem como valor supremo, dotado de direitos naturais) e fundamentos políticos (oposição ao *ancien regime*, por demais opressivo). (FIUZA, 2006, p. 224).

Esses três pilares entraram em crise principalmente diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, trazendo sérias consequências em relação à interpretação no Direito Privado. Assim, no final do século XIX e no século XX, nasce o chamado Estado Social. Passou-se a rever os conceitos clássicos. Conclui o autor que:

[...] a mesma Revolução Industrial que gerou a principiologia clássica, que aprisionou o Direito Civil nas fronteiras da vontade, da propriedade privada e da família modelar, essa mesma Revolução trouxe a massificação, a concentração e, como consequência, as novas formas de organização, o que gerou aliado ao surgimento do Estado Social, também subproduto da Revolução Industrial, uma checagem integral na principiologia do Direito Civil. (FIUZA, 2006, p. 225).

[...] O Direito de Família também está em crise. A mesma Revolução Industrial que gerou a crise no Direito das Obrigações conduz a mulher para o mercado de trabalho, retira o homem do campo, proletariza as cidades, reduz o espaço de coabitação familiar, muda o perfil da família-padrão. (FIUZA, 2006, p. 226).

Nos estudos feitos por historiadores, brasileiros (RIZZINI, 1997; DEL PRIORE, 2010) e estrangeiros, (ARIÈS, 1988); que estudam e dedicam-se à análise da criança, mais precisamente da infância, observou-se, ao longo de um tempo, que o tratamento dado à criança foi o que a determinou ou mesmo estabeleceu o tratamento que deveria lhe dar o que significa no dizer de Lajolo (2011)

“Enquanto objeto de estudo, a infância é sempre *um outro* em relação àquele que a nomeia e a estuda. [...] isto é, por não dizer *eu*, por jamais assumir o

lugar de sujeito do discurso, e, conseqüentemente, por consistir sempre um ele/ela nos discursos alheios, a infância é sempre definida de fora.” (LAJOLO, 2011, pp. 229-230).

Para Corazza (2000, p. 224), a infância constituiu-se como prática discursiva e não discursiva a partir de “novas práticas de biopoder, ligadas aos emergentes mecanismos de governamentalidade da populações e dos indivíduos”. A preocupação com o sujeito infantil, portanto, passava a se instituir cada vez mais como um problema econômico e político, alvo de inquietações de ações médicas morais e pedagógicas.

Ariès (1988) identifica nesse período o nascimento de uma consciência coletiva de um sentimento da infância:

[...]. Em contrapartida, o tema da infância sagrada não deixará, a partir do século XIV, de se amplificar e diversificar: a sua fortuna e a sua fecundidade são testemunho dos progressos na consciência colectiva desse sentimento da infância que só uma especial atenção permite isolar no século XIII e que não existia sequer no século XI. No grupo de Jesus e de sua mãe, o artista sublinhará os aspectos graciosos, ternos, ingênuos, da primeira infância: a criança procurando o seio da mãe ou preparando-se para a beijar, para a afagar; a criança ocupada nas brincadeiras habituais da infância, com um pássaro preso, com um fruto; a criança comendo a sua papa; a criança a ser enfaixada. Todos os gestos observáveis são agora evocados – observáveis por quem lhes queira prestar real atenção. (ARIES, 1988, p. 62).

Ao retratar os hábitos cotidianos das famílias em uma cena de cunho religioso, o artista contratado ou não pela igreja, tenta purificar a vida familiar e transformá-la na já conhecida sagrada família. Os estudos do autor concluem que a criança passa a ser um personagem mais frequente nas cenas iconográficas onde ela aparece em sua vida familiar, com seus companheiros em brincadeiras da época ou no meio da multidão, mas sempre em evidência, seja no colo da mãe, guiada pela mão ou simplesmente urinando.

É então, portanto, que começa a ser capturada a infância, esse lapso de tempo que o artista passa a se ocupar, dando-lhe leveza, candura, transformando-a em uma fase de suma importância:

A aparição da infância ocorreu em torno do século XIII e XIV, mas os sinais de sua evolução tornaram-se clara e evidentes, no continente europeu, entre os séculos XVI e XVII no momento em que a estrutura social vigente (mercantilismo) provocou uma alteração nos sentimentos e nas relações frente à infância (CARVALHO (2003, p. 43, *apud* CORDEIRO; COELHO, 2007, p. 884).

Para Philippe Ariès (1988), o surgimento da noção de infância ou do sentimento da infância, firmou-se mesmo apenas no século XVII, acompanhando as transformações ocorridas no processo de transição para a sociedade moderna. Com o aumento da importância creditada a essa faixa de vida, a infância tomou relevos mais acentuados e a criança passou a ter um lugar específico na sociedade daquela época e assim, no início do século XVII, começou a produção, em uma escala vertiginosa, do retrato da criança separada dos pais. Ao se reproduzir o retrato de uma criança sozinha, esperava-se, através da arte, preservar o aspecto fugaz da infância. Esse costume nascido no século XVII se perpetuou com a fotografia a partir do século XIX, vigorando esse sentimento no seio das famílias contemporâneas. (ARIÈS, 1988, p. 67).

O interesse pela infância no decorrer dos séculos teve várias fases, todas ligadas à importância dada às crianças e sua especificidade dentro de cada época. Alguns autores se debruçaram sobre esse tema, tentando identificar por que o interesse pela infância estava proporcionalmente relacionado à importância dada às crianças e aos níveis de fecundidade. (THERBORN, 2006). A este propósito, fazendo referência ao demógrafo australiano J. C. Caldwell (1932 *apud* THERBORN, 2006).), o sociólogo sueco argumenta que a fecundidade

é alta quando as “crianças constituem um ativo para seus pais e para os outros membros das gerações mais velhas, com serviços de trabalho, renda e outras fontes de “riqueza” fluindo principalmente das crianças para os pais e para os membros mais velhos. A fecundidade é limitada quando as crianças se tornam um custo líquido, tendo de ser alimentadas, vestidas e cuidadas sem que se espere que dêem muito retorno, seja enquanto crianças – porque estão na escola – ou adultos – porque provavelmente vão embora para viverem sua própria vida. (THERBORN, 2006 p. 351).

Deve-se com isso ter em mente que o autor informa que a mudança estrutural social é um importante motor da mudança histórica e que “em contaste com os sistemas familiares, as estruturas sociais de poder e de produção tendem a mostrar uma dinâmica inerente ou dialética” (THERBORN, 2006, p. 355). Porém, ressalva que, historicamente, a experiência tem demonstrado que o declínio da fecundidade demonstra, de forma não conclusiva, que a estrutura social não tem sido “o principal motor ou o único motor importante da mudança de fecundidade nos tempos modernos” (THERBORN, 2006, p.353). Quais seriam então os outros motores acionadores de uma maior ou menor fecundidade e conseqüentemente de um sentimento valorativo da infância? Para ele, o senso de domínio pessoal e o senso de benefício do controle da natalidade determinados pelos níveis cultural, estrutural e familiar:

O sistema familiar ... define os direitos e deveres, as cargas e os benefícios dos membros da família. A estrutura social organiza as pessoas em posições em um sistema econômico e político, resumindo em classes, e conecta essas posições com as familiares. As determinações culturais aqui se referem principalmente à modelagem dos significados da vida, suas perspectivas os objetivos da vida por meio das posições familiares e estruturais ou em desafio a elas. (THERBORN, 2006, p. 353)

[...] A estrutura social distribui domínio e submissão, habilidades e dependências. Ela aloca os custos e os benefícios dos filhos nas famílias. No entanto, os principais processos de mudança estrutural, como o da industrialização ou o da ascensão do capitalismo, tendem a apresentar efeitos desagregadores no domínio e na sujeição e, freqüentemente também, no custo-benefício dos filhos (THERBORN, 2006 p. 355).

Portanto, uma maior ou menor valorização da criança, mais precisamente da infância depende de sua colocação valorativa para a estrutura social. Pode-se então afirmar que o direito se apropria da categoria afeto como forma de sustentar a aclamação da infância como uma categoria para organizar as práticas de governamentalidade da sociedade contemporânea?

O primeiro sentimento da infância, segundo Ariès, foi despertado através da noção de “criança brinquedo”. Observa-se que as representações infantis demonstram, primeiro, que as crianças estavam cotidianamente misturadas aos adultos, seja no trabalho, em jogos ou no ócio, e segundo, que os artistas exploravam a vertente engraçada ou pitoresca dessas crianças. Ariès chama a atenção para o surgimento do sentimento da criança engraçada, o que levaria mais adiante a uma dicotomia em relação à vida infantil e a vida adulta. Por quê? Porque essa utilização do aspecto pitoresco e engraçado da criança pelos artistas deixou de *orelhas em pé* aqueles que se debruçaram sobre a infância, em especial os moralistas e pedagogos como veremos adiante.

O afeto que hoje é esperado como uma categoria implícita no âmbito familiar deve também ser observado como uma construção sociocultural. O que se observa do resultado dos estudos do autor é que a especificidade da infância, seu caráter de fragilidade, sua maleabilidade para ser moldada, educada, disciplinada, foi uma construção social que se esboçou nos fins do século XIV, consolidando-se através dos conhecimentos pedagógicos até os nossos dias.

Acionou-se assim, um conjunto de saber-poder, como bem definido por Foucault¹³ pautado nas ideias higienistas e eugênicas. Tal tratamento é descrito por vários autores que confirmam

¹³ Foucault (1984) problematiza a concepção de neutralidade dos sistemas de conhecimento que para ele estão sempre relacionados com a história da modificação do poder. Assim, as formas de identificação da loucura, sexualidade, etc., não são homogêneas no decorrer da história, mas estão articuladas à emergência de novas formas de funcionamento da sociedade.

essa transformação ao longo da história de uma evolução – mudança de paradigma – em relação à infância. Conforme citações abaixo:

Pode-se apresentar um argumento contundente para demonstrar que a suposta indiferença com relação à infância nos períodos medieval e moderno resultou em uma postura insensível com relação à criação dos filhos. Os bebês abaixo de 2 anos, em particular, sofriam de descaso assustador, com os pais considerando pouco aconselhável investir muito tempo ou esforço em um “pobre animal respirante”, que tinha tantas probabilidades de morrer com pouca idade (HEYWOOD, 2004, p. 87).

[...] no lugar de procurar entender e aceitar as diferenças e semelhanças das crianças, a originalidade de seu pensamento, pensava-se nelas como páginas em branco a serem preenchidas, preparadas para a vida adulta (CALDEIRA, 2008, p. 03).

Phillipe Ariès apresenta duas teses que mudariam a forma de encarar o tema da infância. Primeiro, que a escolarização iniciada na Europa no século XVI por educadores e padres católicos e protestantes mudou radicalmente a formação moral e espiritual da criança em relação à educação tecnicista medieval; segundo, a idade moderna passa a preparar o futuro adulto nas escolas. A criança, vista como um potencial motor da história é tratada como um adulto em gestação. Além disso, a família também sofreu uma profunda transformação com a emergência da vida privada e uma grande valorização do foro íntimo. Isso tudo teria acelerado, no entender de Ariès, bem como de outros historiadores, como, por exemplo, Irene Rizzini, a supervalorização da criança.

O interesse pela infância, nitidamente mais aguçado e de natureza diversa daquela observada nos séculos anteriores, deve ser entendido como reflexo dos contornos das novas idéias. A criança deixa de ocupar uma posição secundária e mesmo desimportante na família e na sociedade e passa a ser percebida como valioso patrimônio de uma nação; como *‘chave para o futuro’*, um ser em formação- *‘dúctil e moldável’* – que tanto pode ser transformado em *‘homem de bem’* (elemento útil para o progresso da nação) ou um *‘degenerado’* (um vicioso inútil a pesar nos cofres públicos) (RIZZINI, 1997, p. 25)

2.1 O CENÁRIO BRASILEIRO: A CRIANÇA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o objetivo de realizar uma reflexão sobre a interferência do Estado nas relações familiares, mais especificamente na tutela ao direito de convivência da criança e do

adolescente, depara-se com a inserção de conceitos relativos ao Direito de Família, tais como, os de Infância, Criança, Adolescente, Poder Familiar, Afeto, Guarda Compartilhada entre outros, que resguardam os princípios elencados na Constituição Federal Brasil de 1988. Tais conceitos demandam uma contextualização para que se possa entender a complexa rede de elementos, objetivos e subjetivos, que compõem as estruturas familiares da contemporaneidade, e assim analisar os limites da tutela jurisdicional ao direito de convivência familiar da criança e do adolescente e uma possível delimitação da ação punitiva do Estado em caso de abandono afetivo por parte do genitor guardião.

Axiologicamente o tema traz o afeto como objeto da tutela jurisdicional e sua delimitação tanto no saber jurídico como em outros saberes como a psicologia, sociologia, história e filosofia. Por isso, é de fundamental importância buscar na história das relações familiares o entendimento jurídico do afeto e sua utilização como balizador das relações familiares, a vinculação com o universo simbólico da criança e do adolescente e seu valor como bem jurídico.

Procurou-se, a partir do que Philippe Ariès chamou de “sentimento de Infância”, traçar um caminho de entendimento desse sentimento da infância percebido e tratado pela esfera jurídica e saberes afins, para que assim sejam garantidos os princípios de proteção à criança e ao adolescente. O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, como bem é lembrado por Teixeira (2005), por ser um conceito amplo e indeterminado, deve ser aplicado levando em consideração uma possível “estabilidade de condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social.” Por isso, o primeiro olhar será através dos diversos pensadores e especialistas, para a situação das crianças e adolescentes carentes, abandonados e desamparados nas ruas de nossos centros urbanos, e o que de fato a interferência do Estado representou para esses “sujeitos de direito”. A partir daí, buscar-se-á percorrer os institutos do Direito de Família, que, respaldados pela Constituição de 1988, constituem os instrumentos utilizados pelo jurídico para intervir e atuar de forma eficaz nas relações de cunho familiar.

Os historiadores brasileiros, tais como, Irene Rizzini, Del Priore, dentre outros, começaram a se debruçar sobre o tema da infância, às vezes seguindo a trilha de Ariès, outras vezes criticando-a, para esboçarem um panorama que pudesse explicar a trajetória da infância desde a Idade Média – onde a criança não significava muito para seus pais – e sua passagem à condição de ‘rezinho do lar’, e desta, para os ditadores da modernidade. Quando se fala em “supervalorização” da criança há de se fazer um pequeno adendo: valoriza-se a infância e

privilegiam-se algumas crianças, ou seja, as chamadas “crianças de família” serão tratadas de uma forma diferente das crianças “de rua”, todas elas objeto dos saberes que tratam da infância. Qual foi o ideal que impulsionou a valorização da infância a partir das práticas de cuidados voltados para a criança pobre?

Debert (2007) trazendo uma reflexão acerca das “formas pelas quais a vida é periodizada” e sua significação para a construção do tecido social, traz em seu trabalho sobre a velhice, aspectos encontrados nos estudos da infância e adolescência. Afirma a autora que as “categorias de idade presentes em uma sociedade e o caráter dos grupos etários nela constituídos são, do ponto de vista da antropologia” um rico material que serve de ponto de partida para pensarmos “a produção e a reprodução da vida social.” A autora entretanto, demonstra quais são as dificuldades encontradas em torno da pesquisa sobre esses temas

A pesquisa sobre esses temas esbarra, porém, em três conjuntos de dificuldades, próprias de problemáticas com as seguintes características: categorias culturalmente produzidas, que têm como referência processos biológicos universais; questões que nas sociedades ocidentais contemporâneas passaram a ser problemas sociais; e temas em torno dos quais se institucionalizam um discurso científico especializado. (DEBERT, 2007, p. 49).

Com a industrialização que se iniciava no Brasil no começo do século XX, houve um crescente aumento no contingente de assalariados, que sem leis e normas que lhes garantissem um trabalho digno e justo, sobreviviam com seus poucos salários, numa instabilidade laboral e social. As crianças dessas famílias viviam, assim, sem conforto e no mais das vezes, soltas pelas ruas, mormente praticando pequenos delitos. Neste cenário descortinava-se a urgência de atos preventivos que buscassem exercer a vigilância desse continente de crianças e adolescentes potencialmente perigosos. Essa preocupação passa a ser, cada vez mais, um problema econômico e político que aciona e inquieta as ações médicas, morais e psicopedagógicas, como apontam os autores Cruz, Hillesheim e Guareschi, (2005, p. 44):

Desta forma, a psicologia, ancorada em estudos experimentais e de observação de crianças, vinha reforçar as noções de variabilidade entre os indivíduos e de capacidades individuais diferenciadas. A psicologia apresentava-se, portanto, como capaz de delimitar as causas dos desvios de conduta, através do uso do teste e da análise da personalidade infantil, possibilitando ações preventivas e de correção das mesmas. Citamos como exemplo desta prática o Laboratório de Biologia Infantil, órgão anexo ao Juizado de Menores, o qual foi proposto em 1935 e passou a funcionar no ano seguinte. (CRUZ, HILLESHEIM & GUARESCHI, 2005, p. 44)

Assim, o Estado foi acionado no sentido de controlar tal situação, e a pedido da classe dominante viu a necessidade de criar um espaço para discipliná-las. Para Derbet (2007), houve uma padronização da infância, da adolescência, da idade adulta e da velhice que pode ser entendida como respostas a mudanças estruturais na economia, como resultado principalmente e sobretudo da transição de uma economia que tinha como base a unidade doméstica para uma economia baseada em mercado de trabalho.

Além disso para a autora, “pode ser dada ênfase ao papel do Estado moderno, que, no processo de transformação de questões que diziam respeito à esfera privada e familiar em problemas de ordem pública, seria, por excelência, a instituição que orienta o curso da vida.” (DERBET, 2007, p. 59). Ela lembra que essa regulamentação estatal do curso da vida está presente durante toda a vida do indivíduo, do ‘berço ao túmulo’, “passando pelo sistema complexo que engloba as fases de escolarização, entrada no mercado de trabalho e aposentadoria”. Esse sistema regulatório foi sistematicamente colocado em prática através da criação de leis voltadas para a criança e o adolescente, que, mais do que protegê-las as segregaram, a exemplo do Código de Menores,

Em 1921, o governo brasileiro assinou a Declaração da Criança na Conferência de Genebra. Tal tratado inspirou a elaboração e, posteriormente o decreto do Código de Menores, Juiz Mello de Mattos, a Lei de doze de outubro de 1927, sendo o primeiro Código da América Latina. (MOTTI, 2001 *apud* SANTOS, 2007, p. 233)

Foucault chama a atenção para um fato histórico importante em seus estudos sobre o poder a partir das técnicas e táticas de dominação ao nos falar da “teoria jurídico-política da soberania”. Alega o autor que essa teoria referiu-se a um mecanismo de poder da monarquia feudal, servindo de instrumento e alicerce para as grandes monarquias administrativas, bem como, de nos séculos XVI e, sobretudo XVII, servir antagonicamente para limitar ou reforçar o poder real.

Aduz, também e principalmente, que a citada teoria, no século XVIII, em Rousseau e contemporâneos, desempenhou o papel de construir um modelo alternativo contra as monarquias administrativas, autoritárias ou absolutas, criando as chamadas “democracias parlamentares”. O que isso significou em relação aos mecanismos de poder existentes? Para Foucault, esse “novo mecanismo de poder apoia mais nos corpos e seus atos do que na terra e seus produtos” possibilitando, assim, extrair dos corpos tempo e trabalho mais do que bens e

riqueza. (FOUCAULT, 2010, p. 186-187). E o que isso tem a ver com a valorização da infância? O autor nos dá uma pista:

Este novo tipo de poder, que não pode mais ser transcrito nos termos da soberania, é uma das grandes invenções da sociedade burguesa. Ele foi um instrumento fundamental para a constituição do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correspondente; este poder não soberano, alheio à forma da soberania, é o poder disciplinar.[...] mas, na verdade, a teoria da soberania continuou não só existindo como ideologia do direito como também organizando os códigos jurídicos inspirados nos códigos napoleônicos de que a Europa se dotou no século XIX. (FOUCAULT, 2011, p. 188).

A criança menor passa a ser a protagonista de uma história legislativa calcada e originada nas aspirações burguesas que através de um aparato jurídico assistencial, tem a missão de disciplinarmente selecionar, recolher e formar bons cidadãos, aptos para o labor e a vida social. E é a criança pobre, o “menor”, que se enquadra na definição como sendo “ – aquela que necessita de assistência e sobre a qual a sociedade precisa definir o campo das responsabilidades e das ações – caridade, filantropia, regulamentação de cunho social ou penal, assistência pública ou privada.” (RIZZINI, 2009, p. 98). Tais condutas definem uma certa criança, que tendo uma infância classificada de acordo com sua origem familiar e social, será vista como uma ameaça aos projetos socioeconômicos da sociedade capitalista burguesa.

O ideal de uma família bem estruturada, de uma família a partir de ideais burgueses e a “difusão da ideia de que a falta de família estruturada gestou os criminosos comuns e ativistas políticos, também considerados criminosos, fez com que o Estado passasse a chamar para si as tarefas de educação, saúde e punição para crianças e adolescentes.” (DEL PRIORE, 2010, p. 348). Desta forma, pode-se afirmar que a “proteção” à infância tem sua origem no confinamento das crianças pobres que ofereciam, ou poderiam oferecer, um perigo à sociedade. Por isso, ela precisava ser “salva” para que a nação pudesse ser defendida, e assim, “os bem nascidos podiam ser crianças e viver sua infância; os demais estavam sujeitos ao aparato jurídico-assistencial destinado a educá-los ou corrigi-los, vistos como ‘menores abandonados ou delinqüentes’”. (RIZZINI, 2009, p. 98)

Moysés Kuhlmann Jr (1998) ressalta que a construção da infância de Ariès demonstra uma visão generalista e linear. Afirma que a pesquisa desse autor fundamenta-se em fontes de famílias abastadas, como, por exemplo, o diário de Luiz XIII, levando a crer que o sentimento de amor pelas crianças surge primeiramente no interior dessas famílias as quais teriam

conduzido o processo de promoção da infância. Kuhlmann também afirma que Áries, devido à precariedade das condições econômicas das classes subalternas, deixou à margem as fontes históricas populares, com os registros da sua infância praticamente inexistentes, ao dizer:

Mesmo em abordagens que tomam a infância em sua referência etimológica, como os sem-voz, sugerindo uma certa identidade com as perspectivas da história vista de baixo, a história dos vencidos, essa visão monolítica permanece e mantém um preconceito em relação às classes subalternas, desconsiderando a sua presença interior nas relações sociais. Embora reconhecendo o papel preponderante que os setores dominantes exercem sobre a vida social, as fontes disponíveis, como, por exemplo, o diário de Luiz XIII, utilizado por Ariès, geralmente favorecem a interpretação de que essas camadas sociais teriam monopolizado a condução do processo de promoção do respeito à criança. (KUHLMANN JR, 1998, p. 24)

Para que não se perca de vista de que infância de que se tem tratado refere-se à infância de uma classe social privilegiada junto à Kuhlmann Jr., a visão de outros comentadores, com uma outra ordem argumentativa:

Dentro desse conceito padronizado, podemos dizer ainda que para realizar um certo conceito de infância, em que era mantido um certo padrão de análise, ou seja, os padrões utilizados para esse conceito era a criança européia, branca e de lares burgueses [...]. (STEIBERG, SR; KINCHOLOE, JL, 2001)

Assim é também o entendimento da historiadora Irene Rizzini, (2009) no que se refere ao caso específico das políticas dirigidas à infância ao afirmar que prevaleceu no “Brasil até o presente, a ‘necessidade’ de controle da população pobre, vista como ‘perigosa’. Manteve-se, pois, o abismo infranqueável entre infâncias privilegiadas e menores marginalizados.” (RIZZINI, 2009, p. 16). Todo um aparato intervencionista foi montado para tratar a infância, conforme enuncia a autora:

“Em nome da manutenção da paz social e do futuro da nação, diversas instâncias de intervenção serão firmadas, de modo a classificar cada criança e colocá-la em seu devido lugar. Será da medicina (do corpo e da alma) o papel de diagnosticar na infância possibilidades de recuperação e formas de tratamento. Caberá à justiça regulamentar a proteção (da criança e da sociedade), fazendo prevalecer a educação sobre a punição. À *filantropia* – substituta da antiga *caridade* – estava reservada a missão de prestar a assistência aos pobres *desvalidos*, em associação às ações públicas. A composição desses movimentos resultou na organização da justiça e da assistência (pública e privada) nas três primeiras décadas do século XX. Com discursos e práticas que nem sempre se harmonizavam entre si, a conexão jurídico-assistencial atuará visando um propósito comum: ‘*salvar a criança*’ para transformar o Brasil. (RIZZINI, 1997, p. 30).

O abandono de crianças existiu no Brasil desde o período Colonial. Deixadas nas portas das igrejas ou das casas, essas crianças ficavam expostas a vento e frio, quando não eram atacadas por animais. Esses “enjeitados”, “deserdados”, “crianças infelizes”, como eram comumente chamados, causavam comoção. Seu destino era fatalmente as casas da Roda ou Casa dos Expostos, instituições criadas para abrigar essas crianças, que eram deixadas anonimamente, para que ninguém soubesse sua origem biológica. Criadas a partir de 1726 (a da Bahia); em 1738 (a do Rio de Janeiro); em 1825 (a de São Paulo); em 1831 (a de Minas Gerais); essas instituições serviram de mecanismo de recolhimento de recém-nascidos vinculadas à antiga caridade (MARCILIO, 2011, p. 60).

Os historiadores elencam uma série de possíveis motivos que levaram ao abandono de crianças no período Colonial e Imperial, destacando-se: geralmente serem filhos de escravas que eram alugadas como amas-de-leite; proteger a honra das famílias, escondendo o fruto de relações ilícitas ou adulterinas; esperança dos escravos de que seus filhos, criados na Roda, fossem livres; única possibilidade de crianças doentes ou mortas serem batizadas ou receberem enterro decente ou cristão; e, por último, acolhimento de crianças órfãs que perdiam seus pais para as pestes e epidemias. Essas crianças contavam ainda, e principalmente, com um verdadeiro sistema informal de proteção à infância no Brasil que vem, desde o século VI até a atualidade, consistindo na criação voluntária de indivíduos abandonados ou desvalidos, em sua grande maioria, deixados à porta das residências dos “cuidadores”.

Segundo Marcílio (1998), a criação de filhos alheios foi tão difundida no Brasil, que de 1779 a 1833, das 983 crianças deixadas em portas residenciais, somente 36 não permaneceram com as famílias em cujas portas foram abandonadas. Em alguns casos, havia ainda o incentivo da Câmara local ou das Rodas de Expostos que, pecuniariamente, ajudavam essas famílias no custeio para criação dessas crianças. Todavia, não restam dúvidas de que uma grande parte desses refugados acolhidos por famílias abastadas serviam de complemento ideal de mão de obra gratuita.

A peculiaridade dessa mão de obra em relação à escrava consistia no fato de que, na grande maioria das vezes, se estabelecia uma relação de afinidade, reconhecimento e fidelidade, entre o acolhido e o cuidador. Isso, não impedia, entretanto, que essas crianças – filhos de criação – não raramente, sofressem maus tratos e toda sorte de violências por parte dessas famílias, a

ponto de, em 1830, essa questão ser abordada por vereadores através de leis municipais – Posturas Municipais – do Rio de Janeiro, conforme relata Marcílio (1998):

Toda pessoa que tiver a seu cargo a criação e educação de órfão e expostos será obrigada a tratá-la humanamente, e não lhes poderá fazer castigo algum corporal, de que lhes resultem contusões, ou nódoas, ou ferimentos; os infratores serão multados em 30 réis e oito dias de cadeia, sem prejuízo das penas mais graves a que estejam sujeitos pelas leis criminais nos casos agravantes (Marcílio, 1998, p. 139).

Com a investida médico-higienista a partir do século XIX, a extinção da Roda dos Expostos – que só veio a ocorrer no século XX, tendo a de Salvador sobrevivido até a década de 1950 (MARCÍLIO, 2011, p. 68) o início da legislação sobre a infância nas primeiras décadas do século passado, a criança passa de objeto de caridade para objeto de políticas públicas. Qual seria assim o sentido dessa virada? Por que o Estado começa a imiscuir-se na vida privada através da família? Ou seja: Como o amor e o afeto surgem tomando o lugar desses vínculos frágeis e de abandono?

Luc Ferry (2008) traça uma trajetória da incursão do Estado nos assuntos privados enumerando alguns fatos como sendo os mais significativos e conseqüentemente facilitadores dessa relação. Segundo o autor, a exposição da vida privada começa com a transformação do casamento arranjado no casamento por amor, escolhido pelos indivíduos e não mais impostos pela tradição; um segundo, seria a valoração da intimidade a começar pela modificação da arquitetura em relação aos cômodos íntimos das casas; e, por último, seria aquela constituída pelo advento do amor parental, efeito do casamento por amor. Para ele, isso, de certa forma, gerou condições, que seguramente, garantiam o afeto pelos filhos. (LUC FERRY, 2008, p. 86).

É nessa passagem que encontram-se os especialistas: os assim chamados técnicos ou trabalhadores sociais. Todo um novo ciclo se inicia.

Em relação à infância no Brasil, observam-se duas preocupações: uma de proteção, em relação à criança carente; e outra de disciplina e coerção, voltada para a criança delinquente, todas as duas dizendo respeito, repita-se, ao objeto dos saberes que tratam da infância. Irene Rizzini elenca uma série de medidas tomadas pelos agentes disciplinadores e educacionais, que seriam a alavanca para uma supervalorização de uma infância modulada aos costumes da época:

Várias instituições foram erguidas para amparar as crianças que se achavam carecedoras de proteção, leis foram formuladas para protegê-las, além de diagnósticos alarmantes que demandaram novos métodos para a sua educação ou reeducação; experiências de atendimento foram implementadas, visando debelar o abandono e a criminalidade. (RIZZINI, 2009, p. 15)

No Brasil, no decorrer do tempo, a concepção da infância foi tratada de diversas maneiras. As relações sociais com a família, com a Igreja, com o Estado e com outros estamentos da sociedade perpetuaram valores morais, religiosos e culturais, reproduzindo dominadores e subjugados em seus papéis. Houve uma espécie de força tarefa entre os representantes dos poderes religiosos, educacionais e estatais, para elevar a criança à categoria de sujeito de direitos, não sem antes classificá-la para depois discipliná-la e reeducá-la para que assim, servisse à sociedade e à nação.

A criança passa a ser objeto de estudo de pedagogos e assistentes sociais, que respaldados pelos profissionais da psicologia, e da medicina, que passam a fazer delas projetos de bons cidadãos e fieis cristãos. Warde (2011) se remete a Moreira Leite, (1972 *apud* Warde, 2011) ao falar da virada provocada pelos estudos da criança, por psicólogos e pedagogos, que independentemente do comportamento e experiências infantis para vida adulta, nasceram da necessidade prática da escolarização universal implantada na Europa nos fins do século XIX e no início do século XX:

Nesse momento, torna-se cada vez mais intenso o movimento contra o trabalho infantil; torna-se também mais claro que as condições do trabalho numa sociedade industrializada exige uma preparação formal. No entanto, no momento em que todas as crianças são levadas para a escola, surgem três problemas que ainda hoje constituem preocupações centrais de psicólogos e pedagogos: a inteligência, a aprendizagem e, de maneira mais ampla, o problema das diferenças individuais (Moreira Leite, 1972 *apud* Warde, 2011, p. 328).

Constata-se, através dos estudos de historiadores, a coesão dos conhecimentos da psicologia com os da educação para o trato da infância, para a aplicabilidade dos métodos de controle.¹⁴

Conforme aduz Irene Rizzini:

Na vertente médica dessa política saneadora desenvolveram-se, progressivamente, a pediatria e a puericultura. Enquanto isso, foram se configurando na vertente jurídico-judiciária, o Juízo de Menores e o corpo técnico de assistentes sociais, visitantes, psiquiatras, psicólogos e

¹⁴ Os pedagogos esforçam-se por penetrar na mente infantil para melhor adaptarem ao seu nível os métodos de educação. Porque se tem uma grande preocupação com a criança, testemunhas da inocência baptismal, semelhante aos anjos, próximas de Cristo, que as amou. Mas este interesse exige que nela seja desenvolvida uma razão frágil, que se faça delas homens razoáveis e cristãos.[...] (Áries, 1998, p. 190).

pedagogos, encarregados de dar plausibilidade científica à sua intervenção.(Rizzini, 2009, p.327).

Tal assertiva tem respaldo quando Kuhlmann faz referência ao médico baiano Alfredo Ferreira de Magalhães (1922), que declarava ser a “colaboração médico-pedagógica uma necessidade inadiável e indispensável ao progredimento nacional”. O autor demonstra qual a articulação dos saberes que reunidos construíam os arcabouços para uma prática de cuidado da infância, citando Magalhães:

Magalhães elogiava a instalação do laboratório de pedagogia e psicologia experimental, pelo italiano Hugo Pizzoli, na Escola Normal em São Paulo, “o estado que sabe assimilar de pronto os progressos mundiais”, assim como se atribuía esse papel na Bahia. Em suas reflexões, desloca-se do seu lugar de médico para assumir o de educador, como tantos outros o fizeram, e anuncia a ênfase que a pedagogia começa a dar à psicologia, à higiene e ao desenvolvimento físico como base da educação, como fonte do “revigoramento da raça”. (KUHLMANN JR, 1998, p. 21)

Mas é no século XIX, dentro do círculo familiar, que o filho ocupa mais do que nunca o centro da família, pois é ele o objeto de todos os tipos de investimentos desde o afetivo, econômico, educativo, até o espiritual. A família coloca na criança o herdeiro de sua imagem, muitas vezes, sonhada e projetada, a forma de se perpetuar, de lutar contra o tempo e a morte. Nessa construção da criança como um ser social, ela não pertence apenas aos pais: “*ele é o futuro da nação e da raça, produtor, reprodutor, cidadão e soldado do amanhã*”. (ARIÈS, 2009, p. 134).

Para Cordeiro e Coelho (2007), os pais passam a ter maiores responsabilidades com a preservação da vida infantil, proporcionando-lhe bem-estar e garantindo-lhe direitos assistenciais psicoeducacionais além de físicos. Assim, as crianças deixam, pouco a pouco, as atividades laborais desenvolvidas dentro das fábricas e são novamente inseridas em programas de aprendizagens sistematizadas, sendo a escola o lugar privilegiado para esse propósito como bem nos narra os autores:

Com a consolidação do protótipo de família em fins do século XIX, a responsabilidade dos genitores passou a assegurar mais responsabilidade com o bem estar da criança, garantindo os direitos que lhes assistem e maiores cuidados físicos. A noção de infância, agora, passa pelo crivo dos conceitos técnicos e científicos. Essa análise é respaldada e analisada à luz da Psicologia, da Sociologia, da Medicina, dentre outros campos do saber, passando a emitir um parecer científico a respeito dessa fase da vida humana, adquirindo estas constatações uma maior respeitabilidade frente à sociedade. (CORDEIRO; COELHO COELHO, 2007, p. 885)

Áries afirma que há uma diferenciação relacional observada na família da metrópole em relação à família rural sendo preponderante a presença do afeto – troca de carinho – na família burguesa. O grupo prevalece sobre o indivíduo e a noção de “interesse da criança” só vem a se desenvolver tardiamente:

As relações cotidianas entre pais e filhos variam imensamente na cidade e no campo, onde a manifestações de ternura não são muito apreciadas, conforme os meios sociais, as tradições religiosas e mesmo as políticas... A concepção que se tem da autoridade e da apresentação de sua própria pessoa influi sobre as palavras e os gestos do dia-a-dia. A família, desse ponto de vista, é o lugar onde se processa uma evolução contraditória. De um lado, o controle do corpo e da expressão emocional se aprofunda; [...]. De outro lado, a troca de carinhos entre pais e filhos é tolerada, e até desejada, pelo menos na família burguesa. Os mimos e afagos fazem parte do clima favorável ao desenvolvimento de um corpo jovem. (ARIÈS, 2009, p. 144).

Acrescenta o autor:

Um duplo movimento percorre as relações entre pais e filhos no século XIX. De um lado, um investimento crescente no filho, futuro da família, muitas vezes extremamente coercitivo.[...]. Ao mesmo tempo, o filho é objeto de amor. A partir de 1850, quando a criança morre, toma-se o luto como se faria para um adulto. (ÁRIÈS, 2009, p. 147).

Esse movimento ondulante da família em relação ao filho, em especial a família pobre, por ser considerada inapta na criação deste, é orquestrado por ações de terceiros: filantropos, médicos, pedagogos, estadistas que pretendem protegê-lo, educá-lo, discipliná-lo. Foi esse movimento, todo ele mediado por uma mudança em relação à criança, que definiu em termos gerais a passagem da família tradicional para a família moderna. Percebe-se que havia uma disputa de poderes em relação ao domínio da categoria infância. Essa disputa, entre esses especialistas, às vezes ficava esmaecida, pois com o avançar do século XIX, os detentores dos saberes conjugavam esforços para que o controle daquelas insondáveis criaturinhas pudesse se estabelecer e a vida comunitária finalmente transcorresse na mais santa paz.

François Sangly (2007) chama a atenção para uma característica da família no final do século XIX, referindo-se a um duplo movimento entre sua privatização, expressada pela importância dada à qualidade das relações interpessoais e o que ele chama de uma “socialização” sofrida pela intervenção do Estado, o que, segundo esse autor, continuou durante todo o século XX, demonstrada através do individualismo protegido pelos membros da família e a presença do Estado como instância que controla, apoia e regula

suas relações. Assim, a família funciona como um grupo social, com regras próprias de relações, usadas para a sua manutenção que se modificam ditando sua composição e a forma como a mesma irá se relacionar com o social. Em defesa de uma lógica que regulava as relações geracionais, o Estado, detentor de uma tecnologia de poder, agia coercitivamente em relação àquelas crianças desajustadas e indisciplinadas, para que elas não comprometessem o capital da linhagem familiar. Ele defendia a lógica dominante de regulação das relações entre as gerações. Para Sangly (2007, p. 61),

Hoje, o Estado intervém diferentemente na medida em que a lógica social se transformou profundamente. Ele controla muito mais o funcionamento interno das famílias, posto que o capital se deslocou das coisas para as pessoas e os recursos se tornaram humanos. (SANGLY, 2007, 61).

Qual a concepção de infância que direcionou as práticas – médicas, jurídicas e pedagógicas – de atendimento à criança no Brasil? Por que estratégias disciplinadoras e normativas foram adotadas nas instituições de atenção às crianças e adolescentes pobres? As questões de ordem pública no século XX, em que a urgência da vez era a delinquência infantil nas grandes metrópoles, exigiram das autoridades medidas de coerção para aquele universo de crianças que habitavam as ruas e/ou mendigavam, isso quando não praticavam pequenos furtos e comprometiam a ordem. A criança, nesse contexto histórico, passa a ser representada como delinquente e deve ser afastada das ruas, onde a criminalidade corria solta, dos ambientes viciosos e das casas da detenção, ambientes de verdadeiras ‘escolas do crime’. Havia uma dualidade na maneira como a infância era vista, como bem relata Irene Rizzini: “Por um lado, a criança simbolizava a esperança – o futuro da nação. [...]. Por outro lado, a criança representava uma ameaça nunca antes descrita com tanta clareza. Põe-se em dúvida a sua inocência.” (RIZZINI, 1997, p. 28).

Utilizando-se de uma fonte pouco comum e, às vezes, até não reconhecida como válida, a historiadora Miriam L. Moreira Leite *apud* Freitas, (2011) tenta esboçar, através do estudo intertextual de livros de viagens de estrangeiros que estiveram no Brasil entre 1803 a 1900, bem como na leitura de livros de memórias de homens e mulheres que foram crianças durante esse século, a concepção do que era ser criança, ou o que de fato determinava a infância. Parte do ponto de vista de que a infância não é uma fase biológica da vida, mas “uma construção cultural e histórica”, e que as abstrações numéricas “são insuficientes para dar conta de sua variabilidade”. Foi pensando assim que ela tomou o testemunho de diversos viajantes estrangeiros, através de seus livros de viagem, e pessoas que foram crianças durante o período

estudado. Claro que emerge nesse caso um viés bastante específico, pois os viajantes eram estrangeiros e as memórias são de crianças que pertenceram a uma classe privilegiada, conforme bem declara a autora:

A hipótese de trabalho é que os viajantes apresentam aspectos exteriores das diversas crianças encontradas, enquanto as memórias são os discursos possíveis, a expressão infantil de algumas crianças privilegiadas (que aprenderam, tiveram a oportunidade de escrever e tornar público como viveram e sentiram a infância). (LEITE, 2011, p. 21).

Observa-se de esguio em alguns relatos como era a vida das crianças pobres, da criança escrava, suas peculiaridades e a forma como eram tratadas. São relatos sobre “crianças africanas, transportadas, com ou sem família, filhos de imigrantes alemães, crianças brancas pobres e ricas, filhos de escravos, negrinhos e mulatinhos”. Transcrevo um trecho a seguir (LEITE, 2011, p. 27):

“Vêm -se [no mercado] altas negras Minas, toucadas com um pano de mousselina em forma de turbante, com o rosto cheio de entalhos, tendo por toda vestimenta só camisa e saia, acoradas sobre esteiras junto de seus frutos e legumes; a seu lado estão os moleques, inteiramente nus. Aquelas cujos filhos ainda mamam, trazem-nos atados às costas por meio de um largo pedaço de fazenda riscada de todas as cores, à qual fazem dar duas ou três voltas em torno do corpo, depois de ter previamente colocado o filho sobre os rins, com os braços e pernas abertos; [...]. alguns molequinhos de três a quatro anos voltavam com a sua ração de feijão que os frágeis estômagos mal podiam digerir: por isso quase todos tinham grandes barrigas, cabeças enormes, pernas e braços delgados, todos os indícios enfim de raquitismo. Causava dó vê-los e eu nunca pude compreender porque, mesmo como especulação, os negociantes de carne humana não tratavam mais cuidadosamente a sua mercadoria”. (ADÈLE TOUSSAINT-SANSON, 1857, p. 17).

Ajunta a autora à sua sensibilidade:

“Após três semanas volve aos duros trabalhos da lavoura, enquanto o pequenino fica entregue a negras velhas ou a meninos de seis a sete anos, que lhes dão de comer um mingau feito de polvilhos e água. Todos estes moleques e negrinhos viviam perambulando na cozinha ou no pátio inteiramente nus; dormiam aos sete ou oito em cada quarto em esteiras, quartos cujo ar não se renova senão por uma porta deitando para um corredor sujo e aí viviam em uma podridão de que não se pode ter idéia”. (ADÈLE TOUSSAINT-SANSON, 1857, p. 44).

Percepção reiterada em outro autor:

“Os pais brasileiros vivem com as crianças ao redor e as estragam a não poder. Uma criança brasileira é pior que um mosquito tonto. As casas brasileiras não têm quarto para elas e, como se considera cruel pôr as queridinhas na cama durante o dia, tem-se o prazer de sua companhia sem intervalos”. (EDGE CUMBE, 1886 *apud* MOREIRA LEITE, 1997)

Em adição, escreve o mesmo autor:

“No Brasil não existem crianças no sentido inglês. A menor menina usa colares e pulseiras e meninos de 8 anos fumam cigarros. Encontrei um bando de meninos voltando da escola, uma tarde. Um pequeno de aparentemente sete anos tirou do bolso um maço de cigarros e ofereceu a um de cada vez. Ninguém demonstrou qualquer desaprovação de um menino tão pequeno estar fumando. A linguagem desses meninos é terrível, embora precise admitir que, como os cocheiros de Londres, não percebem que estão usando expressões chulas”. (EDGE CUMBE, 1886 *apud* MOREIRA LEITE, 1997).

Como se nota, o quadro da infância se apresenta como uma linha de tempo em que se presume que o afeto foi se instaurando, primeiro nas classes privilegiadas, e depois quase que coercitivamente nas classes subalternas. O afeto começa a aparecer na família burguesa, ou assim era desejado, fazendo parte de uma estratégia que favorecia o desenvolvimento daqueles que iriam dar continuidade aos princípios da sociedade perfeita. Mas o mesmo não ocorria com a classe subalterna, onde as expressões de carinho se limitavam ao espaço restrito, ínfimo e privado de uma moradia superlotada. Tais manifestações de carinho disputavam espaço e tempo com a preocupação com a sobrevivência. As crianças eram renegadas à própria sorte e a interferência do Estado foi no sentido de recolhê-las, agrupá-las, educá-las para dar continuidade aos projetos políticos e econômicos da nação. A maior preocupação com a infância pobre se referia ao aspecto da delinquência a ela atribuída. Selecionar, dentre os pobres, os que eram passíveis de reparo daqueles que eram considerados irremediáveis, constituiu-se no objetivo maior das práticas do saber/poder que orquestraram a conduta estatal. Todo um aparato jurídico-assistencial se formou no intuito de proteger as crianças pobres dos infortúnios da rua e ao mesmo tempo proteger a sociedade delas, delinquentes em potencial. Assim, todo esse aparato jurídico-assistencial, juntamente com os saberes médico e psicopedagógicos, manifestam-se no sentido de orientar e adequar o comportamento da família – os pais – em relação aos filhos. O Estado passa então a proteger, apoiar e controlar os membros da família entendendo-a como um grupo social.

Foi a partir de um panorama semelhante aos descritos pelos viajantes que houve a constatação do aumento da “delinquência” infantil e do crescente número de menores que perambulavam

pelas ruas, permitindo, com isso, a associação de crianças pobres e abandonadas com a criminalidade. As crianças representavam um perigo para os comerciantes e transeuntes, tornando-se, conseqüentemente, caso de polícia, transformando as questões de opressão política e de miséria socioeconômica da população trabalhadora em problema de segurança pública. Esse foi o quadro que propiciou o aparecimento de diferentes instituições destinadas à institucionalização de crianças pobres.

A partir daí, a ideia de intervir na família, retirando-lhe a autoridade sobre os filhos, passou a ser defendida como uma necessidade dos tempos modernos. Essa ideia logo foi acatada e admitida como a solução na salvação da criança, até porque já havia sido posta em prática nos países ditos civilizados (RIZZINI, 1997). Assim, o Estado, de mãos dadas com a pedagogia, tomou para si a incumbência de ordenar, disciplinar e regulamentar a proteção da infância, dividindo-a em dois grandes blocos: a criança pobre desvalida carecedora de amparo assistencial; e a criança pobre de rua, delinquente, que precisava ser disciplinada pela justiça, caso as medidas profiláticas de regulação social não surtissem o efeito esperado. Rizzini (1997) esquadrinha muito bem a composição dos movimentos de diversas instâncias que, uma vez articuladas e autorizadas, intervêm e manejam a infância:

“Em nome da manutenção da paz social e do futuro da nação, diversas instâncias de intervenção serão firmadas, de modo a classificar cada criança e colocá-la em seu devido lugar. Será da medicina (do corpo e da alma) o papel de diagnosticar na infância possibilidades de recuperação e formas de tratamento. Caberá à justiça regulamentar a proteção (da criança e da sociedade), fazendo prevalecer a educação sobre a punição. À *filantropia* – substituta da antiga *caridade* – estava reservada a missão de prestar a assistência aos pobres *desvalidos*, em associação às ações públicas. A composição desses movimentos resultou na organização da justiça e da Assistência (pública e privada) nas três primeiras décadas do século XX. Com discursos e práticas que nem sempre se harmonizavam entre si, a conexão jurídico-assistencial atuará visando um propósito comum: ‘*salvar a criança*’ para transformar o Brasil. (RIZZINI, 1997, p. 30).

Os juristas brasileiros nos fins do século XIX para o século XX discutiam, em congressos internacionais, a ideia de um “novo direito” calcado em uma “justiça que relevasse a reeducação em detrimento da punição” (RIZZINI, 2009, p. 22). Com os olhares do ponto de vista penal voltados para a infância e a juventude, logo tais ideias tomaram corpo acompanhadas pela medicina e pela psicologia que viam nisso a possibilidade de formação do homem, a partir da criança. E assim, na década de 20, consolidou-se a fórmula justiça-assistência para os menores viciosos e delinquentes. Cabe ressaltar que, para Foucault, entre o

poder e o saber não se estabelece uma relação de nexos causal, mas um total entrelaçamento ou confluência entre um e outro. Os juristas, alarmados com a ameaça de um caos social, anunciam os perigos iminentes e futuros, em que hordas de criminosos dominariam, sobretudo, as cidades, pondo em risco os avanços no sentido de salvar o país. A delinquência infanto-juvenil havia crescido, inclusive nos países ricos, o que deixava a todos atônitos. Por essa razão, a criança e o adolescente passam a ser vistos em uma nova esfera, a da marginalidade e delinquência, passando agora à categoria de menor:

Observa-se que, em geral até os idos de 1900, não se costumava fazer distinção entre a fase da infância e da adolescência. No início do século XX, ao contrário, aparecem menções ao *púbere*, ao *rapaz* e à *rapariga*, normalmente em associação ao problema da criminalidade. O termo delinquência juvenil, que anos mais tarde será muito freqüente, tem no início do século, suas primeiras referências. Além disso, nota-se o uso corrente do termo *menor* dotado de uma conotação diferente da anterior: torna-se uma categoria jurídica e socialmente construída para designar a infância pobre-abandonada (material e moralmente) e delinqüente. Ser menor era carecer de assistência, era sinônimo de pobreza, baixa moralidade e periculosidade. (RIZZINI, 1997, p. 23).

Essas crianças e adolescentes eram vigiados pelo Juizado de Menores e pela polícia de acordo com a sua classificação quanto à origem e história familiar. Na maioria dos casos, eram encaminhados para as casas de correção ou para as colônias correcionais. Esse procedimento ia de encontro às diretrizes dos defensores da reeducação, que clamavam pela criação de instituições especiais com o objetivo de reeducar essa população através da formação profissional. Surgiram, nesse momento, as chamadas escolas de reforma, por determinação do Código de menores.

Não é difícil perceber a lógica que fez com que tais preocupações fossem prontamente associadas à fase da infância. Tendo-se consciência do significado social da infância (futuro da nação) e sendo do conhecimento corrente que a criança é facilmente moldável (para o bem ou para o mal), sabendo-se, ainda, que existiam '*crianças criminosas*' e que, na verdade, o número delas parecia aumentar assustadoramente, assim como os médicos e os filantropos, também os juristas viram na criança uma esperança rumo à '*reforma civilizadora*' (RIZZINI, 1979, pp. 189-190).

Evaristo de Moraes buscava, nas teorias polêmicas de Lombroso, material para sua tese de que a família era a responsável pelo abandono a que se encontravam as crianças e, conseqüentemente, a delinquência a que elas estavam mergulhadas. Ele atribuía a Lombroso a localização da gênese do crime, exposta em sua obra "*infância moralmente abandonada*" (MORAIS *apud* RIZZINI, 1979, p.199). Por abandono moral, o jurista entendia a

incapacidade de a família exercer sua autoridade paterna (*'Pater Familias'*) e, portanto, conter os filhos e desse modo, também ela, a família. Deveria sofrer uma intervenção direta. E a exemplo da estratégia médica, também o jurista defendia que era preciso intervir na família através da criança:

Sobre o abandono moral é que se deseja intervir. Retirar da família os filhos que a ela não se submetiam, mas como mudar uma tradição tão sagrada quanto antiga, a da autoridade do pai? A estratégia consistia em mudar a mentalidade; mostrar que a família era passível de punição e que ao cometer atrocidades contra as crianças, comprometia a moralidade de seus filhos e, conseqüentemente, o futuro do país. Portanto, o filho não era propriedade exclusiva da família; a paternidade era um direito que poderia ser suspenso ou cassado (RIZZINI, 1979, p. 200).

Percebe-se, assim, que a interferência na família, tendo como causa o 'abandono moral' ou o "abandono afetivo", será feita sempre através da infância, ou em nome de sua proteção. Rizzini enumera a estratégia presente no discurso dos juristas interessados na infância que se apoiavam na trilha médico-filantropica de intervenção sobre os pobres para abrir seu próprio caminho:

[...] A ação dirigida aos menores segue, em linhas gerais, a seguinte estratégia: [...]; b) comprovar que a origem do problema estava na família que, por crueldade ou por incapacidade, abandonava os filhos à própria sorte ou os explorava, inculcando-lhes o [...] *'germem do vicio'*; c) indicar como solução a *'prevenção social'* ("obra moralizante e salutar"), através de dois veios que marcarão a ação jurídico-social dirigida à infância: elaboração de uma legislação específica que permitisse a livre tutela do Estado sobre a criança; e controle da ação social (pública e privada) considerada adequada para cada caso, cumprindo a dupla função (filantropica e jurídica) – de assistência e proteção, da infância e da sociedade.

Familiarizado nos meandros da política, o jurista, uma das carreiras de maior prestígio na época, sobrepuxará as demais no processo de expansão e fortalecimento do papel do Estado [...] (RIZZINI, 1979, pp. 200-201).

Um olhar para o passado revela que a questão da infância foi um fenômeno recorrente em contextos de rápida industrialização e desenvolvimento urbano acelerado. Essa aceleração no desenvolvimento industrial exigia uma reforma que pudesse sanear o país e foi na pobreza, (no negro, no vício, no crime [...]) o foco para que essa ação, de base moralizadora e civilizadora, fosse engajada e executada através da filantropia – do amor à humanidade –, que combateria a origem dos males sociais da desordem através da imposição da assistência aos pobres. O pobre estigmatizado como o arruaceiro, desordeiro, em sua grande maioria negra, era o alvo natural da Justiça-assistência, pela qual o Estado intervinha para garantir a demanda criada de reestruturação da ordem social. À criança pobre, agora transformada em

menor-abandonado, delinquente, ou com grande potencial de o ser, era reservado igual destino. O discurso que justificava essas medidas era o de que essas crianças precisavam ser salvas para que o país fosse salvo. Nesse discurso, a criança foi de fato um instrumento valioso, no sentido de promover uma reordenação do poder vigente, do poder de um determinado segmento, como um privilégio.

Cynthia Sarti (2005) aponta as principais alterações que a Constituição Federal de 1988 instituiu no que se refere à família: 1. A quebra da chefia conjugal masculina, tornando a sociedade conjugal compartilhada em direitos e deveres pelo homem e pela mulher; 2. O fim da diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, reiterada pelo Estatuto da criança e do Adolescente (ECA), promulgada em 1990, que os define como “sujeitos de direitos”. Com a comprovação da paternidade através do exame de DNA, qualquer criança nascida de uniões estáveis ou de casamentos legais podem ter garantidos seus direitos de filiação, por parte do pai ou da mãe (SARTI, 2005, p. 24).

O Pátrio Poder transformou-se, com isso, em Poder Familiar, o que demonstra uma total modificação deste instituto do Direito de Família, como antes nunca visto. O ECA dessacraliza a família a ponto de introduzir a ideia da necessidade de se proteger legalmente qualquer criança contra seus próprios familiares, ao mesmo tempo em que reitera “a convivência familiar” como “um direito” básico dessa criança. É importante destacar esse aspecto por contribuir para a “desidealização” do mundo familiar, ainda que se saiba que esse recurso legal é frequentemente utilizado para estigmatizar as famílias pobres, definidas como desestruturadas, “incapazes de dar continência a seus filhos”, sem a devida consideração do lugar dos filhos no universo simbólico dessas famílias pobres (SARTI, 2005, p. 24). O ECA atribui à criança e ao adolescente a condição de sujeitos de direitos e não mais objeto da intervenção do Estado isoladamente.

A partir daí, tende-se a deduzir que as ações políticas que alavancaram a criança e o adolescente para a condição de sujeito de direitos perpassam a família, apropriando-se da categoria afeto para, através de um novo mecanismo de poder, poder disciplinar, atuar sobre seus atos. Pergunta-se, em relação à própria ordem, até mesmo em sua dimensão legal: até que ponto pode a liberdade ficar amarrada às atribuições normativas supostamente apoiadas em uma natureza humana de que os saberes se arrogam o conhecimento? Como seria possível olhar para a criança enquanto sujeito de direitos e não enxergar as múltiplas táticas de

desclassificação que reduzem a criança a um ser, ou um não ser, que é preciso primeiro conhecer, esquadrihar, testar, para então lhe conceder, como um atestado, a cidadania?

Enfim, diante da incursão historicamente feita através do pensamento de alguns autores, fica implícito que a concepção de criança/infância, independentemente da época não só não é homogênea, como se molda ao contexto socioeconômico de cada momento. Sua caracterização vai depender de sua origem étnica e de classe. Seja no século XVI ou XX, a criança era vista como potência de trabalho e, mesmo diante de várias políticas voltadas para elas, ainda hoje, isso ainda se configura, tamanho é o estado de abandono em que milhares se encontram.

Capítulo 3

O PODER FAMILIAR

Vários fatores provocaram reconfigurações nos sistemas familiares e, dentre eles, pode-se destacar: 1. a proletarização, que definiu a entrada da mulher para o mercado de trabalho, reduzindo a autoridade do marido como único provedor da casa; e 2. a industrialização que, segundo Therborn (2006), desafiou o patriarcado pela separação em grande escala entre o lugar do trabalho e a residência, enfraquecendo com isso o controle paterno que já durava séculos.

Contíguo a esses indicadores sociais globais que confluem para sustentar essa tendência da reconfiguração familiar nos dias que correm (no âmbito nacional e em perspectiva legal) há o fato de a Constituição Federal de 1988 ter equiparado os direitos dos filhos não oriundos do casamento aos daqueles que dele provieram, proibindo a discriminação, bem como a concessão do direito igual aos homens e mulheres na chefia da família.

Essa “superfície jurídica” parece dar visibilidade ao modo como o Direito vai disciplinar aspectos que dizem respeito ao privado, como a sexualidade e a afetividade, que não estão no campo meramente objetivo como pretende a ciência jurídica, implicando assim em uma interferência direta nos destinos particulares dos indivíduos. O afeto aqui passa a ser o representante de uma família instrumental, caracterizada como eudemonista, na qual a felicidade de seus membros passou a ser um bem valorado e tutelado juridicamente. Lipovetsky (2007), em *A Sociedade da Decepção*, procurando uma explicação para as leis do pensamento que estão por trás do encadeamento de transformações ocorridas no contexto social e histórico da contemporaneidade apresenta essa interessante reflexão:

O hedonismo foi despojado de sua aura triunfal: passamos de um ambiente de euforia progressista para uma atmosfera de ansiedade. Antes, havia a sensação de que a existência se tornara um tanto menos pesada; hoje, “tudo se contrai”, endurecendo de novo. Este é o “paradoxo da felicidade”: uma atmosfera de entretenimento e distensão contínuos, de bem-estar consolidado, coexiste com a intensificação dos obstáculos para se viver e o aprofundamento do mal-estar subjetivo. (LIPOVETSKY, 2007, p. 4)

A família é vista por uma concepção eudemonista, isto é, ela serve de instrumento para a busca da felicidade das pessoas que a compõem. A questão que surge a partir do estudo da

família, em especial essa “família” conceituada juridicamente e moldada sob o auspício do afeto é o seu contraste com aquelas com as quais se depara no cotidiano do dia a dia. Lipovetsky (2007), enfatiza a questão afirmando que “A dicotomia entre a expectativa e o real, princípio de prazer e princípio de realidade, criam um vazio que muito dificilmente pode ser preenchido”. (LIPOVETSKY, 2007, p. 5). Donati (2008, p. 160), fazendo referência a Tocqueville, afirma que “a redução da família à esfera do puro afeto privado pode colocar em jogo a democracia e, principalmente, aquela esfera pública inspirada no bem comum, tão necessária para o processo de civilização”.

Esse aspecto eudemonista da família a coloca como um espaço propício para que as pessoas vivam felizes, e essa felicidade constitui a base de todo um elenco de obrigações a que estão sujeitos os pais. E é nessa esteira que surge o instituto do poder familiar em substituição ao instituto anterior do pátrio poder tendo por base os princípios da igualdade, que forneceu o solo para a transformação das relações jurídicas familiares; da afetividade, que é entendida como o fundamento da formação da família; e os da igualdade e da solidariedade. Como bem enfatizado por Rodrigo da Cunha Pereira:

De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas, exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua. [...] o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental. (PEREIRA, 2004, p. 35)

O pátrio poder não mais está compatível com a atual noção de família, uma vez que pertence ao paradigma anterior da família patriarcal, institucional, hierárquica e matrimonial. Era uma família patriarcal, pois, cuja característica perdurou por séculos, só vindo a ser alterada no Brasil após a CF/1988, como destaca Denise Damo Comel:

O que se tinha de fato, eram direitos outorgados ao pai, o cabeça do casal, com relação aos filhos. Era a noção de pátrio poder como direito subjetivo do pai, exercício de poder do pai sobre o filho, concepção diametralmente oposta à atual. (COMEL, 2003, p. 28).

O pátrio poder somente era exercido sobre os filhos reconhecidos, em sua grande maioria oriundos da família constituída através do matrimônio, não recaindo sobre os adulterinos, incestuosos ou espúrios, conforme se depreende do art. 379, do CCB/1916, que determinava: “os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos

ao pátrio poder, enquanto menores”. Essa era a família desenhada e esquadrihada no Código Civil de 1916, com uma forte valorização nas dimensões patrimoniais e biológicas.

Diferente é a família contemporânea, configurada pela Carta Magna de 1988 e o Código Civil de 2002, que tem caráter plural, democrático, na qual está presente a igualdade entre os filhos, havidos ou não dentro da relação matrimonial e entre o casal, conferindo à mulher total participação na sua criação. Esta família, mesmo privilegiando o aspecto biológico, valoriza também o aspecto socioafetivo, que serve de unificador das variadas formas familiares, sendo a sua estruturação entendida por Moraes (2006) desse modo:

Em termos sociológicos, a tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizada e independente de laços consanguíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados. (MORAES, 2006, p. 617).

Esse compartilhamento de hoje não condiz com a estrutura da família tradicional, uma vez que havia uma sujeição da mulher em relação à autoridade do patriarca. Essa sujeição da mulher em relação ao marido e em relação à sua atuação no comando do grupo familiar foi drasticamente alterada na legislação brasileira com a Lei nº 4.121/1922 (Estatuto da Mulher Casada). Essa lei foi um dos fatores relevantes para que a mulher assumisse um lugar mais atuante, dado que modificou o art. 380 do CCB/1916 incluindo a colaboração da mulher para o exercício do pátrio poder e o direito de recorrer à justiça em busca desse direito, caso houvesse divergência, obrigando o marido a compartilhar com ela o exercício da autoridade no seio da família:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução de divergência.

Do mesmo jeito foi a alteração do art. 393, do CCB/1916, pela Lei 6.515/1977 (Lei do Divórcio) que determina a conservação do pátrio poder da mãe em relação aos filhos quando esta contrair novas núpcias, o que anteriormente lhe era vedado, o que resta demonstrado uma visão mais evoluída do legislador que conseguiu separar a relação de gênero das relações filiais

Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

Essa inserção da mulher no comando ocorreu, no plano social, antes mesmo de ocorrer na legislação, modificando com isso a estrutura do instituto do pátrio poder. A expressão pátrio poder constante no CCB/1916, já não guardava afinidade com os avanços socioculturais que refletiam a igualdade entre o homem e a mulher e, por isso, tal expressão vinha recebendo muitas críticas, pois o mesmo servia para designar os “direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e bens dos filhos” (BEVILÁQUA, 1960, p. 282). Passando a grande maioria dos doutrinadores a entender esse instituto como “pátrio dever”, que consistiria em um “conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante a pessoa e bens dos filhos” (MONTEIRO, 1964, p. 280-281 *apud* SILVA, 2002, p. 9).

Assim não pensa Silva (2002), que repudia a expressão “pátrio dever”, preferindo a expressão “poder parental”, por entender que,

De outro lado, a palavra parental é *inclusiva*, enquanto o termo pátrio faz referência unicamente à pessoa do pai. O emprego do adjetivo parental está, como se vê, em perfeita consonância com a Constituição Federal, que não fala em “pátrio poder”, antes, atribui ao pai e a mãe, sem distinção de qualquer ordem, “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.” (SILVA, 2002, p. 10).

Mas o Código Civil Brasileiro de 2002 não utilizou nem a expressão “pátrio dever” e nem tampouco “poder parental”, preferido o diploma legal usar a expressão *poder familiar*, em observância ao preceito constitucional do princípio da igualdade, revelando que o exercício da autoridade é conjunto, retirando o denominativo “pátrio” na tentativa de não fazer uma possível associação ao antigo pátrio poder. O que, na interpretação de Denise Comel, não significa criação de nova figura jurídica.

Assim, o que se tem é que o Código civil (2002) evoluiu da denominação de pátrio poder para poder familiar, sendo certo que não criou uma nova figura jurídica, mas assim o fez para compatibilizar a tradicional e secular existente aos novos conceitos jurídicos e valores sociais, em especial para que se evidenciasse qualquer discriminação entre os filhos a ele sujeitos, também entre o casal de pais com relação aos encargos de criar e educar os filhos destacando o caráter instrumental da função. (COMEL, 2003, p. 54)

Portanto, há autores que utilizam a expressão “poder parental” e outros a expressão “poder dever”. Gagliano e Pamplona Filho entendem que o mais importante do que a nomenclatura é

a real percepção dos pais e mães no entendimento da importância jurídica, moral e espiritual que o exercício de sua autoridade parental ostenta, em face dos filhos menores. Ou seja, para esses autores, deve haver uma conscientização da importância que o exercício deste instituto representa para uma verdadeira interação familiar. Eles conceituam o poder familiar como o “plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes.” (GAGLIANO, 2011, p. 586).

O Estatuto da Criança e do Adolescente/ECA, Lei 8.069/90, trouxe, dois anos após o advento da CF/1988, a disciplina legal para o exercício do poder familiar, mesmo utilizando a expressão anterior do pátrio poder. Isso porque, havendo um paralelo na vigência do ECA com a vigência do CCB/1916, o que provocou algumas dificuldades na aplicação do poder familiar já estabelecido na CF/1988, pois o perfil patriarcal da família que ainda estava sendo reverenciado no então CCB/1916, era incompatível com o atual preceito constitucional. Como bem demonstrada em seu artigo 21:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução de divergência.

Tal desencontro foi dirimido com o advento do Código Civil de 2002, que disciplinou definitivamente o exercício do poder familiar pelo pai e pela mãe em condições de igualdade, já que o referido Código estava em consonância com a Constituição Federal de 1988, através dos seus princípios, que embasaram o instituto do poder familiar, abaixo elencados:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

3.1 DIREITOS E DEVERES DOS PAIS NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Segundo entendimento de Maria Berenice Dias (2009, p. 323, 324), quando do nascimento, acontece a inserção do indivíduo em uma estrutura, que recebe o nome de família. Como o ser humano necessita de cuidados especiais por um longo período, surge um elo de dependência a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e pleno desenvolvimento.

Sabe-se que a personalidade começa com o nascimento, entretanto “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”¹⁵ conforme previsto no artigo 2º do CCB/2002. Daí resulta que os “direitos do nascituro”, de que trata o aludido dispositivo, não são direitos atuais, presentes, mas direitos eventuais, em formação que se aperfeiçoam com o nascimento com vida. Esses direitos não asseguram imediatamente uma relação do poder familiar, mas servem para que fique desde logo assegurado ao menor sua paternidade a fim de que essa relação possa a vir a se concretizar sem maiores embaraços após o nascimento. Nestes casos é admitida a ação de alimentos em favor do nascituro para o atendimento das despesas durante a gestação da mãe, conforme o previsto na Lei 11.804 de 05 de novembro de 2008.¹⁶

Desta forma, a família se torna imprescindível ao indivíduo, tornando-se seu ponto de identificação social. O poder familiar constitui um conjunto de direitos e obrigações que devem ser exercidos com base no interesse do menor, podendo o Estado, em casos específicos, interferir nessa relação. Diniz (2007) define o poder familiar como sendo

um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercida, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2007, p. 514)

Um dos temas do Direito Civil, especificamente no Direito de Família, “que mais sofreu influência dos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988 foi indubitavelmente, o da *filiação*, que consiste, em síntese conceitual, na situação de descendência direta, em primeiro grau.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 611).

¹⁵ De acordo com Maria Helena Diniz: “Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que pertenciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida” DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 334.

¹⁶ Lei de Alimentos Gravidicos.

Para Maria Helena Diniz (2007, p. 420-421), filiação é:

o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhes deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

Através do Princípio da Igualdade assegurado pelo artigo 5º desta Carta Magna, e no § 6º¹⁷ do artigo 227, os filhos possuem os mesmos direitos e qualificações, proibindo qualquer designação discriminatória relativa à filiação. O Código Civil de 2002, juntamente com a Constituição da República de 1988, assegura a impossibilidade de distinção de direitos e qualificações às espécies de filhos. Em seu artigo 1.597, acrescentou os incisos III, IV e V que tratam de “técnicas de reprodução assistida” incluindo os filhos oriundos destas na mesma categoria daqueles concebidos na constância do casamento, legitimando-os. Percebe-se que o legislador deixou para trás toda e qualquer forma de discriminação filial, num avançado entendimento em que prioriza o interesse das crianças e dos adolescentes.

A Constituição da República, em seu artigo 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente resguardam os direitos da Criança e do Adolescente, especificamente em seu artigo 4º¹⁸, determinando que é dever, em primeiro lugar, da família, logo após, da sociedade e do Estado, assegurar com prioridade a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e a convivência familiar e comunitária.

¹⁷. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁸ Art. 4º do ECA – É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Tal dispositivo representa a confirmação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, que embora não conste expressamente na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, está implícito no princípio da proteção integral à essa camada da sociedade, descrita no artigo 1º¹⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando sempre proporcionar aquilo que for melhor para o menor.

E o Código Civil, em seu artigo 1.634²⁰, enumera de que forma os pais devem agir no exercício do poder familiar.

Tal poder se estende a todos os filhos a partir do reconhecimento da filiação, (GONÇALVES 2009, p. 376), não sendo necessário estabelecer uma relação de casamento ou de união estável entre os pais para que se estabeleça a competência no exercício desse instituto. E, mesmo estando os pais separados, têm eles o pleno direito ao exercício do poder familiar, devendo exercê-lo de forma ampla e contínua. Em famílias monoparentais, na falta de um dos genitores, o poder familiar é exercido com exclusividade pelo outro genitor.

Hoje, não há mais que se falar em diferenciação entre pai e mãe, homem e mulher, dentro da entidade familiar, os dois exercem juntos ou com exclusividade o instituto do poder familiar. Há uma considerável convergência do Código Civil de 2002 com o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao exercício conjunto do poder familiar. O Estatuto disciplina os deveres do pai, como estabelecido, por exemplo, no seu artigo 22 “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”, já o Código Civil disciplina as extensões do exercício desse poder. Assim, o Código e o Estatuto passaram a dispor acerca do poder familiar de forma conjunta. (LÔBO, 2009, p. 274) O poder familiar, segundo Gonçalves (2009, p. 377), “é representado por um conjunto de regras que englobam direitos e deveres atribuídos aos pais,

¹⁹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

²⁰ Art.1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

no tocante à pessoa e aos bens dos menores”. Fica claro quando se observa a definição feita, que é de inteira responsabilidade dos pais a pessoa de seu filho menor.

A Constituição Federal estabelece no seu artigo 227, um conjunto mínimo de deveres que são de competência da família, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente. Entre esses direitos dos filhos estão o direito à saúde, direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Ainda nesse sentido, estabelece o artigo 229 da Constituição Federal, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. Nos incisos do art. 1.634 do Código Civil, é demonstrada a responsabilidade dos pais, apesar de não se estabelecerem deveres à família da forma expressa na Constituição Federal. Assim é o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo:

O código civil é omissivo quanto aos deveres que a Constituição cometeu a família, especialmente no artigo 227, de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, e no art. 229, que atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. (LÔBO, 2009, p. 274)

O menor dentro desse contexto familiar deve ser sempre preservado, a legislação segue no sentido de resguardar o interesse, a proteção, o desenvolvimento das crianças e adolescentes. Assim, “Os poderes assegurados pelo Código Civil somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria constituição.” (LÔBO, 2009, p. 278). Entre os diversos deveres dos pais para com os seus filhos menores, o dever de educar possui um dos maiores encargos. Para Gonçalves (2009), o dever de dirigir a criação e a educação dos filhos, como estabelece o artigo 1.634, inciso I, do Código Civil, “é o mais importante de todos”. (GONÇALVES, 2009, p. 378).

Já para Lôbo (2009, p. 279), a educação estabelecida no Código, não é só a educação escolar, mas também e principalmente a educação moral, política, religiosa, profissional, cívica, toda educação que contribua para o desenvolvimento e formação do filho. Aponta o autor vários momentos em que a legislação dispõe especificamente sobre a educação, como por exemplo a Constituição de 1988, em seu artigo 205, ao tratar do referido assunto:

Art. 205. Educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O direito à educação é previsto ainda em outros dispositivos legais além da Constituição Federal e do Código Civil. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é um exemplo disso, ela prevê que o processo de educação não ocorre somente nas instituições de ensino, mas também na sociedade, na família, na convivência humana e em várias outras situações. Assim, estabelece em seu artigo 1º:

Art. 1º. Abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil nas manifestações culturais.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 55, acerca da educação: “os pais ou responsáveis têm o dever de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”. Tendo em vista a obrigação dos pais e responsáveis de fornecerem educação aos seus filhos menores, o Código Penal em seus artigos 246 e 247 determina pena de detenção aos pais que não cumprirem alguns deveres:

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Art. 247 - Permitir alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Lôbo (2009) cita ainda incompatibilidades entre a Constituição e o Código Civil em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana quanto ao que se refere o artigo 1.634, inciso VII do referido Código, que trata da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a “serviços próprios de sua idade e condição”. Assim dispõe:

Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos, mas nunca transformá-los em trabalhadores precoces. (LÔBO, 2009, p. 279).

Ao cogitar a possibilidade de os filhos exercerem alguns trabalhos domésticos “próprios de sua idade e condição”, o legislador se aproximou com mais sensibilidade da realidade da grande maioria das famílias. Além dessa prática estabelecer obrigações legítimas para os filhos – contribuindo assim para a sua educação doméstica e a manutenção da solidariedade entre os familiares – mostra-se compatível com a realidade de famílias de classe menos favorecidas economicamente, que conta com a contribuição dos filhos na execução das tarefas domésticas, uma vez que não contam com as condições econômicas satisfatórias para alocar mão de obra para o trabalho no âmbito domiciliar. Longe está o tempo em que se contava com um séquito de auxiliares domésticos. São obrigações do cotidiano que auxiliam no entendimento dos filhos sobre responsabilidade e solidariedade sem que para isso o menor se transforme em um trabalhador precoce.

Eu arriscaria dizer que o poder familiar constitui um encargo que abarca uma gama grande e complexa de atitudes com o objetivo de gerar as condições que se dizem necessárias para que o menor se desenvolva de forma satisfatória – isso inclusive traz para os pais o encargo de suprir algumas deficiências, presentes na prestação estatal de serviços voltados para essa camada da sociedade, como por exemplo: a situação e conseqüente deficiência das escolas públicas; a falta de creches, etc. Os pais têm que achar meios junto à sua coletividade para suprir tais deficiências. Nesse sentido, ainda dispõe Comel (2003):

Portanto, hoje não se questiona que o poder familiar seja efetivamente uma função, um verdadeiro encargo atribuído aos pais para que acompanhem, dirijam e protejam os filhos durante toda a menoridade, proporcionando-lhes, cada qual na sua medida, as melhores condições de desenvolvimento e amadurecimento na formação do caráter e da cidadania, sempre na defesa de seus interesses, até que cheguem à maturidade. (COMEL, 2003, p. 65)

3.2 CESSAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

O exercício do poder familiar enseja uma grade de vicissitudes, construída pelo Legislador prevendo sua privação ou o seu desmembramento. Ordinariamente, o poder familiar se extingue pela morte dos pais ou dos filhos, pela emancipação, pelo atingimento da maioridade, ou pela adoção ou por decisão judicial. Poderá ser suspenso, extinto ou ainda poderá ocorrer à perda do poder. (GONÇALVES, 2009, p. 386; GRISARD FILHO, 2009, p.

52) As hipóteses de extinção estão previstas no artigo 1.635 do Código Civil²¹. Presume a lei que os maiores de 18 anos e os emancipados não precisam mais de proteção dos pais, assim a maioria cessa a subordinação que os filhos possuem em relação aos pais. Já na adoção, o poder familiar é transferido dos pais naturais aos adotantes que passam a exercê-lo com exclusividade. (GONÇALVES, 2009, p.386). Há, no entanto, situações anormais que limitam ou restringem seu exercício, previstas e m lei, respectivamente no art. 1.637²² ditando quais são as medidas cabíveis em caso de abuso em seu exercício, culminando inclusive com a suspensão do exercício desse poder; e no 1.638²³ quais são os atos e praticados pelos pais que são passíveis, uma vez constatados, da perda do exercício do poder familiar. Além desses artigos, há os 22, 22 e 129, X, do ECA, que antecipam seu término como bem sinaliza Grysard Filho (2009):

Em certos casos, em que a conduta dos pais os torna indignos dessa condição, comprovando-se abuso de autoridade, faltando eles aos seus deveres paternos, dilapidando os bens dos filhos, intervém o Estado por meio do juiz, que pode, a requerimento de algum parente ou do Ministério Público, considerando a gravidade da falta, *suspender* temporariamente, no todo ou em parte, o exercício do poder familiar, seja em relação apenas ao filho vítima, seja em relação a toda a prole, conforme os arts. 155 a163 do ECA.

[...]

Também sob a denominação de destituição, *perdem* os pais o poder familiar em relação aos filhos, que castigarem imoderadamente, quando os deixarem em abandono, por prática de atos contrários à moral e aos bons costumes ou

²¹ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III - pela maioria;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

²² Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

²³ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I – castigar imoderadamente o filho;
- II – deixar o filho em abandono;
- III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

incidirem reiteradamente em faltas que autorizem a suspensão do poder familiar.”(GRISARD FILHO, 2009p. 52).

Observa-se que as causas da perda do poder familiar elencadas no art. 1.638 CCB/2002 e incisos tratam de situações em que o exercício do poder familiar é distorcido, praticado por pais irresponsáveis e que tratam dos filhos sem o menor respeito à sua dignidade. Percebe-se da leitura do referido artigo que são situações provenientes de uma ambiência familiar desestruturada e que, portanto, põem em risco a vida e a saúde dos filhos ali presentes.

Percebe-se também que o inciso II trata do abandono do filho, mas esse abandono não se iguala ao “abandono” objeto das ações de abandono afetivo. O abandono afetivo refere-se ao abandono do genitor que sai de casa, que rompeu com a relação marital que mantinha com o guardião do filho, e só presta assistência material, passando a não conviver regularmente com ele. Uma questão importante é: por que esse genitor que “deixou o filho menor em abandono”, ou seja, sem cuidado de ninguém, é penalizado somente com a perda do poder familiar? Porque a esse pai também não é cobrada uma indenização?

Uma outra questão está relacionada com o inciso I deste mesmo artigo e se refere ao castigo imoderado ao filho, podendo os pais perder o poder familiar se castigarem imoderadamente seus filhos menores. O que seria então um castigo moderado? E o imoderado? Tentar-se-á entender este problema quando for analisada mais adiante a chamada “Lei da palmada”.

O castigo poderia ser entendido como uma punição, uma sanção a algo considerado como inadequado no comportamento do filho. Esse castigo pode constituir-se em uma punição corporal, também chamado de castigo físico, ou de outras formas, como privação de algo. O castigo em geral tem um caráter educativo e é utilizado para auxiliar na educação. (WEBER, 2003, pp. 01-06) Os pais, com o intuito de educar os filhos menores, utilizam da sua função correcional, o direito de castigar seus filhos, o *jus corrigendi*. Mesmo não havendo previsão legal, o castigo no Brasil tem um fundamento cultural, pois para educar os filhos, os pais lançam mão de sua autoridade e conseqüentemente de um poder sobre eles. Para Comel (2003), o castigo “Integra também, a função educativa, pela própria natureza, o ofício de correção, ainda que não haja previsão legal expressa, pois é correlato ao dever de educar”. (COMEL, 2003, p. 105). Dispondo ainda:

Aos pais se reconhece, pois, o arbítrio no que tange ao exercício do poder familiar, no plano da licitude e da responsabilidade, por óbvio, que alcança, inclusive, o de exigir respeito, obediência e colaboração, e o poder – dever

de educar, inclusive utilizando das medidas corretivas necessárias. (COMEL, 2003, p. 93).

Investidos de autoridade, os pais são os responsáveis legais pelos menores e a educação gera uma constante necessidade de limitar os filhos, impor limites, não sendo tarefa de fácil realização se os pais não possuem direitos sobre eles, ou se suas atitudes forem cerceadas a ponto de comprometer sua autoridade. Para Comel (2003), não seria possível aos pais desempenharem as funções parentais sem utilizar de meios que impõem obediência e respeito a algumas obrigações que devem ser impostas aos filhos. Desta forma, a responsabilidade do pai de educar e criar seu filho depende do direito de fazer exigências ao mesmo, discorrendo a autora sobre essa necessidade:

Sendo uma constante a necessidade de corrigir o filho, impondo-lhes os limites necessários à adequação do comportamento, ora censurando, ora repreendendo e, também, quando necessário, aplicando-lhe castigos. (COMEL, 2003, p. 126)

Porém, salienta a autora que a aplicação do castigo não pode ser feita com intuito de machucar, somente pode ser aplicado como forma de educar o filho, dentro do âmbito da função de correção com o objetivo precípua de atender à função educativa da medida. Para melhor verificação de como o castigo pode ser empregado pelos pais na educação de seus filhos menores, é necessário estabelecer uma diferenciação entre as formas de castigo. O castigo moderado é conceituado como o castigo controlado, utilizado de forma restrita, prudente, comedido. Comel define o castigo moderado:

O castigo moderado implica a reprimenda comedido, prudente, razoável, sem exageros ou excessos, e sempre com caráter educativo. É o castigo que não põe perigo à saúde física ou mental do filho e que não o priva do necessário à subsistência, podendo consistir em advertências, privações de regalias e, até, de correção física, conforme alguns, embora ela seja bastante questionável, tanto no aspecto de violação da integridade física e psíquica do filho (porque o castigo físico também pode consistir em violação psíquica), assim também quanto à sua eficiência pedagógica. (COMEL, 2003, p. 106)

Barros (2001) afirma que a “Interdição, a censura, a castração são uma primeira função delegada ao pai pela cultura, um exercício legal da representação social da paternidade [...] permitindo a inserção da criança no universo das leis e do desejo através de uma estrutura ‘edipiana’ que promove a sua inscrição no social”. (BARROS, 2001, p. 96)

Assim também se pronuncia Renato Maia (2008):

É como se a lei do pai, servindo de obstáculo ao desejo de seu filho, de limite ao seu prazer, fizesse com que este se submetesse a ela. A partir daí, passa a reconhecer a lei, onde que esta se apresenta, submetendo-se a obedecer às autoridades que falam em seu nome, acatando a ordem social, seguindo a Constituição, suportando a censura, [...] (MAIA, 2008, p. 55).

Trata-se aqui, como bem explicita o autor, de uma metáfora, de um significante quanto à função paterna, possuindo pouca correlação com o biológico, até porque, se assim o fosse, os filhos oriundos de famílias monoparentais, nas quais a mãe é a “chefe de família”, aquela que responde pelo provimento e orientação educacional, aquela que é referência para o filho, seriam todos desajustados, ou quiçá transgressores, o que não se confirma. Pode-se, assim, usar dos conhecimentos da psicanálise aproximando-os de nossa realidade histórica e social. Esse é também o entendimento de João Baptista Vilella:

[...] a figura paterna da psicanálise é, em geral, muito mal compreendida. Freud trabalhou com a sociedade vienense do século XIX, que tinha um perfil de família em grande parte diferente da atual. O que ele queria significar com ‘figura paterna, penso eu, é menos a figura do pai, enquanto ‘macho’, do que o pai, enquanto autoridade ou limite para o filho, introduzindo a ideia de lei. Tanto que essa figura é designada no vocábulo técnico pelo termo alemão *Bezugsperson*, isto é pessoa de referência. Não necessariamente varão. Ficou associada ao varão, porque, frequentemente é este quem exerce o papel. Mas podem ser a avó, a professora da Escola, a terapeuta e etc. Enfim, qualquer pessoa, do sexo masculino ou do feminino, a quem a criança possa ‘referir-se’ (*sich beziehen*, em alemão, que tem o mesmo radical de *bezug*) como entidade que a ajude a encontrar-se ou a descobrir-se como sujeito. (VILELLA, 2001, p. 3 *apud* MAIA, 2008, p. 56)

Hoje, com a direção da educação dos filhos compartilhada entre os genitores, a função paterna se transforma. Ela se desvincula da figura masculina, biológica e do cônjuge e passa a ser exercida por todos aqueles que têm sob seus cuidados uma criança que tenha a posse do estado de filho. Mas, pela própria psicanálise, essa função seria, simbolicamente, aquela de interdição, de interferência. Aqui, parece-me tratar de uma função que foi associada à figura do pai diante da desigualdade entre os gêneros e que na atualidade se trata de uma função voltada para a intermediação, ou mesmo mediação da relação do filho com o social e suas regras e leis. O pai e a mãe representam –através e a partir da família – um referencial de solidariedade e mediação, representando “o ponto de interseção entre o público e o privado, necessário para uma diferenciação não-anômica e não-alienante do social.”(DONATI, 2008, p.64).

São os pais investidos de autoridade – através do poder familiar – no intuito de conduzir os filhos para uma vida adulta permeada de ações sensatas, amadurecidas e plenas. Essa autoridade está de qualquer sorte sendo perscrutada pelo Estado que, ao mesmo tempo em que a exige – com uma eficácia considerável – a tolhe e dirige, tomando para isso alguns conceitos da psicologia e da pedagogia, como: a afetividade, o desenvolvimento emocional e psicológico. A aplicabilidade de conceitos dessas áreas na família tem assoberbado os pais que, na tentativa de atenderem às demandas imposta pelo ente estatal, desestruturam os processos na unidade familiar de diferenciação e de relacionalidade mais soltos, como bem posiciona Donati (2008):

Os Estados de forma geral, carregam os pais adultos de obrigações, enquanto são omissos quanto à definição de regras de intercâmbio e aos critérios de recíproca responsabilidade entre gerações presentes na família. (DONATI, 2008, p. 161).

Segundo Donati (2008, p. 159), referindo-se a estudos psicanalíticos e antropológicos sobre as novas gerações, “o ser humano não consegue ter percepção se não conseguir pensar a história, a sua história em particular.”, ou seja, uma história relacionada com a história de sua família. Afirmo ainda o autor que tirar delas a memória daquilo que através de gerações as gerou significa arrancar-lhes a possibilidade de raciocinar e, portanto, de viver de forma mais humana, em razão da falta daquele patrimônio cultural que contém a memória das passagens civilizatórias. (DONATI, 2008, p. 160). O autor entende a família como um sistema relacional que transpõe o nível geracional, que se constrói através e a partir de um patrimônio cultural. O Estado, ao impor obrigações que irão de encontro às regras midiáticas entre as gerações e sobre as quais as famílias se estruturam e se alimentam, está desestabilizando um intercâmbio de reciprocidade e responsabilidade.

A questão de ser culturalmente aceito o castigo moderado nas famílias exemplifica bem o que Donati (2008), colocou, pois o castigo tido como moderado está implícito no exercício do poder familiar, uma vez que ele serve de instrumento para que se obtenha uma obediência do filho em relação ao pai. A criança em desenvolvimento assemelha-se, simbolicamente, a um explorador, um cientista, que olha o mundo, seu objeto de exploração e pesquisa, com algumas interrogações e, a partir daí, lança-se em sua aventura. Ora, se o exercício do poder familiar é também um dever de zelo e cuidado, na grande maioria das vezes, as investidas do pequeno explorador trazem perigos à sua integridade física ou mesmo psicológica, requerendo

dos pais vigilância e firmeza constantes, o que, em algumas situações, só se torna possível através da imposição de um castigo moderado e que não traga danos aos menores.

Como o castigo moderado não está expresso na lei, há uma grande discussão na doutrina para estabelecer se ele seria aceito como forma dos pais disciplinarem seus filhos, pois conclui-se que o castigo assume uma importante função correcional, e, como a lei proíbe somente o castigo imoderado – inclusive punindo os pais e retirando-lhes o exercício do poder familiar – deduz-se que o castigo moderado esteja autorizado.

Para alguns doutrinadores, ele pode ser aplicado desde que seja praticado dentro dos limites permitidos para o exercício do poder dever. (COMEL, 2003, p. 106). Carlos Roberto Gonçalves (2009), em concordância com a afirmação de Comel, aduz que o *jus corrigendi* é consentido, uma vez que o castigo imoderado é vedado expressamente no Código Civil. Dessa forma, o castigo físico moderado fica implicitamente autorizado. (GONÇALVES, 2009, p. 386).

Diametralmente contrário ao entendimento apontado por Comel (2003) e Gonçalves (2009) é o de Lôbo (2009), ao afirmar que o castigo surge como um resquício do pátrio poder, não sendo possível aceitá-lo mesmo que moderado pois o mesmo constitui uma clara violência contra o filho. Ressalta, nesse sentido:

O código civil, quando inclui a vedação do castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. [...]. Sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que “moderado”, pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. O art. 227 da Constituição determina que é dever da família colocar o filho (criança e adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. [...]. Na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. O poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui, portanto, a aplicação de castigos que violentam a integridade do filho. (LÔBO, 2009, p. 285)

Dias (2007, p. 288), em concordância com Lôbo, afirma que há uma tolerância ao castigo moderado, uma vez que só castigo imoderado é vedado. Entretanto, a tolerância gera violação de diversas normas que visam à proteção da criança e do adolescente, como por exemplo, o princípio da integridade física. A violência gerada pelo castigo entra em conflito com o dever

dos pais de colocar as crianças e adolescente a salvo de todo e qualquer tipo de violência (DIAS, 2007, p. 288).

Comel dispõe contrariamente ao entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo pois faz uma diferença fundamental entre os dois tipos de castigo:

A crítica do autor é fundada quando se refere ao castigo que viola a integridade física do filho. Com efeito, nesse caso, não há mesmo que permitir qualquer ação por parte dos pais, ainda que com a intenção manifestamente pedagógica do castigo físico. No entanto, defende-se aqui, antes, a função de correção, e não a ação de castigar, medidas que não se confundem. Assim, pois, não parece admitir uma função corretiva como inerente à função educativa seja incompatível com as normas constitucionais de proteção à infância e a juventude. (COMEL, 2003. p. 106.)

Resta claro que a lei condena a aplicação de castigo imoderado, que, por se tratar de uma denominação conceitual suscetível de várias interpretações quanto à sua intensidade, deixa uma brecha para que atos de maus tratos ocorram no exercício do poder familiar. Como no Brasil o índice de violência contra as crianças e os adolescentes é elevado – em especial a violência sexual e a física – e pensando numa forma de coibir tal prática encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o projeto de Lei nº 7.672, de 2010 (PL7672/2010) que altera o ECA vedando a aplicação de castigo físicos contra crianças e adolescentes, ficando tal projeto apelidado de Lei da Palmada.

O Projeto de Lei 7.672/2010 propõe alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente, visando estabelecer os seus direitos de serem educados e cuidados sem a utilização de castigos corporais ou de tratamento cruel degradante. No ECA, Lei 8.069/90, há somente o artigo 17, que dispõe:

“Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”

Com a alteração proposta pelo Projeto de Lei nº 7.672/2010, passam a ser acrescentados mais três artigos ao Estatuto. O artigo 17 passa a ser dividido em 17A, acrescido de um parágrafo único e dois incisos, 17B que é acrescido de cinco incisos, e, um parágrafo único acrescido ao art. 130.

Dessa forma, assim fica o artigo 17A:

Art. 17-A. A criança e o adolescente têm o direito de serem educados e cuidados pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou vigiar, sem o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação, ou qualquer outro pretexto.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - castigo corporal: ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em dor ou lesão à criança ou adolescente. II - tratamento cruel ou degradante: conduta que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou o adolescente.

Art. 17-B. Os pais, integrantes da família ampliada, responsáveis ou qualquer outra pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou vigiar crianças e adolescentes que utilizarem castigo corporal ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação, ou a qualquer outro pretexto estarão sujeitos às medidas previstas no art. 129, incisos I, III, IV, VI e VII, desta Lei, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

O referido artigo determina a proibição de qualquer tipo de punição corporal e de qualquer tipo de tratamento cruel degradante, mesmo que sejam aplicados com o intuito de educar. Ou seja, qualquer contato físico entre os pais, parentes, cuidadores, educadores e a criança, que resulte em dor ou lesão, caracteriza castigo físico, não importando a que fim se destine.

As medidas aplicadas serão as previstas no art. 129, incisos I, III, IV e VII do Estatuto da Criança e do Adolescente. Que assim dispõe:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

[...]

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

[...]

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII – advertência;

O PL 7672/2010 propõe ainda a inclusão de um parágrafo único no art. 130 do ECA que dispõe sobre medida cautelar que sofrerá quem agredir crianças e adolescentes, constante na seguinte redação:

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Parágrafo único. A medida cautelar prevista no caput poderá ser aplicada ainda no caso de descumprimento reiterado das medidas impostas nos termos do art. 17-B.

Com as alterações previstas no Projeto de Lei nº 7.672/2010, os pais terão limitações na educação de seus filhos pois não poderão exercer o poder familiar com a utilização de castigos físicos. Esse Projeto de Lei fundamenta-se no argumento de que a punição corporal constitui uma ofensa direta à integridade física e dignidade da criança e do adolescente. A ex-deputada Maria do Rosário, que foi relatora do projeto, argumenta que há uma necessidade de alteração do ECA, por entender que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, em condição especial de desenvolvimento, possuem direito assegurado pelo princípio da proteção integral e que tal princípio resguarda as crianças e os adolescentes de qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, rejeitando assim, o uso de qualquer tipo de castigo por parte dos pais e responsáveis pelos menores.

Em seu parecer, a relatora confirma a cultura da família no Brasil, que se utiliza do castigo para resolver seus conflitos internos e como o uso de castigo moderado é permitindo em nosso ordenamento jurídico, ela sustenta que isso gera dificuldade em coibir os abusos e portanto deve ser enfrentado, utilizando-se para isso de várias abordagens, conforme enumera em seu parecer:

[...] prevalece no Brasil o costume de se recorrer a alternativas violentas para solução de conflitos, inclusive no que toca a conflitos domésticos. Essa cultura, contudo, pode e deve ser enfrentada por diversas vias, dentre elas a valorização da infância e da adolescência, a percepção da criança como um ser político, sujeito de direitos e deveres, e, ainda, o conhecimento e disseminação de métodos pacíficos de resolução de conflitos, incluindo a vedação do castigo infantil, ainda que moderado e para fins pretensamente pedagógicos. (ROSARIO, 2010)

Assim, propõe que qualquer tipo de punição corporal e de tratamento cruel ou degradante seja vedado, com o intuito de consolidar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, que são assegurados pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Convenção de Direitos das Crianças. O debate está aberto pois alguns doutrinadores e a população de maneira geral, veem com reserva o Projeto de Lei 7672/2010. O argumento da maioria da população é que a lei iria prejudicar o exercício da autoridade dos pais, deixando ainda mais sem limites e mal educados as crianças e os adolescentes. Em pesquisa realizada

pelo instituto de pesquisa Datafolha, publicada em 27 de julho do ano de 2010, sobre a utilização do castigo físico como forma de educar os filhos, 54% dos brasileiros foram contra a aprovação da lei que proíbe os referidos castigos e somente 36% foram favoráveis a aprovação do projeto.

Esses opositores afirmam ainda que o *jus corrigendi*, direito do pai de corrigir seu filho, ficaria prejudicado com a aprovação da lei. O pai não poderá mais dar uma palmada no seu filho menor com o intuito de educá-lo e o Estado terá como função fiscalizar se os pais não estão batendo em seus filhos. Assim o poder familiar seria controlado pelo Estado de uma forma ostensiva. O Estado assumirá, com a aprovação da lei, o dever de fiscalizar e punir as palmadas que os pais aplicarem contra seus filhos.

As crianças e adolescentes não poderão mais sofrer qualquer tipo de violência física, o que seria, do ponto de vista dos opositores, uma ofensa ao poder familiar. Deste modo, evidencia-se que não é necessária a aprovação de Projetos de Lei que interfiram de forma tão profunda no âmbito familiar. Observa-se, aqui, que o legislador, mais uma vez, tenta imiscuir-se no exercício do poder familiar, ditando a forma de sua realização deixando os pais reféns de sua ingerência, cobrando uma atitude compatível com uma família idealizada no que diz respeito à educação dos filhos, uma vez que, ainda não há um limite estabelecido para que esse castigo seja considerado moderado.

Não cabe ao Estado decidir como será a educação das crianças, mas cabe a fiscalização dessa educação, na tentativa de tolher os abusos e os maus tatos. O Brasil tem inúmeros casos de violência doméstica contra crianças e adolescentes, da violência física, até a violência sexual. E, apesar dos esforços, ainda não se conseguiu mudar drasticamente esse quadro. Faz-se necessário inferir que, não obstante a atual legislação brasileira preconizar a família e conceder-lhe uma especial atenção, em face de tratar-se do lugar precípua no qual o indivíduo aprende a se conhecer e a desenvolver-se como um cidadão, o fato é que a história demonstra que muitas falhas e lacunas foram sendo apresentadas como espaços que ficaram desocupados e/ou mal preenchidos.

Criar leis que obriguem o pai a pagar indenização por abandono afetivo, explicitando doutrinariamente o quanto de afeto e dedicação são necessários para que se estabeleça um vínculo forte que propicie ao infante um desenvolvimento satisfatório, torna-se uma medida paliativa em relação às reais problemáticas que envolvem as crianças, em especial as crianças

pobres. Criar leis que não permitam ao pai em pleno exercício do poder familiar disciplinar moderadamente seu filho revela uma total intromissão do Estado na esfera privada da família, de modo que retira dos mesmos os instrumentos e a autonomia para o cumprimento dos deveres inerentes a este instituto. Enquanto isso, milhares de crianças sofrem maus-tratos em lares pobres e sem a menor ingerência do Estado, sendo a convivência familiar para essas crianças, em alguns casos, verdadeiros cenários de terror. Convivência gera afeto? Nas instituições estatais de acolhimento, os acolhidos e os acolhedores, desenvolvem afetividade capaz de substituir a que se observa naturalmente nas famílias originais?

Conforme descreve Ariès (2009), em sua obra *Historia da Vida Privada*, até o século XVII, as crianças não eram vistas, tratadas como seres humanos merecedores e dignos de uma boa qualidade de vida ou mesmo sujeitos de direitos ou alvo de afeto e cuidados. Para o autor não havia uma “sensibilidade para com a infância” além do que ela representava muito mais um grande sacrifício para a família do que qualquer outra coisa, e este era um fator determinante para o abandono, do qual, com tanta frequência, eram vítimas nessa época tais crianças. O século XIX inicia-se apresentando algumas transformações desse conceito, pois, em nome da caridade ou como consequência de um dever moral então emergente, pelo menos em matéria de segurança, os cuidados com as crianças começaram a progredir, visto que tal direito (à segurança) começou a lhes ser assegurado.

A história da infância no Brasil é gravemente marcada por fatores como omissão, descuido ou negligência, bem como pela falta de interesse ou assistência às crianças abandonadas. Necessário se faz verificar a forma como o Poder Público está promovendo a efetivação da norma jurídica que reza sobre a convivência familiar e comunitária, de forma que, caso não esteja de fato ocorrendo a contento, busquem-se novos métodos, políticas e estratégias para alcançar a eficácia jurídica da referida norma. Como consequência desse fator, bem como em resposta ao princípio constitucional que deve ser aplicado e assegurado ao sujeito de direito, faz-se necessário o surgimento de novas medidas que possibilitem tal efetivação.

Assim, ante a necessidade de suprir aquilo que em tese deveria acontecer de forma natural, surge a criatividade, e com ela as novas medidas alternativas de cuidado e amparo, de forma que seja garantida a convivência familiar, ainda que em famílias substitutas. Todos os abrigos ou orfanatos, como são conhecidos popularmente, devem possuir o caráter de excepcionalidade e ser provisórios. Mesmo assim, essa proposta não condiz ainda com a realidade da assistência brasileira. Daí a importância de observar se está acontecendo uma

priorização não só por parte do Poder Público, mas também da sociedade e da própria família, quanto à formulação e implementação de políticas públicas que assegurem a garantia dos direitos das crianças e adolescentes, dentre eles especificamente o direito à convivência familiar e comunitária. Apenar com o pagamento aquele que não conviveu com os filhos após a ruptura da relação conjugal, é tratar de forma perversa a questão que aflige o menor abandonado, uma vez que este não convive com os genitores e nem vai poder ser compensado pecuniariamente no que é mais significativo à sua formação de pessoa, independente dos traumas que venham a sofrer.

3.3. GUARDA

A guarda decorre da lei como consequência natural do poder familiar, dos institutos da tutela e da adoção. A guarda, embutida no poder familiar é normalmente exercida pelos pais, seja na constância do casamento ou de outra forma de conjugalidade, ou mesmo após a separação do casal –a chamada guarda comum – pois o menor deve ser criado na ambiência familiar, de preferência de sua família natural. Segundo Grisard (2009), “a guarda é dos elementos do poder familiar o mais destacável, com maior grau de independência, possui desdobramentos próprios”. Aduz o autor a valia atribuída à guarda no sentido de contribuir para a efetivação dos direitos constitucionais assegurados ao menor no art. 227 da CF/1988:

Buscando tornar efetivo esse direito fundamental do menor, o Estatuto aprimorou a guarda, que não reclama prévia suspensão ou privação do poder familiar, pois, como disse, a guarda não se exaure nem se confunde com ele, podendo existir um sem o outro [...] (GRISARD, 2009, p. 69).

O instituto da guarda encontra-se explicitamente previsto nos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil de 2002 e implicitamente previsto na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 227 e 229. Tais artigos estabelecem as responsabilidades dos pais para com os filhos e garantem ainda o direito de toda criança ter um guardião para protegê-la, dar assistência material, moral e vigiá-la, ou seja, para educá-la, resguardando-a e protegendo-a no intuito de garantir seu pleno desenvolvimento.

José Antonio de Paula Santos Neto e Rubens Limongi França (1994) conceituam guarda como

"[...] o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação."(SANTOS NETO; FRAÇA, 1994 *apud* CANEZIN, 2005, p. 8).

Na definição de Flávio Guimarães Lauria, a guarda:

[...] consiste num complexo de direitos e deveres que uma pessoa ou um casal exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como, toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas, marcada pela necessária convivência sob o mesmo teto, implicando, inclusive, na identidade de domicílio entre criança e o(s) respectivo(s) titular(res). (LAURIA *apud* RAMOS, 2005, p. 54)

Esclarece Waldyr Grisard Filho (2002) que:

[...] a guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, compreende a convivência entre pais e filhos no mesmo local, a ampla comunicação entre eles (visitação), a vigilância, o controle, a correção, a assistência, o amparo, a fiscalização, o sustento, a direção, enfim, a presença permanente no processo de integral formação do menor.

A guarda objetiva diminuir o abismo entre “[...] os dois pólos do poder familiar, com o intuito de maximizar a efetivação dos direitos e deveres de pais e filhos na relação assistencial, assegurando assim, à criança, um desenvolvimento saudável, correto e efetivo.” (CANEZIN, 2005, p. 8).

Ainda segundo Grisard Filho (2009, p. 58),

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do CC/2002 e 21 e 22 do ECA, com forte assento na ideia de direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencada naquele artigo do CC.

Em nosso direito, o tema da guarda mereceu relevância em duas hipóteses distintas e sujeitas, cada uma delas, a um ordenamento jurídico peculiar: na dissolução da sociedade conjugal, ou de qualquer outra forma de união, e no Estatuto de Criança e do Adolescente. O Código Civil de 1916, tratando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, distinguiu a hipótese da dissolução amigável e judicial, aceitando que, na hipótese amigável os cônjuges acordassem sobre a guarda, o mesmo não ocorrendo na hipótese de litígio, uma

vez que a previsão do art. 326 determinava apurar a culpa de um ou dos dois cônjuges, conforme esquematizado por Grisard (2009)

Era assim o esquema: a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que, depois dessa idade, seriam entregues ao pai; c) os filhos maiores de seis anos de idade eram entregues à guarda do pai; d) havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, regulava de maneira diferente o exercício da guarda. [...]. (GRISARD, 2009, p. 59)

Esse quadro perdurou até o advento da Lei 6.515/1977 que instituiu o divórcio no Brasil e regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Com a ruptura da relação conjugal, apresenta-se na vida do ex-casal o impasse em relação à guarda dos filhos menores, uma vez que possuem eles o dever de garantir aos filhos menores uma vida familiar permeada pela segurança e sob a vigilância dos genitores para que assim possam protegê-los e educá-los. O instituto da guarda tem despertado a atenção dos doutrinadores e estudiosos que se debruçam sobre o tema na tentativa de apontar mecanismos que sejam mais justos e benéficos para os filhos que estão em fase de formação e têm o direito a uma assistência dos pais que se encontram separados. Até porque, com a separação do casal, há a ruptura do vínculo conjugal, permanecendo inalterado o vínculo parental estabelecido entre pai/mãe e seus filhos. De acordo com Paulo Lôbo (2008, p. 168), “a cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas”.

A CF/1988, por seu art. 227, assegurou à criança o direito à convivência familiar e comunitária, como dever, primeiro da família, depois da sociedade e também do Estado, disciplinando tal direito no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) que, em razão da especificidade do sujeito a que se destina, regula as relações jurídicas e institutos referentes ao menor de idade, em seu arts 33, § 1º – a guarda, destinada a regularizar a posse de fato do menor. No Código Civil de 2002, as regras permaneceram inalteráveis, conforme depreensão dos arts 1.583 a 1.590 – inclusive tais artigos não guardam correspondência no CC de 1916, exceto o art. 1.588 (corresponde com o art. 329 do CC/1916) – “mantendo consonância com o propósito do sistema até então vigente com vistas à preservação do maior interesse do menor, em obediência ao Princípio 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança” (GRISARD, 2009, p. 62).

Com o advento do CC/2002, sepulta-se de vez o regime da perda da guarda do filho pela culpa do cônjuge na separação e o da prevalência materna na fixação nos casos em que havia culpa recíproca, pois assim era previsto na legislação precedente. Na legislação atual, o princípio que deve orientar o juiz na determinação da guarda é o da prevalência dos interesses dos filhos conforme disposto no Art. 1.584:

Art. 1.584 CCB/2002 – decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Daí porque, na doutrina hodierna, procura-se tornar ambos os pais corresponsáveis pela educação dos filhos, mesmo após a separação, para além das atribuições já predefinidas, tais como: poderes, faculdades, direitos e prerrogativas, que são inerentes ao exercício do poder familiar e, portanto, já estabelecidas, valendo-se nessa esteira de noções usuais em países estrangeiros, como a guarda alternada e a guarda compartilhada. A construção desse arcabouço de responsabilidades merece ser valorizada pois isso dá um tratamento mais ético ao tema, contribuindo para romper o viés patrimonialista em que as responsabilidades dos pais estavam inseridas.

Merecem destaque os princípios norteadores das alterações ocorridas na família os que tiveram por base estabelecer a isonomia entre os diversos membros, que antes eram vistos discriminadamente, entre eles, o princípio da isonomia entre os filhos²⁴, da igualdade de direitos entre os gêneros²⁵ e entre os cônjuges ou companheiros.²⁶ Ao se falar acerca dos cuidados que devem ser dispensados à criança e ao adolescente, não se pode deixar de mencionar o princípio da dignidade humana como embaixador da nova ordem familiar.

Para Teixeira (2005), o princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, ainda que seja um conceito amplo e indeterminado, deve objetivamente levar em consideração uma possível estabilidade de condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social. Porém, uma vez percebida uma possível violação dos direitos

²⁴ Art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988.

²⁵ Art. 5º, I, da CF/1988. Art. 5º da CF – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos seguintes termos:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

²⁶ Art. 226, § 5º, da CF/1988 – A família, base da sociedade, tem total proteção do Estado.

Parágrafo 5º - os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher [...]

fundamentais desses menores, deve haver uma interferência do Estado ou da sociedade, evitando assim danos sociais, morais e materiais. Resta saber diante disso qual seria o limite dessa interferência na vida privada do cidadão/indivíduo, porque, por trás dos atos e fatos jurídicos, existe um agir subjetivo, que demonstra os desejos do homem, “e o amor quem diria foi parar na justiça”. (TEIXEIRA, 2005, p. 159).

Os pais são responsáveis diretos pelo melhor desenvolvimento dos filhos proporcionando-lhes alimentação, vestuário, saúde, lazer e uma educação margeada por suas condições e parâmetros financeiros e culturais. São exatamente essas ‘condições e parâmetros financeiros e culturais’ que representam o ponto nevrálgico para se entender as peculiaridades da família do nosso país em especial aquela que está incluída em camadas populares ou de baixa renda. Essa família parece ser estranha aos conceitos jurídicos de que tratamos no presente trabalho, uma vez que, ficando ela completamente fora de todo um sistema jurídico que se dirige às famílias das classes mais abastadas e tendo o Estado tomado para si conceitos como o do afeto, inclusive determinando como esse afeto deve ser expressado, deixa a ela apenas uma delimitação vaga de como se comportar/amar seus filhos, já que, sua intimidade, a sua realidade sequer passa a ser considerada.

Em toda e qualquer família o poder parental é posto em xeque quando ela se desfaz, ou seja, com a separação/divórcio dos genitores, pois neste momento, teremos a convivência familiar permeada pelas decisões tomadas pelo casal, e/ou determinações judiciais, nas questões como guarda e o direito de visita, e tais questões constituirão o cerne dos conflitos apresentados por esta situação familiar. Sem que os pais cheguem a um acordo amigavelmente, uma decisão que respeite o melhor interesse do menor já é prejudicada. Com a interrupção da relação conjugal, ocorre a cisão da guarda exercida por ambos os cônjuges, ficando os filhos na companhia de um dos genitores, que passará a ter uma convivência mais estreita. Ao outro genitor será concedido o direito de visita e fiscalização, como forma de assegurar a manutenção das relações paterno-filiais. Essa decisão, *a priori*, cabe aos pais, voluntariamente, porém, sempre levando em consideração o melhor interesse do menor.

Teixeira (2005) também entende que “O exercício da autoridade parental, que não se altera com a separação dos pais, deve ser assumido também pelo genitor não-guardião, principalmente no que se refere às principais decisões da vida da criança e do adolescente.” (TEIXEIRA, 2005, p. 106). Quando essa prerrogativa não é respeitada, o juiz pode decidir com quem vai ficar o direito de guarda dos filhos, podendo inclusive, se necessário, serem os

filhos confiados a terceiros, parentes ou não dos genitores, mesmo sem a suspensão ou a destituição do poder familiar, conforme enalção do art. 21 do ECA:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai, pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para solução da divergência. (ECA, art. 21, 1992, p. 4).

Como visto, não se pode ou pelo menos não se deve mais falar de uma só família, mas em famílias, menos ainda em uma família desintegrada, pois, mesmo com o fim da relação conjugal, as relações de parentalidade continuarão, “[...] cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, mas modificados, tanto quanto é necessário para atender à separação dos pais”. (GRYSARD, 2005, p. 100).

Para Grysard (2005), a “guarda é o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor”. (GRYSARD, 2005, p. 102). Como o desdobramento da escolha de quem manterá a guarda dos filhos, caberá ao outro genitor o dever de prestar alimentos à prole, decorrente da parentalidade e se legitima através dos laços sanguíneos, não da conjugalidade, e serve ou deveria servir, para atender às necessidades básicas do menor (alimentação, vestuário, habitação, educação escolar, medicamentos, higiene e lazer). Outra consequência da determinação da guarda é o direito de visita que o genitor não-guardião tem, visando favorecer a manutenção dos laços de convivência, a plena e adequada comunicação entre pais e filhos que não convivem cotidianamente. “Funda-se o direito de visita em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, firmar os vínculos familiares, à subsistência real efetiva e eficaz”. (GRYSARD, 2005, p. 106).

Segundo Denise Bruno, o direito de visita não se restringe ao genitor não-guardião, mas também constitui um direito do menor. “Quer com foco no direito dos pais, quer nos dos filhos, as normas legais visam, fundamentalmente, garantir o direito de convivência familiar, entendido tal direito como o básico para o desenvolvimento da criança”. (BRUNO, 2005, p. 313). Cita essa autora a Convenção Internacional do Direito da Criança e do Adolescente, em seu art. 9., inc. 3, aqui transcrito:

[...] direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança.

Grysard (2005) ressalta que o direito de visita, com fundamento no direito natural, preza o cultivo do afeto e que “a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o pai ou mãe com quem não convive, para fomentar e consolidar os vínculos paterno ou materno-filiais, encurtando, quando possível, o contato que existiria no seio da família unida” (GRYSARD, 2005, p. 106). O direito de visitas, portanto, serve como meio para estabelecer a convivência do genitor não-guardião e sua prole, ele surge a partir do desdobramento da guarda quando os genitores se separam e serve de recurso para que haja uma aproximação entre o genitor não-guardião e seu filho, mesmo que isso não resulte no estabelecimento de uma relação afetiva. Desse modo, o que a lei garante é uma aproximação entre os envolvidos nesta dinâmica familiar estabelecida a partir da separação/divórcio do par conjugal, não sendo, entretanto, essa convivência a garantia de que uma relação de afeto vá surgir dali e de que isso seja o melhor para o desenvolvimento do menor.

As formas de regulamentação do direito de visita, dividem-se em: visitação livre, visitas com esquemas predefinidos e visita supervisionada. Normalmente, a visitação livre é regulamentada na maioria das separações consensuais, quando o magistrado entende que os ex-cônjuges serão capazes de organizar as visitas ou mesmo achando que assim atenderia melhor às necessidades dos filhos. Bruno (2003) entende que nem sempre esse tipo de visitação atende à necessidade fundamental da criança de conviver com ambos os pais e elenca alguns problemas que podem ocorrer nesse tipo de visitação:

- a) sensação de desamparo para os filhos, produto da instabilidade que pode vir a permear a relação com o não-guardião; esta sensação pode estar junto ou ser a causa de
- b) comportamentos agressivos, inseguros, ou queixosos das crianças quando no início ou fim das visitas
- c) pouco ou nenhum contato dos filhos com o não-guardião. (BRUNO, 2003, p. 314).

Para essa autora, por não haver esquema de visitas, pode haver, por parte do genitor guardador, alguma resistência, o que poderá criar obstáculos para o encontro. De outra sorte poderá ainda tal visitação facilitar a desorganização do não-guardião que não prevê em sua vida cotidiana um espaço para o filho, favorecendo o terceiro dos itens acima, que na opinião dessa autora é o pior dos três. Já para Grysard (2009), esse sistema de visitas “atende melhor aos interesses dos adolescentes por não lhes subordinar suas outras atividades, próprias de sua idade.” (GRYSARD, 2009, p. 113)

Por sua vez, Bruno (2003) entende que os esquemas de regulamentação de visitas têm como pressupostos a divisão do tempo livre da criança entre o guardião e o não-guardião e esquemas especiais por faixa etária, “que prevêm não a divisão de tempo, mas períodos progressivos atendendo à idade da criança”. (BRUNO, 2003, p. 315). A divisão do tempo ainda é o que mais prevalece para as pessoas que já têm essa opção como um direito garantido: normalmente é acordado estabelecendo ao não-guardião fins de semana alternados, metade das férias e datas festivas alternadas.

Já a visita esquematizada, da mesma forma que a visita livre, acentua a dicotomia entre o desempenho da parentalidade estabelecida quando da separação:

1. ao guardião – pai/mãe com quem a criança morava – cabem as tarefas de educar, realizar os cuidados diários, bem como programar atividades em parte (geralmente metade) do normalmente dedicado ao lazer (fins de semana, feriados, férias);
2. ao não-guardião, que se torna um visitante do filho nos dias e/ou horários dedicados ao lazer, cabendo-lhes as atividades normalmente não cotidianas, e, como previsão legal, ainda a “supervisão” da forma como o guardião cuida do filho. (BRUNO, 2003, p.315).

A visita pode ser ainda supervisionada, ocorrendo este tipo de visita quando existe um risco real de violência, abuso ou doença mental ou quando por interdição do guardião a criança se recusa a ver o outro genitor, ou ainda quando há um longo período de afastamento entre o filho e o não-guardião. Observa-se que, quer sejam visitas supervisionadas ou não, o que ocorre é uma exclusão do não-guardião da vida cotidiana do menor. O questionamento que se faz é se a visitação, nas formas em que foram acima descritas, garantem o direito constitucional fundamental de convivência familiar da criança ou do adolescente? Será que visitar significa conviver? E mais, essa convivência garante a manutenção do afeto em famílias separadas?

Nos dicionários, visitar significa “ir ver (alguém) em casa ou em outro lugar onde esteja, por cortesia, dever, afeição etc.”, (Dicionário Aurélio) mas também é usado no sentido de “inspecionar” e/ou “vistoriar” (Dicionário Aurélio), e por isso a nós nos parece estar longe do objetivo proposto pelo legislador, pois para Bruno (2003), “Conviver, porém, não é um correlato ou um significado agregado de visitar.” (BRUNO, 2003, p. 318). Conviver, mais do que isso, significa “ter convivência, intimidade, familiaridade, se não ininterrupta, pelo menos

continuada e satisfatória, de forma que o vínculo, não só físico como e principalmente o afetivo se estabeleça”. (idem).

Mas, para que esse vínculo afetivo se estabeleça é necessária a interferência do Estado impondo essa convivência? A simples convivência, por sua vez, talvez não se faça suficiente para estabelecer um vínculo afetivo, que é diferente de ter intimidade, pois a intimidade não se estabelece apenas e somente a partir de um contato físico, mesmo que este se torne regular. Assim sendo, não restam dúvidas de que são graves as consequências de uma interrupção da convivência familiar para os menores e adolescentes, e mais graves ainda o manejo inadequado dos institutos que deveriam favorecer essa convivência, a guarda e a regulamentação de visitas, como bem confirma o entendimento de Bruno (2003), ao afirmar que “Acreditar no direito da criança em conviver com seus pais, mesmo que eles não mantenham mais uma relação conjugal, e favorecer a efetivação deste direito, exige, em primeiro lugar, uma revisão nas concepções de guarda e visitas” (BRUNO, 2003, p. 318).

Inicialmente, a primeira questão quando da ruptura do casal conjugal é a determinação da guarda, que no consenso social tem na figura materna o ideal ao seu exercício e só em casos excepcionais, o pai. Assim, a guarda que cabe a um só genitor recebe o nome de guarda única, exclusiva, unilateral e é majoritária na jurisprudência nacional. Esse modelo, que atendia exclusivamente às expectativas dos genitores, começou a ser questionado, como reflexo das modificações operadas na cultura, na economia, na política, chegando-se ao consenso social da indispensável presença do pai e da mãe na formação dos filhos. (GRYSARD, 2005, p. 169).

Grysard (2005) indaga “qual o modelo de exercício da guarda a ser aplicado?” e apresenta algumas tendências, que são uníssonas em reconhecer em ambos os genitores a habilidade para a criação dos filhos.. São essas algumas das tendências (ligeiramente apresentadas) em relação aos modelos de guarda: *guarda alternada*: possibilita a cada uma dos pais em deter a guarda dos filhos alternadamente, estipulando o tempo em que a criança ficará com cada um dos genitores; *guarda dividida*: consiste em manter o menor num lar fixo, determinado, recebendo a visita do genitor que não tem a guarda, esse modelo a princípio é mais favorável ao menor. (GRYSARD, 2005, p. 120-122).

A família da atualidade apresenta-se com uma composição diversificada e isso impõe a necessidade de constante reformulação e adequação das regras jurídicas ao panorama vigente. A introdução pelo Código Civil de 2002 da guarda compartilhada, nos arts. 1.583 e 1.584, com redação dada pela Lei 11.689/2008 (que é fruto da reflexão conjunta dos saberes

jurídicos, seja através dos doutrinadores e /ou legisladores; e também da Psicologia no intuito de minorar os efeitos da separação/divórcio do casal, no que diz respeito à preservação da integridade física e psíquica dos filhos), coloca nas mão dos juízes um instrumento a mais para decidirem com maior segurança sobre os destinos dos filhos após a separação dos pais, priorizando o equilíbrio que deve permear as relações familiares, preservando principalmente o interesse dos menores.

A lei especificou dois tipos de guarda: a unilateral e a compartilhada, definindo cada um dos tipos observados no artigo transcrito a seguir:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

3.4. GUARDA COMPARTILHADA:

Disciplinando a guarda dos filhos menores ou maiores incapazes na separação ou no divórcio dos pais, o Código Civil de 2002 abandonou o critério de culpa e da prevalência materna para determinar que ela será, em qualquer caso, “atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la” na dicção do art. 1584²⁷, priorizando os superiores interesses dos menores:

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

²⁷ Art. Alterado pela Lei 11.698/2008.

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (NR)

O sistema de guarda única, invariavelmente concedida à mãe, não mais atendia à vasta e crescente problemática da guarda de filhos após a dissolução da sociedade conjugal – do casamento ou da união estável. [...] colocados os interesses do menor como fundamentos básicos à solução de qualquer questão que lhe diga respeito, a extrema proteção de seus direitos (art. 227 da CF/88), a guarda compartilhada surge no intuito de responder às exigências daquele princípio, reequilibrando os papéis parentais nos cuidados aos filhos menores de idade ou maiores incapazes. (GRISARD, 2005, p.189). O art. 1.583 do Código Civil, alterado pela Lei 11.698/2008, tinha a seguinte redação:

Art. 1.583 do CCB/2002 – No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direito consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

A Lei 11.698/2008, que vigora presentemente, deu-lhe a seguinte redação:

Art. 1.583 – A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (Art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo família;
- II – saúde e segurança;
- III – educação

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (Vetado).

A ruptura do vínculo marital gera uma nova situação fática, tanto para os filhos como para o par conjugal que buscará reorganizar as questões que são comuns a eles, especialmente em relação à prole. Ter em mente qual o tipo de guarda que melhor atenderá aos interesses dos menores e que poderá ser sustentada por ambos, resultará em benefício para toda a família. A guarda conjunta ou compartilhada propõe manter o vínculo entre pais e filhos “reafirmando o princípio da co-parentalidade, rompendo com a idéia de que um genitor principal – o guardião – e um secundário – o visitante, solução que vigorou como única por diversos anos” (BRITO, 2003, p.335).

Nesse modelo, os genitores dividem a responsabilidade legal; e o fato de o menor residir com apenas um dos genitores não impede a utilização desse tipo de guarda, pois ela requer que ambos assumam a tomada de decisões importantes referentes à sua vida cotidiana no que diz respeito à sua educação, orientação religiosa, etc., de forma conjunta e igualitária. Define os genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento, que a guarda uniparental não atendia. (GRISARD, 2005, p. 162).

Com a ruptura da relação conjugal, é comum os filhos passarem para um segundo plano, servindo, na grande maioria das vezes, de joguete entre os pais, causando com isso grandes danos psicológicos a eles. Grisard (2005) chama a atenção para o objetivo da guarda compartilhada que “consiste na continuidade do exercício comum da autoridade parental, onde os laços de afetividade, direitos e obrigações tal como operada na constância do casamento, devam permanecer, não devendo a desunião atingir os filhos”. (GRISARD, 2005, p.171). Vale ressaltar que se houver a disposição de litigar, por parte dos separados, nem a guarda unilateral, nem a compartilhada surte o efeito esperado que é a proteção integral dos interesses dos menores. Afirma Lôbo (2008):

A guarda também pode ser modificada pelo juiz ou mesmo subtraída do guardião se este abusar de seu direito, em virtude de regra geral estabelecida

no art. 187 do Código Civil, quando exceder manifestamente dos limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (LÔBO, 2008, p. 170).

A guarda compartilhada surge como uma possibilidade de evitar a evasão da paternidade pelo pai “visitante” e, conseqüentemente, que ele se torne um fantasma na vida do filho, pois o rigor de hora e dias marcados retira dessa relação os aspectos mais subjetivos do zelo e do afeto, evitando também que ocorra a chamada alienação parental. No intuito de aperfeiçoar os mecanismos de proteção ao menor para atenuar o impacto negativo que as desuniões lhe impõe e de reduzir os efeitos patológicos das situações conflitivas por ele vivenciadas, passou-se a admitir o compartilhamento da guarda, como mais adequada ao bem estar do menor.

Ela propicia a continuidade da convivência de ambos os genitores com seus filhos, preservando as relações de afeto que possam ter existido anteriormente. Por essa guarda, compreende-se aquela forma de custódia em que existe uma residência fixa e única – não alternada – para o menor, seja ela na casa do pai ou da mãe, que lhe possibilite a manutenção de suas relações sociais e assim, contribuindo com sua efetiva socialização. A pretensão da guarda compartilhada é reequilibrar os papéis parentais, estabelecendo com isso a corresponsabilidade na tomada de decisões importantes relativas aos filhos incentivando, com isso, o contato mais frequente e contínuo entre eles.

De acordo com Maria Antonieta Pisano Motta (2002),

A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer. (MOTTA, 2002, p. 39-52)

Os filhos podem e devem passar um período com apenas um dos genitores, sem que isso ocorra de forma rígida ou que seja uma imposição de uma genitor sobre o outro, trata-se aqui de uma flexibilização na forma de exercer a guarda compartilhada, mas sempre levando em conta o que melhor atende às necessidades dos menores. Desta forma, cabem aos pais que tenham a guarda compartilhada de seus filhos entenderem que ela constitui um avanço da sociedade, no sentido de propiciar uma tomada de poder dos genitores em relação aos filhos para que o menor tenha as suas necessidade físicas e emocionais atendidas e assim, poder vir a ter um desenvolvimento satisfatório, mesmo diante da dor de uma separação dos pais.

3.5 ALIENAÇÃO PARENTAL

Uma vez consumada a separação do casal e outorgada a guarda dos filhos a um dos ex-consortes, assiste ao outro, o direito-dever de com eles estar. É o chamado direito de visitas, o qual não compreende, ao contrário do que possa parecer, apenas o contato físico e a comunicação entre ambos, mas o direito de o progenitor privado da custódia participar do crescimento e da educação do menor. Trata-se de uma forma de assegurar a continuidade da convivência entre o filho e o genitor não-guardião, ou seja, do vínculo familiar, minimizando, assim, a desagregação imposta pela dissolução do casamento.

O regime de visitas estabelecido no acordo de separação, ou determinada pelo juiz, objetiva, desse modo, não apenas atender aos interesses e às necessidades do genitor não-guardião, mas principalmente, àqueles referentes ao próprio menor. Por essa razão, o exercício do direito de visitas não pode ser embaraçado ou suprimido, a não ser que circunstâncias extremamente graves assim recomendem. A alienação parental, segundo o psiquiatra Richard Gardner (2002), que consiste no fato do genitor guardião criar uma imagem negativa do genitor visitante, existe até antes da separação, de forma que a própria criança o rejeite. Goldrajch (2006) afirma que

“o afastamento da figura de um dos genitores do seio familiar enseja uma orfandade psicológica no infante, acompanhada de sentimentos negativos como o ódio, desprezo e a repulsa em face de um dos genitores, sem qualquer razão, tudo com o fim escuso e egoístico do guardião-alienante de exercer com exclusividade este papel” (GOLDRAJCH, 2006, p.9).

Os princípios constitucionais que regem o Direito de Família se encarregam de reformular a sua concepção e traçar diretrizes que contemplem a dignidade da pessoa humana, preservando no instituto da guarda a mesma filosofia. E como bem assevera Lôbo (2008), os princípios constitucionais priorizaram o melhor interesse dos filhos e da família, a igualdade de gênero e o exercício equilibrado do poder familiar. Desta forma, o legislador brasileiro não poderia ficar omissos em relação às situações fáticas que impediam o pleno exercício do direito de convivência da criança e do adolescente, como é o caso da alienação parental. E assim, em 26 de agosto de 2010, foi sancionada a Lei 12.318/2010 que, alterando o art. 236 da Lei 8.069/90 o ECA, dispôs sobre o fenômeno denominado de alienação parental.

Lamentavelmente, e com maior frequência do que se supõe, reiteradas barreiras são opostas pelo guardião à realização das visitas. Esses fatos, de acordo com a citada Lei, caracteriza a alienação parental, definido-a em seu art. 2º:

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Não são poucos os artificios e as manobras de que se vale o titular da guarda para obstaculizar os encontros do ex-cônjuge com o filho usando de manobras físicas, tais como o argumento de doenças inexistentes, compromissos de última hora, até manobras de cunho psicológico, como incutir na criança a crença de que seu genitor não gosta dela ou não faz questão de tê-la em sua companhia, etc. Tais impedimentos vêm ditados por inconcebível egoísmo, fruto exclusivo da animosidade que ainda reina entre os consortes, sendo certo que, em nome de espúrios sentimentos, a criança é transformada em instrumento de vingança. Assim, a lei dispõe no parágrafo único do art. 2º, de forma exemplificativa as atitudes consideradas abusivas por parte do guardião:

Art. 2º

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Esquecem os genitores que a criança, desde o nascimento, tem direito à atenção, à assistência moral e material e à educação. E não é por outra razão que a Constituição, no art. 227, estabelece ser “dever da família [...] assegurar à criança e ao adolescente, com

absoluta prioridade, o direito [...] à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Pois bem, o ex-consorte – geralmente o detentor da custódia – que intenta afastar o filho do relacionamento com o outro genitor, promove aquilo que se denomina alienação parental. Essa situação pode dar ensejo ao aparecimento de uma síndrome, a qual exsurge do apego excessivo e exclusivo da criança com relação a um dos genitores e do afastamento total do outro.

Apresenta-se como resultado da conjugação de técnicas e/ou processos que, consciente ou inconscientemente, são utilizados pelo genitor que pretende alienar a criança, aos quais se faz aliar à pouca vontade da criança em estar com o genitor não-guardião. A criança que padece do mal se nega terminantemente e obstinadamente a manter qualquer tipo de contato com um dos genitores, independentemente de qualquer razão ou motivo plausível. Cuida-se, na verdade, de um sentimento de rejeição a um dos genitores, via de regra, incutido pelo outro genitor no infante, o qual, em um primeiro momento, leva o petiz a externar – sem justificativas e explicações plausíveis – apenas conceitos negativos sobre o genitor do qual se intenta alienar e que evolui, com o tempo, para um completo e, via de regra, irreversível afastamento, não apenas do genitor alienado, como também de seus familiares e amigos.

Essa alienação pode durar anos seguidos – com gravíssimas consequências de ordem comportamental e psíquica – e geralmente só é superada quando o filho consegue alcançar certa independência do genitor não-guardião, podendo discernir entre o que é dito pelo guardião e o que ele consegue perceber nas atitudes ou comentários de parentes e amigos, o que lhe permite entrever a não razoabilidade do distanciamento a que foi induzido. A esse processo patológico dá-se o nome de síndrome de alienação parental²⁸ a qual é considerada do ponto de vista médico, relativamente à criança, como uma forma de abuso emocional e é punida, nos EUA, segundo o Family Court Act, com a perda da guarda e a supressão do direito de visitas por parte do genitor responsável pela alienação. Aqui no Brasil a Lei 12.318/2010 em seu art. 6º determina as seguintes medidas:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla

²⁸ A síndrome de alienação parental foi concebida em 1985 por um professor de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia (EUA), Doutor Richard A. Gardener.

utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Àquele que busca arredar a presença do outro genitor da esfera do relacionamento com o filho outorga-se o nome de “progenitor alienante” e ao outro, de cujo contato se subtrai a criança, de “progenitor alienado”. Geralmente, o papel de progenitor alienante cabe à mãe e do alienado, ao pai, em decorrência da maior incidência da concessão da guarda à mãe. A síndrome de alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento.

Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta – quando ainda não dá lugar à instalação da síndrome – é reversível e permite, com o concurso de terapia, mediação familiar e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido. Já a síndrome, segundo estatísticas divulgadas por Darnall, somente cede durante a infância em 5% (cinco por cento) dos casos.

Malgrado o objetivo da alienação ser sempre o mesmo – o banimento do outro genitor da vida do filho –, as razões que levam o genitor alienante a promovê-la denotam-se bastante diversificadas, muito embora resultem quase sempre das circunstâncias de se tratar o genitor alienante de pessoa exclusivista ou que assim procede motivado por um espírito de vingança ou de mera inveja. Outras vezes, o afastamento da criança vem ditado pelo inconformismo do cônjuge com a separação; em outras situações, recai na insatisfação do genitor alienante,

ora com as condições econômicas advindas do fim do vínculo conjugal, ora com as razões que conduziram ao desfazimento do matrimônio, principalmente quando se dá em decorrência de adultério e, mais frequentemente, quando o ex-cônjuge prossegue a relação com o parceiro da relação extramatrimonial. Nesse último caso, o alijamento dos filhos de um dos pais resulta de um sentimento de retaliação por parte do ex-cônjuge abandonado que entrevê, na criança, o instrumento perfeito da mais acabada vindita. Por isso, a Lei que dispõe sobre a alienação parental, em seu art. 3º da Lei 12.318/2010, veio para proteger o direito fundamental da criança e do adolescente de ter uma convivência familiar que favoreça seu pleno desenvolvimento informando o dano a esse direito

Art. 3.– A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A alienação parental, no entanto, é, via de regra, alcançada pelo trabalho incansável de destruição da figura do progenitor alienado, promovida pelo progenitor alienante. Tal esforço conduz a situações extremas de alienação que acabam por inviabilizar qualquer contato com o genitor definitivamente alienado. Muitas vezes, a resistência oferecida pelos filhos ao relacionamento com um dos pais é tamanha, que a alienação parental acaba por contar, inclusive, com o beneplácito do Poder Judiciário. Não raro, diante de circunstâncias como essas, alguns juízes chegam mesmo a deferir a suspensão do regime de visitas. É o quanto basta para que se tenha a síndrome por instalada em caráter definitivo. Por isso, o julgador deve se valer dos laudos, estudos e testes psicológicos, psiquiátricos e assistenciais, para decidir a respeito do tema, que se apresenta, no mais das vezes, sob o manto da proteção do guardião. Assim se pronuncia Maria Berenice Dias (2007):

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança. Ela acaba passando por uma crise de lealdade, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça. Evidenciada tal postura por parte do genitor guardião, possível a transferência da guarda. (DIAS, 2007, p. 410).

Um outro meio de manobra para excluir o outro genitor da vida do filho é a mudança de cidade, estado ou país. Geralmente, essa transferência de domicílio dá-se de modo abrupto, após anos de vida em local ao qual não apenas o genitor alienante encontrava-se acostumado

e adaptado, como também a criança que, de repente, vê-se privada do contato com o progenitor alienado, com os familiares, com os amiguinhos, com a escola à qual já se encontrava integrada etc. Nesses casos, adverte Gardner (2002), o julgador deve apurar a sua atenção no sentido de verificar quando se trata de mudança ditada por motivos reais e justificados e quando esta não passa de subterfúgio para afastar o outro genitor do filho.

Consumada a alienação e a desistência do alienado de estar com os filhos, tem lugar a síndrome de alienação parental, sendo certo que as sequelas de tal processo patológico comprometerão, definitivamente, o normal desenvolvimento da criança. Uma vez apurado o intento do genitor alienante, insta ao magistrado determinar a adoção de medidas que permitam a aproximação da criança com o genitor alienado, impedindo, assim, que o progenitor alienante obtenha sucesso no procedimento já encetado. De acordo com o entendimento de Groeninga (2008), houve um aumento significativo de pais que se insurgiram contra este afastamento provocado pela alienação e recorrem ao judiciário em busca de seu direito de estar com seus filhos. Nas palavras da autora, esses genitores se insurgem contra o

sistema social e legal que os excluía, e acabava por excluir a criança. E que se insurgem contra uma dinâmica psíquica relacional, intrafamiliar, que impede o exercício do múnus parental. Penso que temos aí um importante giro epistemológico em que não é a criança a utilizada para defender os interesses egoístas dos adultos, mas adultos que defendem legitimamente seus direitos e que, como efeito, defendem o interesse da criança. (GROENINGA, 2008, p. 410),

Identificar a alienação parental e evitar que esse maléfico processo afete a criança e se converta em síndrome é tarefa que se impõe ao Poder Judiciário que, para esse fim, deverá contar com o concurso de assistentes sociais e, principalmente, de psicólogos, terapeutas e mediadores familiares. Por sua vez, aos advogados que militam na área do direito de família, quando procurados pelo genitor alienante para a defesa de seus direitos, deve proceder de forma instrutiva tendo em vista alertá-lo sobre o processo que ali se instaura ou se instaurou, de modo que o genitor alienante se sinta inibido a dar continuidade a essa tarefa nefasta. Pois, com o pretexto de defender seus direitos, o alienante passa a prejudicar aquele que é possuidor de garantia integral pelo Estado, sociedade e família, cujo interesse maior deve ser perseguido: o do menor.

Portanto, a guarda compartilhada não só serve para manter a convivência parental como também para evitar abusos por parte do genitor guardião e consequentes danos psicológicos ao menor. Essa aplicabilidade vai depender de um sensível entendimento do magistrado, na análise dos fatos concretos, sempre atendendo ao melhor interesse do menor, e de uma boa capacidade de negociação entre o casal que está se separando. O processo de separação normalmente é doloroso, no qual os vínculos conjugal e parental ficam gravemente abalados, no qual as mágoas e ressentimentos ganham uma proporção maior. A comunicação fica prejudicada e a vida familiar vira um ringue de batalha. Mesmo que ambos os cônjuges cheguem à conclusão que não há possibilidades da manutenção da vida comum, eles estão lidando com um fator estressor em suas vidas e administrar as emoções e simultaneamente as questões de ordem prática, requer um grande esforço, sendo, às vezes, necessário um apoio externo. A mediação familiar se mostra adequada neste particular, por ser um processo não adversarial, em que um terceiro imparcial – o mediador – auxilia os participantes ou envolvidos no conflito na resolução de uma disputa, com o objetivo de resolver o problema de forma aceitável para todos, e estruturado de modo a facilitar a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito (HAYNES, 1996, p.11).

O processo de mediação conduz os envolvidos a uma negociação, sendo o mediador o administrador das negociações. A pessoa, ao procurar a mediação, preocupa-se em demonstrar que ela está certa e que a outra está errada, dando a sua definição do problema. O mediador ouvirá atentamente as duas versões e “ajudará os participantes a descartar suas definições individuais do problema e adotar uma mútua e comum” (HAYNES, 1996, p.18). Diante disso é que o mediador poderá tratar do problema.

A mediação familiar, segundo Silva (1996), “procura ajudar o casal, casados ou não, que decidiram pela separação ou divórcio, a negociar seus desacordos e poder resolvê-los de uma maneira pacífica”. Lembra bem esse autor que a voluntariedade das partes, o sigilo e a imparcialidade do mediador são princípios básicos da mediação. (SILVA, 2004, p 36). Hoje existem os mais variados modelos de família. Nesses novos modelos, que são caracterizados pela igualdade, afetividade e pela ausência de uma rígida hierarquia, os familiares precisam a todo momento negociar suas diferenças, estabelecer planos comuns para a educação dos filhos. O ambiente familiar tem sido palco de desentendimentos, em que as questões sentimentais adquirem uma dimensão às vezes incompreendida pelos outros e se transformam em batalhas judiciais que duram uma eternidade. O novo paradigma da família

instrumental, entretanto, carece de uma estrutura legal que corresponda a essa nova realidade, haja vista que os conflitos familiares, por suas peculiaridades, são diferentes das relações negociais ou de propriedade.

Diante disso, sendo a mediação uma forma pacífica de resolução de conflitos, além de possibilitar aos mediados a oportunidade de solucionar seus conflitos com base na comunicação, evita a demora do trâmite processual, caso o litígio seja encaminhado à via judiciária, bem como o acúmulo de processos judiciais. O processo de mediação familiar encontra ampla aplicação nas separações e nos divórcios, auxiliando as pessoas que decidem pelo rompimento, de forma a salvaguardar as relações parentais e negociar pacificamente as responsabilidades advindas desse rompimento, principalmente quando há a presença de menores na família. A mediação proporciona uma verdadeira mudança de paradigma que incentiva a cultura do diálogo cooperativo, promovendo a pacificação por meio da obtenção da convergência de interesses, constituindo assim, um dos requisitos para que se alcance um estado que propicie a difusão de uma cultura de paz.

Capítulo 4

O AFETO COMO VALOR JURÍDICO

As recentes investidas de caráter constitucionalista na cobrança pela falta de amor ou por abandono afetivo devassaram a família, submetendo-a a uma nova dialética estabelecida entre o Direito de Família e o Direito Constitucional. Recentes decisões judiciais condenando por dano moral pai que esteve ausente na criação do filho deixam claro que o Direito de Família passa por uma transformação paradigmática no Brasil. O afeto ou sua “noção” como categoria jurídica passou a ser entendido pelos doutrinadores atuais, como um elemento concreto a integrar as relações de família, como bem delimita Carbonera, (2000):

A noção de afeto, como um elemento concreto a ser considerado nas relações de família, foi ingressando gradativamente no jurídico, assim como outras tantas: liberdade, igualdade, solidariedade. Isto se deve às transformações pelas quais ela passou, especialmente quanto ao deslocamento do centro de preocupações da instituição família para aqueles que a compõem. A partir do momento em que o sujeito passou a ocupar posição central, era esperado que novos elementos ingressassem na esfera jurídica. E foi o que se observou com relação ao afeto. (CARBONERA, 2000, 297).

O que se observa é uma mudança na trajetória das relações familiares que levou o legislador a uma mudança de foco, numa perspectiva que foge ao autoritarismo liberal de outrora. Para o legislador brasileiro, o afeto não é fruto da biologia, sendo ele derivado da convivência familiar e não do sangue (paternidade biológica). Por isso, tem-se, no direito, o instituto chamado *posse do estado de filho*, que é o reconhecimento jurídico de uma relação familiar, mais especificamente filial, fundada numa relação socioafetiva, na qual o afeto prevalece frente à realidade biológica. Para Abbagnano, afeto deve se entendido como:

[...] as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm o caráter dominante e totalitário.

Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fatos ou situações, os afetos constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Essa palavra designa o conjunto de atos ou atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc. que, no seu todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa “preocupa-se com” ou “cuida de” outra pessoa ou em que esta responde,

positivamente, aos cuidados ou a preocupação de que foi objeto. O que comumente se chama de “necessidade de afeto” é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante. Nesse, o afeto não é senão uma das formas do amor (ABBAGNANO, 2003 *apud* ANGELUCI, 2006, p. 96).

Essa definição engloba vários aspectos desse sentimento, inclusive acentuando que é nas relações interpessoais que circula mais favoravelmente esse tipo de sentimento. Claro que o afeto está, na grande maioria das vezes, entre as pessoas unidas pelo *affectio familiae*, até porque o espaço relacional do âmbito familiar se constitui bastante favorecedor desse *affectio*, sendo certo que ele se expressa através de “conjuntos de atos ou atitudes”, o que nos leva a crer que para haver afeto, há de haver “*animus*”²⁹.

A noção de afeto como um elemento integrador na formação das entidades familiares surgiu no Brasil no final do século XX, com o advento da Constituição Federal de 1988, evidenciando a tendência contemporânea de conceber a família na perspectiva das pessoas, e não mais sob a ótica de uma instituição patrimonializada, modelo adotado por legislações pretéritas. A proteção estatal se deslocou da direção da família institucionalizada para ir além e enxergar seus integrantes como agentes relacionais.

No dizer de Dias (2007, p. 67), a apreciação do afeto pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência demonstra um novo olhar para essa categoria consolidando-a como um direito fundamental gerador do princípio da afetividade. Princípio esse norteador das relações familiares. Referindo-se a tal princípio, conclui a autora que: “talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade.” (DIAS, 2007, p. 69).

Gama (2008) aduz também, que o princípio da afetividade é um princípio constitucional específico do Direito de Família e pode ser considerado hipótese de princípio constitucional implícito, pois “tal princípio, também considerado como de prevalência do elemento anímico da *affectio* nas relações familiares, pode ser extraído da interpretação sistemática e teleológica dos arts. 226, parágrafos 3º. E 6º., 227, *caput* e parágrafo 1º, ambos da Constituição Federal.” (GAMA, 2008, p. 82).

Assim também é o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira ao prefaciar o livro Direito das Famílias de autoria de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald:

²⁹ Vontade; inclinação; desejo; intenção.

[...] O esteio e sustentáculo da família é o desejo, que por sua vez se traduz, e se manifesta, muitas vezes, através do afeto. É neste contexto histórico do declínio do patriarcalismo, da igualização de direitos entre homens e mulheres e no reconhecimento da subjetividade que o afeto tornou-se um valor jurídico, elevado à categoria de princípio. Portanto, o princípio jurídico da afetividade é o grande norteador de todo o Direito de família Contemporâneo, ao lado, obviamente, do macroprincípio da dignidade da pessoa humana.” (PERREIRA, 2009, p. xxvii)

É bom lembrar que o atual Código Civil, não fazia referência expressa à palavra afeto até a alteração ocorrida nos arts. 1.583 e 1.584 do C.C., que regulavam a guarda dos filhos na dissolução da sociedade conjugal, pela Lei nº 11.698, de 13 junho de 2008, que instituiu a guarda compartilhada. Apenas usava o termo afetividade ao se referir a uma das condições da guarda de terceiros, no alterado art.1.584, parágrafo único. O Código Civil de 2002 traz a expressão afeto, (art. 1538, § 2º, inciso I, alterado pela Lei nº 11.698/2008) justamente no capítulo que trata da proteção dos filhos, quando elenca as condições necessárias ao exercício da guarda unilateral:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

2º. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

A afetividade aparece mais uma vez no texto codificado como um requisito necessário para que a guarda seja concedida unilateralmente ou compartilhada com terceiros. Pode-se observar que há aí uma preocupação do legislador em que o afeto seja mantido não só com o genitor, mais também com o grupo familiar. Para Dias (2007) “o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.” (DIAS, 2007, p. 68). Tal determinação está presente no art. 1.584, § 5º do C.C., com alteração recente da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, estabelecendo que:

Art. 1.584.

5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Diante do fundamento constitucional do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, base sólida em que se ergue a República Federativa do Brasil e princípio sede de todos os direitos

fundamentais (art., 1, III, da CF/88), vemos aí explicitado, no bojo legal, a observância do princípio do Melhor Interesse da Criança e parece mais adequado, conforme nos ensina Pedro Lenza, (2009, p.2), falar em um “direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais, podendo em muitos casos reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas [...]”.

Por isso a importância de se garantir em todas as hipóteses do caso concreto a observância da aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por ser ele o princípio fundamental, norteador de todo ordenamento jurídico. É ele que fundamenta a existência de direitos da personalidade. Jussara Moreno Jacintho (2008, p.89) remete-se a Carmem Lucia Rocha (1999 *apud* Jacintho, 2008) ao concluir que o Princípio da Dignidade Humana constitui a base definidora dos direitos fundamentais:

“valor fundante do sistema no qual se albergam como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.” (JACINTHO, 2008, p. 89).

A Família deixou de ser uma instituição representativa de um *status* patrimonial e sua formação não necessariamente será realizada através do matrimônio. Toda essa mudança estrutural está respaldada na Carta Magna brasileira de 1988, que, num salto quantitativo erigiu o metaprincípio da dignidade da pessoa humana como aquele fundante de todos os outros – o da dignidade, da liberdade e o da solidariedade – e com isso, resguardar o ser em sua expressão mais significativa, elevando-o à categoria de sujeito de direitos fundamentais. Conceituar o princípio da dignidade humana não constitui tarefa fácil, principalmente em relação à sua aplicabilidade na Ciência Jurídica. Por se tratar de um valor inerente ao ser, o Direito lança mão da filosofia para conceituá-lo e resguardá-lo como um valor inatingível, assegurado pelo estatuto jurídico no sentido de preservar o respeito ao ser humano em suas particularidades e, conseqüentemente, em suas relações interpessoais, em especial as familiares. Como muito bem aduz Moraes (2007):

A dignidade da pessoa humana é valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas

sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (Moraes, 2007, p.61).

Diferente do que anteriormente se colhia dos textos codificados de outrora, nos quais os interesses da família, enquanto instituição se sobrepunha aos interesses de seus componentes, num avassalador desrespeito à dignidade daqueles indivíduos, hoje o termo “democrático” foi inserido no contexto familiar com respaldo nos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade. Não mais prevalece no âmbito jurídico o sentido exclusivo da família tradicional originária. Ela própria se alterou. Essa concepção tradicional de família foi sepultada pelos novos valores que surgem na sociedade contemporânea, segundo Farias e Rosenvald:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e despatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p.4).

A Constituição Federal de 1988, ao ampliar a visão do conceito de entidade familiar, retirando-a do espectro matrimonialista avançou em direção à valorização dos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade, como bem define Carlos Bittar, (2007, p.1) são os “direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade [...] sendo eles intransmissíveis e irrenunciáveis.” Foi com vista à proteção desses direitos da personalidade, das pessoas enquanto membros formadores da unidade familiar seja ela matrimonializada ou não, e buscando promover o desenvolvimento da personalidade desses integrantes, que a Constituição deslocou seu foco da família institucionalizada para outras formas familiares, que para alguns autores são formações fundadas no afeto. É o que determinam os Parágrafos 3º e 4º do art. 226 da CF/88:

§3º para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A afetividade invadiu a ciência jurídica, inserindo os aspectos psicológicos e sociológicos, agregando a família tida como afetiva, imbuindo-a dos mesmos propósitos da família de origem biológica, uma vez que, tal família se forma tendo como elemento aglutinador o afeto,

ou seja, demonstra ela uma preponderância de vínculo afetivo em relação aos vínculos de sangue e patrimonial. Essa mudança do foco relacional familiar está definitivamente presente na CF/88 e o Código Civil de 2002 preocupou-se em manter a mesma linha. Ao tratar de parentesco, trouxe o novo Código de 2002 significativa inovação ao preceituar que: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem” (art. 1.593). Com o acréscimo do termo “outra origem”, o legislador deu espaço a várias interpretações, entre elas, a inclusão do conceito atualmente usado da socioafetividade.

Define-se, assim, um novo perfil da família, qual seja o advento da família afetiva contemporânea que tem nos laços afetivos, ou seja, na autêntica e verdadeira vontade de os seus membros estarem juntos solidariamente e fraternalmente. Como bem demonstra a sustentação de João Paulo Cunha (2004):

A árvore genealógica hoje tem mais galhos e eles estão cada vez mais intrincados. Com isso, os laços de parentesco, por si sós não são nascidos em determinados pais ou família. O nacionalismo doentio, como o familialismo, é deturpação do valor verdadeiro. Amor não tem genética nem latitude (CUNHA, 2004, p. 5).

Essa concepção da formação de uma família traçada pela afetividade é uma realidade dos tempos atuais e deve ser reconhecida com legitimidade atendendo aos direitos que são assegurados pela Carta Magna brasileira aos seus componentes. A convivência familiar assegurada pelo judiciário à criança e ao adolescente tem nessa família afetiva seu maior aporte. Essa representação familiar constitui a perfeita integração que as famílias têm ao acolher aquele que não compartilha sua herança genética. Essa acolhida, oriunda de um afeto primário, favorece aqueles que são extraídos de sua família de origem e colocados em instituições. Toda uma orquestra se forma no sentido de favorecer uma convivência a esses sujeitos, uma sintonia que permeia o social, que, segundo Maffesoli (2011, p.70) seria “o estar no “tom” com o outro, vibrar com o outro”.

A sintonia permite pensar o vínculo social de uma maneira totalmente diferente e compreender que as emoções e os afetos desempenham nessa circunstância um papel de primeiro plano. (Maffesoli, 2010 *apud* Bourseiller, 2010, p. 70)

Tal assertiva remete ao princípio da solidariedade familiar e humana, uma vez que, no entender desta autora, a solidariedade nasce no escopo íntimo – do respeito ao próximo – se alastrando no tecido social, consagrado no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, na busca

de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como, no art. 226, §8º, da Carta Magna³⁰. Nesse trilhar, também vetoriza o pensamento de Lobo (2007)

De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com os demais, na construção harmônica de suas dignidades. (LÔBO, 2007, p. 148).

O princípio da solidariedade familiar que alhures repercutia na esfera patrimonial, encontrando no direito a alimentos seu fundamento maior teve após a CF/88, ampliado o seu reflexo nas relações familiares sendo certo que sua “destacada importância é sentida na esfera existencial da família, devendo ser apontado como razão de ser dos institutos da tutela e da curatela, do dever matrimonial de mútua assistência, da paternidade sócio-afetiva, etc.” (ALVES, 2010, pp.115-116).

4.1. O DIREITO AO AFETO

Três decisões recentes marcaram o ambiente jurídico e foram amplamente divulgadas pela mídia e congressos de direito: O Juiz da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, Mario Romano Maggione, condenou um pai ao pagamento de 200 salários mínimos como indenização por abandono afetivo; O Juiz da 31ª Vara Cível Central de São Paulo, Luiz Fernando Cirillo, condenou um pai a indenizar a filha, em R\$ 50.000, 00 (cinquenta mil reais) por abandono; e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fez condenação semelhante.

No primeiro exemplo³¹, O Juiz Mario Romano do Rio Grande do Sul indica com muita propriedade e firmeza que:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua

³⁰ Art. 226 §8º da CF/88: O Estado assegura a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Brasil, 1988)

³¹ Processo nº 141/1030012032-0 da comarca de Capão da Canoa no Rio Grande do Sul.

honra e a sua imagem. Basta atentar os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai.

Ele fundamenta sua decisão com base no art. 5, inciso X da Constituição Federal de 1988 e art. 22 da Lei 8,069/90 – ECA e CPC, condenando o acusado:

III – Face ao exposto, julgo procedente a ação de indenização proposta por D.J.A. contra D.V.A., fonte no art. 330, II, e no art. 269, I do CPC, c/c o art. 5^a, X da Constituição Federal e o art. 22 da Lei 8.069/90 para condenar o demandado ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação.

Condeno o demandado ao pagamento das custas processuais e honorários do patrono da parte adversa que arbitro em 10% sobre o valor da condenação a teor do art. 20, § 3º do Código de Processo Civil, ponderado o valor da causa e ausência de contestação.

Observa-se da prolatada sentença que a mesma qualifica a convivência – a presença física do genitor junto ao filho – como um segmento da educação, disputando espaço com as outras situações subjetivas, tais como: o afeto, o amor, o carinho. E outras tantas objetivas como: jogar bola, jogar futebol, brincar, passear, visitar, entre outras atividades. Dessa forma, diante de sua dimensão, caberia uma análise dessa decisão mais detalhada para entender o que o julgador pretende ao esquadrihar amor, educação, convivência, uma vez que não só o filho “abandonado afetivamente” pode sofrer uma certa indiferença dos pais, mas também os filhos que convivem com o casal que habitam a mesma residência. A vida em família se desenrola dentro de uma complexidade inalcançável para o legislador.

Todas essas recomendações, por parte do juiz, são tentativas que objetivam o convencimento de que a convivência familiar, com o genitor não-guardião seria a única forma eficiente para que uma criança cresça com um desenvolvimento adequado. Milhares de lares são formados por famílias monoparentais, nos quais a mulher é a responsável pelo sustento e pela educação de seus filhos. Nota-se, entretanto, que a sentença coloca na mesma categoria “a ausência, o descaso e a rejeição”, fazendo crer que a ausência seria tão danosa quanto as demais situações. Como se pode notar, tal documento traz em seu bojo um rastro denso de discriminação e preconceito ao afirmar que os drogados e criminosos são ou foram crianças cujos pais não deram carinho, amor. De que família essa sentença fala? A quais, dentre as

múltiplas configurações familiares, ela se refere? E que criança e adolescente são merecedores de uma indenização equivalente a \$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais)?

Com quais valores, juridicamente estabelecidos, terão que se conformar um drogado e/ou criminoso cujo pai não esteve presente em seu Período de formação? As questões são polêmicas. Mas aqui, elas têm a mera função de adensar o debate acerca do significado jurídico atribuído ao afeto no âmbito da jurisprudência. E nesta vetorização, pretende sopear a imperativa necessidade de diálogo interdisciplinar entre as ciências jurídicas e as ciências humanas e sociais aplicadas, ainda a exigir aprofundamento.

A outra decisão parte da justiça paulista que também tem o abandono afetivo como tema. Datada de junho de 2004 e proferida pelo Juiz de Direito da 31ª Vara Cível Central, Luiz Fernando Cirillo condena um pai a pagar indenização à filha no valor de R\$ 50 mil reais como reparação por dano moral e para custear o tratamento psicológico pleiteado pela mesma. Tal pedido foi aceito levando em consideração o laudo de perícia técnica atestando que a jovem apresentava conflitos psicológicos deflagrados pela rejeição do pai. Segundo a petição inicial exarada nos autos, a autora narra que deixou de conviver com o genitor ainda com poucos meses de idade, época da separação dos pais. Informa também que o pai, após ter se separado de sua mãe constituiu nova família, advindo daí três filhos.

O julgador, em sua sentença, afirma que “a decisão da demanda depende necessariamente do exame da circunstância do caso concreto, para que se verifique primeiro, se o réu teve efetivamente condições de estabelecer relacionamento afetivo maior do que a relação que afinal se estabeleceu e, em segundo lugar, se as vicissitudes do relacionamento entre as partes efetivamente provocaram dano relevante à autora”. O pai já apelou da sentença ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

Outro julgado de mesma natureza é encontrado na Apelação Cível nº 408.550-5 de 01.04.2004 da Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 408.550-5 1.04.2004 EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do

direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.³²

A argumentação feita pelo Julgador para a condenação do Réu expõe:

“A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que os pais possam causar aos seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.”

Continuando sua fundamentação:

“Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajuda), surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.”

A partir da Carta de 88 surge uma nova teoria constitucional que vem unificar as regras e princípios de direito civil, inclusive as concernentes à proteção dos núcleos familiares. Para Lenza (2009, p.670) há uma valorização e proteção aos direitos de terceira geração ou dimensão que são pontuados através da ideia de proteção dos direitos de fraternidade ou solidariedade, o que para esse autor, evidencia os direitos transindividuais:

“Direitos Humanos de terceira geração: marcados pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), as relações econômico-sociais se alteram profundamente. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para a proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.”

Talvez o maior desafio da pós-modernidade seja a garantia dos direitos individuais, através da proteção às novas formas de relações familiares, ou novas formas de família, de maneira a favorecer a realização e o desenvolvimento da personalidade humana. Na atualidade, os

³² Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/revista/Revista/Sentenca/.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2009.

autores são taxativos em afirmar que (Chaves, 2009; Venosa, 2008; Lôbo, 2007; Dias, 2008; Pereira, 2008) “a família constitui o *locus* privilegiado para garantir a dignidade humana da pessoa e permitir a realização plena do ser humano”, predominando assim, uma noção de um modelo familiar *eudemonista*,³³ tendo o afeto como o dado preponderante.

Uma afirmação quase que uníssona é que a família ou núcleos familiares, constituem a célula estruturante da sociedade, constituindo-se em um abrigo perfeito para a realização da pessoa humana, numa convivência permeada por afeto e solidariedade. A mudança na organização jurídica da família é visível tanto para os operadores e aplicadores do direito quanto para a sociedade como um todo, que presencia, na vida prática, a valorização da pluralidade de institutos antes não reconhecidos pelo legislador, como a família monoparental e a união estável. Por isso, mais e mais o Estado se interpõe no âmbito familiar, para ditar de que forma esse afeto ou essa afetividade podem ser efetivados. Ter direito à convivência familiar é garantia constitucional, mas, e o direito ao afeto? Quem pode garantir?

Apesar do texto constitucional não trazer explicitamente o princípio da afetividade há indícios que demonstram estar ele perpassado pelos princípios da solidariedade, fraternidade e da dignidade da pessoa humana, como nos esclarece o professor Paulo Lobo, (2007, p. 7), ferrenho defensor desse princípio:

“O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art.227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).”

³³ Referente a Eudemonismo (do grego *eudaimonia*, "felicidade") é uma doutrina segundo a qual a felicidade é o objetivo da vida humana.

Apesar da maioria dos doutrinadores afirmarem que houve uma desbiologização da filiação na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que ocorreu foi a inserção de critérios outros que não somente o biológico, para que a filiação fosse reconhecida, como no caso do reconhecimento da paternidade socioafetiva presente na adoção. Isso fez com que se suplantasse de vez a divisão discriminatória entre filhos legítimos e ilegítimos, demonstrando, assim, a quebra de paradigma no modo de ver a essência das relações familiares. Com isso, passou a admitir outra origem para a formação da família além daquela formada através do matrimônio, nuclear e institucionalizada. Com a igualdade entre filhos biológicos e adotivos ruiu a fundamentação da filiação na origem genética.

Para os defensores do princípio da afetividade, a igualdade na filiação, a concepção de família monoparental, bem como o reconhecimento da união estável, têm em comum que a relação entre eles é fundada no afeto, prescindindo do matrimônio para a sua formação, como busca Paulo Lobo, (2007, p. 4-5) quando avalia a juridicidade do afeto:

“A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.

Os princípios constitucionais são expressos ou tácitos. São tácitos quando emergem do sistema de normas e valores constitucionais. O princípio da afetividade é fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade humana e emerge das normas que o sistematizam.”

A partir de então houve uma grande valorização do vínculo afetivo entre os membros na família. A Constituição, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) discorreram sobre um sistema de normas de proteção à criança e ao adolescente, ressaltando-lhes prerrogativas tais como o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar, ao pleno desenvolvimento físico, mental, moral, social, na busca do respeito à dignidade da pessoa e na valoração do afeto nas relações familiares. O princípio da afetividade passou, assim, a fazer parte do ordenamento jurídico como elemento essencial à concepção de família nas suas diversas acepções.

Para Paulo Lobo, (2008, p. 285) houve uma desvinculação da filiação com o caráter patrimonialista do instituto Família e a partir daí as relações no seio familiar passam a ser construídas sob os fundamentos da solidariedade e da afetividade:

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

Maria Berenice Dias, (2004, 18-19) aponta o entrelaçamento do princípio da afetividade com as normas contemporâneas de proteção à família afirmando que não mais o casamento, o sexo e a procriação servem de referencial para reconhecer a existência de um “vínculo interpessoal” merecedor da tutela jurisdicional, e acrescenta:

“Ocorreu um alargamento conceitual da família, que passou a ser vivenciada como um espaço de afetividade destinado a realizar os anseios de felicidade de cada um. Os elos de convivência, que levam ao enlaçamento de vidas e ao embaralhamento de patrimônios, fazem surgir compromentimentos mútuos e responsabilidades recíprocas.”

A imposição agora é de outra ordem, uma ordem que me faz responsável pelo outro. Bauman (1998) nos auxilia ao trazer um sobejo do mundo moral de Levinas que se estende entre o eu e o Outro. Afirma o autor, que é no interior desse vasto espaço que Levinas “encontra o berço da ética e todo o alimento de que o eu ético necessita para manter-se vivo: o silencioso desafio do Outro e a minha dedicada, mas desprendida responsabilidade”. (BAUMAN, 1998, P. 62). Aduzindo, ainda, que temos que argumentar sobre a moralidade encarregando-nos em que haja uma contínua possibilidade de argumentar, e pontua: “[...] o presente debate não é uma versão atualizada do antigo, estéril e, afinal, duvidoso raciocínio sobre o alegado conflito entre o indivíduo e a sociedade [...]” (BAUMAN, 1998, p. 254).

Poucos participantes do debate, se tanto, exigiriam hoje o sacrifício das liberdades individuais “em benefício da sociedade”; é a sociedade que precisa legitimar-se em função do serviço prestado à liberdade individual – não a liberdade individual em função de sua utilidade social. Na política pós-moderna, a liberdade individual é o valor supremo e o padrão pelo qual todos os méritos e vícios da sociedade como um todo são medidos. (BAUMAN, 1998 p. 254).

Observa-se, que a proteção ao direito de convivência do menor é preceito constitucional prioritário, uma vez que, o legislador, reconhecendo a família socioafetiva como uma das possibilidades de garantir essa convivência, de suma importância para o desenvolvimento da criança e do adolescente, a mesma predomine sobre a família biológica. O afeto, mais uma vez, tem prioridade no direito de família e se assim for, como se pode efetivamente garanti-lo no caso concreto dos filhos que foram abandonados moralmente ou afetivamente pelo genitor(a)? O afeto dispensado pelo pai socioafetivo seria inferior ao que eventualmente fosse dedicado pelo pai biológico? Como poderia o Estado garantir que o filho, que sofreu “abandono afetivo”, não estabeleceu vínculos afetivos com os outros membros da família, comprometendo, o seu desenvolvimento satisfatório? Pode-se com isso afirmar que o reconhecimento da paternidade socioafetiva assegura, além do estado filiatório, a dose de carinho e afeto necessários ao desenvolvimento da criança?

Isso induz a pensar que o objetivo da responsabilidade civil no âmbito familiar, em caso de abandono afetivo seria meramente punitivo e com o intuito último de uma compensação pecuniária, o que foge às peculiaridades próprias do vínculo familiar e a natureza existencial do Direito de Família. Farias e Rosenthal (2009), ao falar a respeito do parto anônimo (anteriormente conhecido como de *roda dos expostos* ou *roda dos rejeitados*) faz uma análise da importância do afeto na família socioafetiva em caso de crianças abandonadas:

[...]. Com efeito, já se apresentou, exaustivamente, a tese de que a filiação, na perspectiva pluralista das relações de família contemporânea, é calcada no *afeto* e na *solidariedade*, perpassando o alcance, tão-só biológico. Assim, o direito ao estado filiatório, garantido constitucionalmente, pode ser resolvido pela utilização do critério da afetividade, não sendo obstada pelo uso do parto anônimo. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 490).

Delineia-se aqui uma pista: a nosso ver, parece ser melhor tentar proteger a vida digna da criança do que insistir em proibir a conduta do abandono afetivo com a força do sistema punitivo e sem resolver socialmente o problema. No dizer popular, se assim é permitido usar um adágio do povo, seria ‘jogar a água da bacia fora com a criança dentro’, ou seja, não podemos idealizar um “afeto” e cobrá-lo juridicamente, quando existem milhares e milhares de crianças que são abandonadas e que passam despercebidas no dia a dia das vidas idealmente “arrumadas”. A paternidade afetiva vem mostrar que o ser humano é livre para amar e ofertar esse amor ao próximo sem que para isso o direito tenha que lhe mostrar quando, como, e porque. A criança deve ser o núcleo central da atividade jurisdicional, sendo

de grande importância concentrar-se em atender às suas necessidades e deslocar assim, o foco do indenizatório para o da conscientização.

Para Dias (2007, p. 68), o afeto merece destaque como princípio jurídico, ao sustentar que “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.”

Assim, Welter (2004) refere que o Código Civil de 2002 valorou o afeto no art.1.511, quando estabeleceu no casamento a comunhão plena de vida; no art. 1.593 quando admite outra origem à filiação, além do parentesco natural ou civil; no art. 1.596, quando determina a igualdade na filiação; na irrevogabilidade do reconhecimento, conforme art. 1.604 e ainda, no casamento, ao referir questões pessoais antes do aspecto patrimonial. (WELTER, 2004).

Dias (2002) e Paulo Lobo (2008) afirmam que o conceito de família enunciado no art. 226, § 3º e §4º da CF/88 como a união estável e a monoparental, tem apenas caráter exemplificativo e não taxativo, o que dá lugar ao reconhecimento de outras relações de cunho familiar, fundadas no respeito e na afetividade, como no caso das relações entre pessoas do mesmo sexo.

Completa seu raciocínio Dias (2002, p.95) afirmando que tal dispositivo constitucional, por seu caráter exemplificativo, “não permite excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade.” Para ela, esses são os três requisitos que, uma vez presentes em dada relação, definem uma unidade familiar, seja ela monoparental, heterossexual ou homoafetiva.³⁴

O afeto não é somente requisito das relações de gênero, mas e principalmente das relações filiais, uma vez que, a partir do instituto da posse do estado de filho – o aspecto afetivo, o vínculo que se estabelece além do vínculo sanguíneo e do legal – o legislador confere a paternidade socioafetiva com base na posse do estado de filho. Ações negatórias de paternidade, ou seja, aquelas que visam negar a paternidade em relação ao filho já registrado têm sido improvidas quando se detecta a existência de um vínculo afetivo de filiação, em vista de uma convivência duradoura entre pai e filho, o que se percebe através de larga fonte jurisprudencial.

³⁴ Homoafetivo é o termo criado e usado por Maria Berenice Dias para a convivência estável entre pessoas do mesmo sexo.

A realidade atual é reflexo da mudança dos paradigmas no que se refere aos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos, como por exemplo, a posse do estado de filho. Destarte, o direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender os parentescos psicológicos, que prevalecem sobre a verdade biológica e a realidade legal. Nas Sábias palavras de José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.54).

A posse do estado de filho revela a Constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva.

Dessa forma, a verdade real é que goza o filho da posse de estado, a prova mais exuberante e convincente do vínculo parental, tendo a jurisprudência aceitado as situações de fato, que têm como prova concreta a vivência entre um adulto e uma criança como se pai e filho fossem, conforme enfatiza Zeno Veloso (1997, p.28), que questiona:

Se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga este fato no meio em que vive, qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, judicialmente, a determinação de seu estado?

Rose Melo Venceslau (2004, p. 45) discorre a respeito da amplitude do instituto da filiação e afirma que:

O estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos. (Venceslau, 2004, p. 45)

Para Pedro Belmiro Welter (2004, p. 285), “os pais são aqueles que amam e dedicam a sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe afeto, atenção, conforto, enfim, um porto seguro, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem”. Por isso o critério biológico tornou-se insuficiente, sendo necessário o reconhecimento da chamada paternidade socioafetiva, que não implica no desprezo do liame genético (presente na maior parte das relações familiares), mas demonstra a necessidade de inserção da filiação socioafetiva.

A paternidade socioafetiva satisfaz o princípio constitucional da paternidade responsável almejado pela Carta Magna em seu art. 226, § 6o. Ademais, a presença de posse de estado de

filho serve como critério indicador da paternidade socioafetiva, obedecendo, assim, à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da Constituição Federal). É importante ter em mente que tal princípio não é uma recomendação, mas uma regra que deve ser observada nas relações da criança e do adolescente com sua família, sociedade e Estado.

Rose Melo Venceslau (2002, p. 391) entende que:

[...] pai, ou pais, para a Constituição Federal é aquele que assume a paternidade responsável, que, juntamente com a sociedade e o Estado, tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com a absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Tudo isso pode ser oferecido por quem não é biologicamente o pai. (Venceslau, 2002, p. 391)

Assim também é o entendimento de Coelho (2009):

A filiação socioafetiva constitui-se pelo relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, que, sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha à de pai e mãe e seu filho. Se um homem, mesmo sabendo não ser o genitor de criança ou adolescente, trata-o como se fosse seu filho, torna-se pai dele. Do mesmo modo, a mulher se torna mãe daquele de quem cuida como filho durante algum tempo. (COELHO, 2009, p. 160).

Antigamente o filho era tido como um objeto que estava sob o poder dos pais e não como um sujeito de direitos. Por isso, no conflito entre a filiação biológica e a não-biológica predominava o interesse dos pais biológicos em detrimento da conveniência do filho. Contudo, diante do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, impõe-se que, diante do caso concreto, predomine o interesse do filho e não dos pais biológicos ou dos pais socioafetivos.

O pai que cuidou de alguém como se fosse filho, não pode mais renegá-lo sob a alegação de não possuir com o mesmo, um vínculo biológico, deixando ele de ter direito à negatória de paternidade “fundada na inexistência de transmissão de herança genética” (COELHO, 2009, p. 161). A filiação socioafetiva também vincula o filho, uma vez que, estando ele amparado economicamente pelos pais afetivos, não tem o direito de invocar a verdade biológica para demandar o reconhecimento da paternidade ou maternidade. Essa implicação decorre da despatrimonialização do direito de família, conforme esclarece Coelho (2009).

Entenda-se bem a implicação jurídica da filiação sócio-afetiva para o descendente. Se ele precisa de alimentos, porque não os pode prover o pai ou mãe sócio-afetivo, então, mediante anuência deste último, poderá intentar a ação de reconhecimento de paternidade ou maternidade com o objetivo de obrigar o genitor ou genitora a pagá-los. (COELHO, 2009, p. 161).

O ideal seria, então, que a paternidade socioafetiva coincidissem com a paternidade biológica, pois, verificar-se-ia a paternidade responsável exigida pelo ordenamento? Como isso nem sempre pode acontecer, deve-se salientar que, às vezes, o genitor biológico não se interessa por sua prole e, portanto, trata-a com descaso, deixando de favorecer uma convivência saudável e plena, fugindo, assim, de suas responsabilidades. Entretanto, a convivência familiar é prioridade absoluta do filho. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 457) entende que “como pessoas humanas em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadores de condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas”.

Nesse mesmo entendimento, afirma Rodrigo da Cunha Pereira, (1997, p. 131) “O pai é muito mais importante como função social do que como genitor”. Entretanto, a vida em sociedade está em constante ebulição. Significativas mudanças tanto podem demorar algum tempo, como podem se processar de forma imediata, instantânea a outros eventos já esperados ou previstos. O legislador incessantemente busca acompanhar essas transformações. Assim ocorre na contemporaneidade com os assuntos advindos de mudanças paradigmáticas quanto às questões que envolvem as relações familiares. Questões como a paternidade afetiva, a adoção entre homossexuais, entre outras, estão ocupando os operadores do direito. O afeto no topo das motivações nas relações familiares, seja para justificar sua origem, seja para explicar a sua manutenção, não permite olvidar a questão, hoje recorrente nos tribunais, que são os pedidos de indenização por abandono afetivo.

A convivência passa a ser mais difícil para o genitor não-guardião, dadas as vicissitudes do caso concreto. Não raro, o genitor não-guardião cumpre com a obrigação de alimentos deixando de ter o filho em sua companhia e passando a ser para ele apenas o devedor de uma prestação pecuniária. Devido à frequência de casos em que o genitor não-guardião deixa de estabelecer uma convivência satisfatória com o filho menor, acumulam-se no judiciário os pedidos de indenização por abandono afetivo.

4.2. A CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO GARANTIA DO DIREITO AO AFETO.

A institucionalização de crianças e adolescentes em “situação de risco” consagrou-se ao longo de várias décadas, – como já referido em capítulo anterior – como a principal forma de solucionar o problema da infância abandonada e desamparada (RIZZINI e WIJK, 1990). Com o advento da CF/88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ocorre uma mudança de paradigma, com a inserção da doutrina jurídica da proteção integral aos direitos dos infantes, com base na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU. A Constituição Federal Brasileira, no art. 227, assegura expressamente como Direito fundamental a convivência familiar para toda criança e adolescente:

Art. 227 da CF/88: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (grifo nosso).

Segundo Irene Rizzini *apud* Maciel (2006), entende-se a convivência familiar e comunitária como:

possibilidade de a criança permanecer no meio a que pertence, preferencialmente junto a sua família, seus pais e/ou outros familiares e, caso não seja possível, em outra família que a acolher (RIZZINI *apud* MACIEL, 2006, p.76).

Tal garantia foi também integralmente inserida na Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – em seus artigos, 4º e 16, V, bem como em todo o Capítulo III do Título II:

Art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária [...].

Art. 16: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: V- **participar da vida familiar** e comunitária, sem discriminação”.

Art. 19: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar** e comunitária em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Os Direitos da Criança e do Adolescente foram inicialmente normatizados pela Convenção das Nações Unidas:

“Os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos seus pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança”.³⁵

Maciel (2010) conceitua a convivência familiar não só da criança, mas de qualquer pessoa como ‘o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente). (MACIEL, 2010, p. 75). Isso também é destacado por Leonardo Boof, (2003,) ao se referir sobre um descaso manifesto em relação à situação de abandono em que vivem os pobres e marginalizados, dos desempregados e aposentados, bem como ao abandono crescente da sociabilidade nas grandes metrópoles, com seus habitantes sentindo-se desenraizados culturalmente e alienados socialmente.

Deve-se ter em mente que tudo isso serve para lembrar que estamos em uma sociedade em que a fraternidade está esgarçada por valores que colocam o bem-estar material em detrimento do bem-estar mental e emocional, culminando numa degradação da solidariedade, na perda da iniciativa e no medo da responsabilidade, conforme denuncia Edgar Morin, em entrevista no Jornal Le Monde³⁶.

A criança e o adolescente se transformam em prioridades de Estado, cuja legislação pretende protegê-los da família desestruturada e dos maus-tratos que por ventura venham a sofrer, todo esse movimento é no sentido de se estabelecer uma nova reforma, “exigindo uma acomodação entre os princípios da filantropia privada pré-anos 20, mencionadas anteriormente, e a crescente intervenção do Estado até final da década de 80.” (PASSETTI, 2010, p.366). O cuidado como valor jurídico é entendido pela coletividade jurídica como um corolário do afeto, e ambos refletem os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, Paulo Luiz Neto Lobo (2007), sustenta sobre os princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, destacando:

³⁵ Art. 9º, I, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 20/09/89 na Assembleia Geral das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90.

³⁶ Morin, Edgar. Em entrevista ao Le Monde. Internet: <http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0,36-901079,0.html>. Consultado em: 16.06.13.

os dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irreduzível da organização social, política e cultural e o do ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, notadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades. (LÔBO, 2007, p. 5).

Falar de convivência familiar e comunitária como um direito da Criança e do adolescente é olhar apenas a ponta do *iceberg*, pois todos devem se responsabilizar também por uma sociedade mais fraterna e solidária, principalmente em relação àqueles que vivem à margem dela como as crianças pobres e institucionalizadas. A reparação pecuniária como consolo ao abandono afetivo nos aponta apenas para uma criança – seu direito à convivência – que por sorte teve um genitor possuidor de uma situação econômica abastada a ponto de suportar a condenação ao pagamento de alta quantia. Seria oportuno perguntar: o que está sendo feito em relação ao direito de convivência familiar e comunitária da criança abrigada/institucionalizada? Mais ainda, da criança pobre que está em situação precária em um lar monoparental?

Defende-se que se existe um lugar adequado à solidariedade, esse espaço é o de convivência da família. Lá, pode-se encontrar um ambiente propício e privilegiado para o desenvolvimento e a socialização da criança e do adolescente. Mas, isso seria possível em todas as famílias? Ao se desfazer o par conjugal, a criança normalmente fica sob a guarda de um dos genitores (guarda unilateral) e com isso, seu convívio, na grande maioria das vezes, com o genitor não-guardião é prejudicado, principalmente em famílias sustentadas por uma estrutura de subsistência deficiente, em que as questões de afeto concorrem com a luta do dia a dia para sobreviver.

É ingênuo acreditar que todo ambiente familiar (abastado ou não), é, por si só, um espaço de convivência adequado e feliz. Há famílias afetuosas ou não em qualquer meio socioeconômico. A história da criança pobre traz em si muita dor, sofrimento e violência, mas não apenas; lá também é possível vislumbrar sonhos e esperanças, resiliência e coragem e, no mais das vezes, relações de afeto e carinho. Segundo Mary Del Priore, “Os testemunhos feitos por jovens mães no século XVII não escondem a preocupação com o destino de seus “filhinhos do coração”. Os viajantes estrangeiros não cessaram de descrever o demasiado zelo com que, numa sociedade pobre e escravista, os adultos tratavam a criança.” (DEL PRIORE, 2010, p. 11). Portanto, a convivência constitui um fato social, sendo ela a representação da organização estrutural da família e o legislador brasileiro busca a partir de 1988, acertar quanto à uma razoável manutenção desse direito.

O legislador priorizou o direito à convivência familiar da criança e do adolescente ao fazer alterações no Código Civil de 2002 e começou alterando o instituto da Guarda, primeiro tratando da guarda unilateral e incluindo o afeto como um dos requisitos para o seu exercício pelo guardião que a detém, depois, inserindo o grupo familiar no exercício da mesma:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

2º. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

no art. 1.584, § 5º do C.C., com alteração recente da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, estabelecendo que:

Art. 1.584.

5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

O direito à convivência familiar teve a sua sistemática aperfeiçoada pela Lei n. 12.010, de 29 de julho de 2009³⁷, que alterou vários dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) relativos ao tema, enfatizando a necessidade de implementação de políticas públicas específicas destinadas à orientação, apoio e promoção social da família de origem da criança ou do adolescente, preservando a especial proteção do Estado, por força do art. 226 da CF/88. Tais medidas serão aplicadas sempre no intuito de atender o princípio da prevalência da família, ou seja, devem prevalecer as medidas específicas de proteção que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa e caso isso não seja possível, que promovam a sua integração em família substituta (art. 100, parágrafo único, X, do ECA). (Maciel, 2010, p. 77).

Observa-se que a lei determina que o infante se mantenha no convívio familiar e só em hipóteses excepcionais, e por determinação judicial, será permitido, se necessário o afastamento do convívio familiar e o encaminhamento para o serviço de acolhimento, em que cabe aos seus dirigentes reavaliarem a cada seis meses a situação das crianças inseridas naquelas medidas, afim de que a autoridade judiciária possa decidir sobre o seu retorno ao seio familiar. O próprio constituinte teve o cuidado de oferecer uma alternativa ao acolhimento institucional,

³⁷ Lei 12.010 de 29.07.2009 – Nova Lei da adoção.

estabelecendo o art. 227, §3º, inciso VI da Constituição Federal a obrigatoriedade de o Poder Público criar estímulos, “através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios [...], ao acolhimento, sob forma de guarda de criança e adolescente, órfão ou abandonado”.

Do mesmo modo, O Estatuto da Criança e do Adolescente foi ainda mais claro e cauteloso com a questão, tendo reafirmado a importância do direito à convivência familiar na perspectiva de “proteção integral” dos direitos infanto-juvenis (art. 4º, caput e 19, *caput* da Lei 8.069/90), criando restrições expressas à suspensão ou destituição do poder familiar (cf. arts. 23 e 24), bem como mecanismos de proteção e promoção à família, traduzidos nos programas previstos em seu art. 90, incisos I e II, aos quais correspondem as medidas previstas em seu art. 129, inciso I a IV, a serem aplicadas prévia ou concomitantemente às medidas relacionadas no art. 101 do Estatuto, cujo inciso IV, por sua vez, também faz referência expressa à “inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente”.

O ECA dessacraliza a família a ponto de introduzir a ideia da necessidade de se proteger legalmente qualquer criança contra seus próprios familiares, ao mesmo tempo em que reitera “a convivência familiar” como “um direito” básico dessa criança. É importante destacar esse aspecto por contribuir para a “desidealização” do mundo familiar, ainda que se saiba que esse recurso legal é frequentemente utilizado para estigmatizar as famílias pobres, definidas como desestruturadas, “incapazes de dar continência a seus filhos”, sem a devida consideração do lugar dos filhos no universo simbólico dessas famílias pobres. (Sarti, 2005, p. 24).

Pela perda de referências rígidas no que se referem à família, assim como pela flexibilidade de suas fronteiras, algumas dificuldades se impõem no trabalho a ela voltado. Em primeiro lugar, a dificuldade de romper com o modelo idealizado e naturalizado acerca dessa instituição e, além disso, a dificuldade de nos estranharmos em relação às nossas próprias referências. “A esse respeito, tende-se a ser ainda mais etnocêntrico do que habitualmente se é, em outros assuntos, tão forte é a sua identificação com o que somos” (Sarti, 2005, p. 26).

4.3 ABANDONO AFETIVO: CARACTERÍSTICAS

A sociedade tem evoluído de forma bastante acelerada, fazendo com que surjam novos conflitos e interesses, principalmente no que diz respeito aos conflitos oriundos das relações

familiares. Não restam dúvidas de que é nas relações interpessoais e conseqüentemente na família, que ocorrem as maiores mudanças sociais e que existe no ordenamento jurídico alguma dificuldade em acompanhá-las, tendo em vista sua rápida transformação. Assim, em se tratando de avanços no campo de Direito de Família, já foi anteriormente citado neste trabalho o quanto se tem falado nos dias atuais sobre afetividade e afeto, e, como essas categorias entraram para o arcabouço jurídico. A Relações de afetividade não é um tema agradável de desenvolver, especialmente se nos extremos dessas relações estiverem pai e filho, em meio a um mar de omissões, descaso e irrefutável desprezo.

Percebe-se que as transformações da família em direção a um modelo pautado no afeto contribuíram de modo primordial para a concretude da proteção dos integrantes mais vulneráveis que a compõem – as crianças e os adolescentes. O ordenamento jurídico brasileiro, com o fito de permitir o pleno desenvolvimento desses jovens no tecido familiar, instituiu um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, cujo fundamento está calcado na Doutrina da Proteção Integral. A Doutrina da Proteção Integral, por sua vez, importa a aplicação das garantias fundamentais constitucionais às crianças e aos adolescentes que deixam de ser objetos para tornarem-se sujeitos especiais de direitos (art. 227, *caput*, da Constituição Federal). Trata-se de um novo modelo que serve como instrumento vinculante de todo o tecido infraconstitucional, impondo ao jurista compreender toda e qualquer situação concreta de acordo com o que o melhor interesse da criança e do adolescente recomendar. (FARIAS, 2010)

O assunto é delicado por envolver não somente direitos e deveres, mas questões morais e éticas que habitam (ou deveriam habitar) o consciente e o inconsciente de cada ser humano, sem que, para isto, haja necessidade de provocação da parte sucumbente, qual seja a prole. Como ficou evidenciado nesta pesquisa, os pais têm o dever de sustento, cuidado e zelo da prole, mas, não obstante a previsão de deveres objetivos e subjetivos (CF, art. 227, *caput*), claro é que muitos lares são compostos de famílias monoparentais. Tal situação atrai um dever de provimento das mais básicas necessidades de crianças e adolescentes, muitas vezes, suportadas por apenas um dos pais. Sabe-se que, com a instituição do divórcio, na década de 1970, muitos ex-casais adotaram o entendimento de que a ruptura familiar ensejava também o rompimento dos laços com a prole, o que era corroborado pelo instituto da guarda exclusiva, em que o genitor – normalmente o pai – dela desprovido, ignorava o fato de que existia uma prole que precisava de sua atenção. Ainda hoje encontram-se situações que remetem a um

descaso do genitor não-guardião em relação aos filhos. Pais que decidem pôr termo ao relacionamento afetivo acabam por estender essa decisão aos filhos, acarretando-lhes inconvenientes de cunho psicológico que, a depender da estrutura familiar estabelecida em torno do genitor guardião – a família extensiva, avós, tios, padrinhos, etc. – podem acarretar um trauma oriundo da constatação do abandono.

Ser criado sem pai nem sempre representa um trauma, especialmente no contexto da necessidade material ou a depender da qualidade da relação, uma vez que, existem pessoas cuja companhia é intolerável, até mesmo para um filho. Existem situações em que o genitor não-guardião possui um comportamento indesejável e por isso mesmo se mostra inapto a ter o filho em sua companhia. O cerne da questão é o filho deparar-se com o fato de que o pai está vivo e exerce a rejeição por livre e espontânea vontade, somente ofertando alimentos por decisão judicial. Tal atitude pode deixar impresso em seu caráter a mácula do desprezo, como vem entendendo alguns magistrados e doutrinadores. Porém, o Superior Tribunal de Justiça tem proferido decisão refutando o cabimento de responsabilidade civil na espécie. Isso demonstra que ainda não há um amadurecimento na análise desse tipo de demanda, uma vez que, só recentemente, o judiciário brasileiro tem se debruçado sobre o cumprimento dos deveres paternos/maternos em famílias desunidas.

O abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. A depender do caso pode ser ainda pior. A carência material pode ser superada com a dedicação do genitor ao trabalho, com a ajuda dos familiares; a de afeto, por sua vez, não, porquanto corrói princípios morais se estes não estão consolidados na personalidade da criança ou adolescente. Aliás, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226, *caput*), por ser notório que a desestruturação familiar conduz ao desequilíbrio emocional e social e, por conseguinte, pode gerar situações propensas a empurrar os entes familiares a verdadeiros abismos sociais – apesar de que essa desestruturação também pode ocorrer, e ocorre, nas famílias que se mantêm unidas. Todavia, não estão os pais obrigados a manter um relacionamento afetivo contra sua vontade. De fundamental importância é que mantenham o vínculo com a prole sob pena do menor em formação sofrer prejuízos irreparáveis do ponto de vista psicológico, social e de relacionamento.

O trauma decorrente do abandono afetivo parental pode ocorrer, assim como pode deixar impressa uma marca indelével no comportamento da criança ou adolescente, mas isso não é regra geral. As famílias monoparentais que existem por esse Brasil afora são prova de que

nem todo abandono resulta em trauma e que nem todo trauma constitui um pré-requisito para uma vida desregrada e marginal. Inúmeras são as formas de abandono moral e afetivo, já existentes. Certo, contudo, que novas modalidades serão criadas por quem cultiva a vingança pela falta de perspectivas na vida pessoal e é desprovido do senso de responsabilidade, dando origem a uma geração cujo desenvolvimento é orientado apenas por um dos genitores, ignorando o outro a existência do próprio filho.

Criança abandonada não é somente aquela que vive nas ruas, aquelas são abandonadas por todos nós enquanto sociedade. O prejuízo causado pelo abandono afetivo também pode ser mensurado por quem habita os lares pobres e necessitados, pois nesses lares é comum a constatação de uma realidade em que o abandono é geral e é aí que pode ser observado como vivem algumas crianças que não vão poder exigir indenização por abandono afetivo, mas, também, não necessariamente terão uma vida marginalizada. A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. Para Costa (2008), porém, “[...] a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista.” A autora defende que o paradigma da família de cunho patrimonialista deve ser rompido para que juridicamente se consolide a ideia de que o afeto “representa o elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana”, enfim de toda e qualquer criança, esteja ela em que lar estiver.

Quando se é conhecida a existência da prole pelo pai ausente, e ele, mesmo diante desse fato, abstém-se de manter contato com ela, fica aí caracterizado o abandono, uma vez que presente está outro aspecto pertinente à configuração do abandono afetivo que é o do descumprimento dos deveres advindos da responsabilidade parental. Tal aspecto diz respeito primordialmente ao conceito de filiação, porque somente os pais podem descumprir os deveres decorrentes do poder familiar, uma vez que eles são os únicos que detêm a titularidade e o exercício desse poder, conforme já anteriormente apreciado neste trabalho.

Anderson Schreiber (2007) sustenta que compete aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22, do ECA) e, mais especificamente, o dever de dirigir-lhes a criação e educação (inciso I do art. 1.634, do Código Civil de 2002). Esses deveres, portanto, não podem ser compreendidos em uma esfera exclusivamente patrimonial, ou seja, não são eles deveres que se limitam apenas na obrigação de arcar com os custos da criação

filial, mais e principalmente, são deveres que, vão além, englobando, pela própria dicção legal, os aspectos existenciais de criar e educar.

O autor citado declara que o interesse por trás da demanda de abandono afetivo não é, como muitas vezes se diz equivocadamente, um interesse construído sobre a violação de um dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse fundado no dever normativo expresso dos pais educarem e criarem seus filhos e, portanto, merecedor de tutela. (SCHREIBER, 2007, p. 174)

Lôbo (2010), seguindo a mesma orientação narrada acima, explica que o abandono afetivo nada mais é que o inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade, abreviando-os em deveres de sustento, guarda e educação. Sendo certo que o dever de sustento não se limita à obrigação de prestar alimentos, conforme explica Yussef Said Cahali (2005) que, enquanto a obrigação alimentícia pressupõe o binômio necessidade/possibilidade e decorre de uma relação de parentesco, o dever de sustento, relativamente aos filhos menores e submetidos ao poder familiar, implica uma obrigação genérica e ampla de assistência, representada pelo dever de criar e sustentar a prole, cujo cumprimento não se encontra restrito à necessidade dos filhos ou à possibilidade econômica dos pais.

O fenômeno do abandono afetivo é geralmente detectado nas hipóteses de separação dos pais, em que o genitor não-guardião se abstém em cumprir os deveres discorridos acima. Hironaka (2002) defende que pode ocorrer a hipótese de um pedido indenizatório ser pleiteado em face de um pai ou de uma mãe fisicamente presente, mas que não tenha cumprido, a contento, os seus deveres. O mau desempenho desses deveres pode acarretar danos à formação sócio-psíquico-cultural da criança. A autora mencionada apregoa que, nas últimas décadas, o que se tem visto é uma tentativa de se transferir à escola, por exemplo, o dever de educação das crianças, quando a essas instituições incumbe tão somente o dever de instrução e formação intelectual. Claudete Carvalho Canezin (2006) entende que deve haver por parte dos pais uma atenção especial em relação aos filhos, ou seja, existe uma necessidade de demonstração de carinho e afeto dos pais em relação aos filhos. Explica que deve haver um respeito paterno/materno em relação à dignidade desse ser, que apesar de pequenino, merece ser tratado com carinho. Observa-se que os pais omissos não conversam com seus filhos, não se interessam pelo desempenho escolar da criança, nem reservam um tempo para brincar com esses jovens. Na grande maioria dos casos de abandono afetivo, o pai/mãe já apresentava um comportamento de descaso e desatenção em relação à prole.

Como um dos maiores problemas da guarda exclusiva, aponta-se a falta de obrigatoriedade da visitação do filho pelo genitor que não detém a guarda. Assim, pode ele recusar-se a receber ou visitar a criança, por falta de cominação legal. Segundo bem colocou Arnaldo Rizzardo em sua obra *Direito de Família*:

Existem pais que simplesmente se afastam dos filhos, de modo gradativo e persistente. Não se encontra um meio jurídico para obrigar o pai ou a mãe que não tem a guarda a buscar o filho, a visitá-lo. É que a visita aos filhos constitui um direito e não um dever, dentro do âmbito jurídico. Trata-se de uma faculdade, não se encontrando no direito positivo amparo para obrigar o progenitor omissivo a ter os filhos consigo. De modo que aquele que exerce a guarda não se reveste de amparo legal para obrigar a visita, mas tão-somente para pleitear alimentos ou a assistência econômica. Apenas a falta desta aspiração natural importa em destituição do poder familiar. (RIZZARDO, 2002, p. 268)

Examinar o abandono afetivo sob o ponto de vista do descumprimento ou do não cumprimento pleno dos deveres decorrentes do poder familiar significa conferir uma primazia interpretativa ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esse descumprimento que trata do aspecto mais íntimo, que é dar amor, carinho ou uma atenção mais especial, é um descumprimento que extrapola o âmbito da família desunida, faz parte de uma ética pessoal, daquele que não sabe dar amor aos filhos, talvez aos amigos ou outros familiares. O pai/mãe que, ao se separar, não cumpre com essa parte de suas obrigações parentais, precisa ser conscientizado, educado, para, no mínimo, ver com certo cuidado aquele ser em formação, pois ninguém ensina alguém a amar.

É imprescindível que a rede de proteção dos direitos dos menores, composta pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, como também pela sociedade e pela família, sintonize-se na frequência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Como existe previsão legal da perda do poder familiar de pais faltosos, nosso entendimento é que, uma vez esgotadas todas as tentativas de reabilitação de um pai/mãe abandonico, deve a medida ser aplicada, por se entender como a melhor solução para o fenômeno social em debate, sendo essa sanção considerada como a pena civil mais grave a ser conferida a um pai.

A configuração do abandono afetivo exige uma apreciação acurada por parte dos operadores do direito, os juízes, médicos, psicólogos, mediadores familiares e todos aqueles que lidam com esse pequeno público. Não se pode medir esforços na luta pela defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, pois um filho que tenha um mínimo de atenção e cuidado, que

possa manter um convívio saudável em sua comunidade social e que possa ter uma relação harmônica com seus genitores, possuirá mais condições de se tornar um adulto mais completo. A violação aos direitos de um jovem pode ser interpretada como um prejuízo à sociedade e para a família.

4.4. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Ao que tudo indica, o afeto passou a ser tutelado pelo Estado como um bem jurídico. Os doutrinadores que apoiam a responsabilização civil por abandono afetivo fundamentam seus argumentos nos princípios elencados na Constituição Federal de 1988, tais como, o da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade, do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e o da Paternidade Responsável. Através da aplicabilidade desses princípios, ainda que de forma implícita, a afetividade passa a ter grande relevância na determinação da atuação do Estado nas relações familiares. Ao reconhecer e proteger as relações familiares não originadas pelo casamento, ou seja, as constituídas pela união estável, as famílias monoparentais e as adotivas, a Constituição Federal de 1988 elege o afeto – no entendimento da grande maioria dos doutrinadores – como elemento formador, estruturador dessas relações.

A noção de direito encontra-se intimamente vinculada à noção de composição dos conflitos de interesses, visando ao atendimento das finalidades essenciais de justiça e segurança. TEPEDINO, (2008, p. 202) a esse propósito afirma: “a norma jurídica funciona, assim, a um só tempo, como dissipadora de divergências e como regra de conduta, servindo de parâmetros para o comportamento futuro da coletividade.”

Segundo Maria Helena Diniz (2010) encontra-se entre os doutrinadores alguma dificuldade em conceituar a responsabilidade civil em decorrência de sua maior abrangência e complexidade. A autora apresenta sua própria conceituação:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal. (DINIZ, 2010, p. 26).

Segundo entendimento dessa autora (DINIZ, 2011, p. 35) o escopo da responsabilidade seria restabelecer o equilíbrio violado pelo dano, buscando-se, sempre que possível, retornar ao status quo ante. Dessa forma aduz:

A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *status quo* ante. A responsabilidade civil constitui uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação de ressarcimento.

Nesse sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 2) ensinam que essa ideia se fundamenta no princípio fundamental da “proibição de ofender”, consagração da máxima *neminem laedere* – a ninguém se deve lesar. Esses autores conceituam o instituto como sendo “a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)” (GAGLIANO e PAMPLONA, 2006, p. 9).

Ou seja, a responsabilidade civil nasce a partir da violação de alguma norma jurídica protetora de direitos individuais, cuja consequência é um evento danoso, que deve ser devidamente reparado. Busca-se, inicialmente, retornar ao estado anterior, entretanto, se esse não for possível, haverá então a reparação. No caso específico da matéria estudada nesta pesquisa, ao responsabilizar civilmente o genitor que se distanciou de seu filho condenando-o ao pagamento de indenização, haveria aí a possibilidade de um retorno ao *status quo*? Ou seja, se restabeleceria o vínculo afetivo que foi interrompido?

Quanto à função, Maria Helena Diniz (2010, p. 35) entende ser dúplice: garantir a segurança jurídica da pessoa lesada com a devida compensação do dano, e servir como punição ao agente, desestimulando a prática de novos atos lesivos. Assim, são funções da responsabilidade: “a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos”.

Já Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p.19) alertam para o fato de que os termos sanção e pena não se confundirem, por ser aquele gênero e esta espécie. E, assim, entendem que a natureza jurídica da responsabilidade somente pode ser de sanção, tendo em vista que esta é a consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito

Quanto à função, tais autores entendem ter um sentido tríplice – “compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva”. (STOLZE e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 21) A primeira função tem como escopo a finalidade da reparação civil, qual seja, retornar ao estado anterior – com a reposição do bem perdido, ou com pagamento de *quantum* indenizatório, quando esta não for possível. A segunda função tem por finalidade punir o ofensor pela ausência de cautela na prática dos atos, buscando a não reincidência. Por fim, a última função, de cunho socioeducativo, é tornar público que tais condutas são intoleráveis.

Por fim, e não menos importante, cumpre demonstrar os elementos da responsabilidade civil, consagrados na doutrina como sendo a conduta, o dano e o nexo de causalidade. Há ainda, o elemento culpa/dolo, entretanto, não é pacífico na doutrina, tendo em vista que autores como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, em obra citada anteriormente, entendem não ser esse o elemento da responsabilidade civil por haver uma modalidade – responsabilidade civil objetiva – que prescinde de culpa.

De qualquer modo, para Carlos Roberto Gonçalves (2005), a conduta humana ou ação/omissão refere-se ao fato de que a responsabilidade ocorre quando qualquer pessoa, por ação ou omissão, vem a causar dano a outrem. O dolo é entendido como a vontade de cometer a uma violação de direito e a culpa, à falta de diligência. Esse elemento forma a base à responsabilidade subjetiva, na qual a vítima deve prová-lo. O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, ou seja, a condição *sine qua non* para ocorrência do evento danoso. Por fim, o dano é o prejuízo gerado para a vítima em decorrência do ato ilícito.

Nos ensinamentos de Cavaliere Filho (2010, p. 01), a responsabilidade civil designa o dever que alguém possui de reparar o prejuízo causado decorrente da violação de outro dever jurídico; em seguida, o autor sintetiza o conceito da seguinte forma: “a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”. Nesse sentido, existe um dever jurídico originário ou primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o dever de indenizar o prejuízo.

Aduz também neste sentido, Bernardo Castelo Branco (2006), ao definir especificamente o papel da responsabilidade jurídica, ou seja, a que decorre da aplicação da norma:

[...] o papel primordial do instituto reside no restabelecimento do equilíbrio rompido a partir de um determinado comportamento humano, capaz de gerar a lesão a um bem jurídico de outrem, contra o que se opõe o Direito,

impondo àquele que considera responsável a obrigação de entrega de uma contraprestação correspondente, que no campo do direito civil se dá ordinariamente sob a forma de indenização pecuniária.

Sendo, assim, pode-se perceber que a responsabilidade civil surgirá onde houver a ofensa a um dever jurídico e essa ofensa importe em dano a outrem. Em consequência, surge a obrigação de ressarcir ou reparar o dano causado injustamente ao outro.

O Código Civil de 2002 trata da obrigação de indenizar no art. 927:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

O ato ilícito é previsto no art. 186 do Código Civil, que define a sua ocorrência quando alguém comete ato (ação ou omissão) que viole o direito e cause dano a outra pessoa, por dolo, negligência ou imprudência, conforme texto legal:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Por fim, no estudo do abandono afetivo, importante se mostra o dano moral. Maria Helena Diniz (2010, p. 90) o conceitua como sendo “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”. Ademais, para a autora, a dor, angústia, desgosto, aflição espiritual, humilhação, entre outros, não são o dano moral em si, mas sua consequência, podendo afetar a pessoa lesada de forma variável em cada caso, devendo, portanto, ser devidamente avaliado.

Nesse sentido, a autora aponta para a problemática da indenização do dano moral, apresentando diversas objeções, dentre as quais se destaca “a impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral” (DINIZ, 2010, P. 95). Tal objeção é refutada pela ideia de que o lesado não pede um preço para sua dor, e sim busca apenas um consolo para atenuar as consequências do prejuízo sofrido. Dessa forma “A reparação pecuniária teria, no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitantemente, penal, visto ser encargo suportado por quem causou o dano moral” (DINIZ, 2010, p. 96).

Ademais, na mesma obra, é apresentada como objeção a “imoralidade da compensação da dor com dinheiro”, cuja ideia seria a de que a reparação “melindraria o senso moral médio”.

Todavia, tal ideia também é refutada, já que imoral seria deixar impune o ofensor. Assim, “a reparação pecuniária de um dano moral imposta ao culpado representa uma sanção justa para o causador do dano moral”. (DINIZ, 2010, p. 97)

Por fim, para essa autora, a natureza jurídica da reparação do dano moral seria dupla também, tendo como função:

a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição do seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências do seu ato por não serem reparáveis.;

b) satisfatória ou compensatória, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. (DINIZ, 2010, p. 109).

Nessa esteira, Youssef Cahali consagra que é mais razoável caracterizar o dano moral por seus próprios elementos, e não em contraposição ao dano patrimonial, como, segundo ele, tem feito a doutrina. Ou seja, geraria dano moral a privação dos bens de valor essencial na vida do homem, como a paz, a liberdade, a integridade, etc. E, portanto, seriam classificados nessa espécie de dano (CAHALI, 2005, p. 21).

O que afeta a “parte social do patrimônio moral” (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.). (CAHALI, 2005, p. 22).

Assim, para o autor, considera-se dano moral o que fere valores fundamentais inerentes à personalidade humana, não havendo uma forma exaustiva de enumerá-los. Entretanto, apresenta como evidências do dano:

[...] evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

Entendimento da doutrina familiarista:

Para Rolf Madaleno (2009), o filho tem necessidade e o pai tem o dever de o acolher social e afetivamente, posto que tal acolhimento é essencial ao seu desenvolvimento moral e psíquico. Assim, ao recusar-se a cumprir os deveres decorrentes da paternidade, “o pai age em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai” (MADALENO, 2009, p. 312).

Nesse sentido, o autor afirma que Fábio Bauab Boschi fundamenta a indenização pelo abandono moral na obrigação decorrente do dever de visita dos pais aos filhos e no exercício responsável da paternidade (ou maternidade), de acordo com o art. 226, §7º da CF. (MADALENO, 2009, p. 313).

Maria Berenice Dias (2005), seguindo o mesmo entendimento, afirma que decorrem deveres do poder familiar, dentre eles, o de convivência e que, quando a falta de convívio pode gerar sequelas, a omissão do pai gera dano moral passível de indenização. (DIAS, 2005, p. 405)

Paulo Lôbo, sem adentrar na natureza jurídica do abandono afetivo, entende que ele é caracterizado pelo inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade e que seu campo não é exclusivamente moral, já que o direito confere-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas. (Lôbo, 2008, p. 285).

Maria Isabel Pereira Costa destaca, primeiramente, que descumprir o dever de bem formar a personalidade da criança é desrespeitar a dignidade da pessoa humana e, portanto, violar a constituição. Ademais, explica que o ilícito civil é “fato lesivo voluntário, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, causando dano moral e decorrente de um nexo de causalidade” (COSTA, 2008, p. 60). Por fim, finaliza que, havendo dano no desenvolvimento da personalidade do filho, passível de tratamento terapêutico, a indenização deve ser suficiente para cobrir suas despesas; apenas em não sendo possível o tratamento é que a indenização deverá ser fixada em dinheiro.

Rodrigo da Cunha Pereira afirma que o exercício da paternidade é uma obrigação jurídica, estabelecida pela constituição federal, pelo código civil e pelo ECA e que, portanto, a indenização pelo abandono afetivo teria função reparatória e pedagógica. Além disso, o autor destaca que “Se a Suprema Corte disser que não há nenhuma sanção às regras e princípios jurídicos de que os pais são responsáveis pela criação e educação de seus filhos, e isto é dar

afeto, ele estará instalando e endossando a irresponsabilidade paterna” (Pereira, 2009). Ademais, em outro artigo denominado “Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo”, o autor enuncia que o ilícito, fato gerador da indenização, estaria no descumprimento do exercício do poder familiar, o que gera um dano aos direitos de personalidade da criança.

Destarte, ensina que o direito à convivência familiar previsto no texto constitucional requer não somente a convivência em si, mas a presença de afeto e afinidade:

Nesta conceituação legal se constata, além do pré-requisito da convivência do infante com os parentes próximos, a presença de liames de afinidade e de afetividade. Este último – o afeto – é o suporte de todo e qualquer relacionamento familiar. Todavia, dois significados podem ser entendidos na expressão “vínculo de afinidade”. Na primeira interpretação, de natureza legal, seria a relação existente entre a criança e os parentes dos cônjuges e dos companheiros de seus pais (art. 1595 do CC). Por outro lado, a afinidade existente entre a criança e seu familiar próximo, pode surgir independentemente do parentesco consanguíneo, desta relação afim ou do vínculo civil, mas ser oriunda de uma identidade de sentimentos, semelhanças no pensar e agir que tornam as pessoas unidas em razão do próprio conviver diário. Esta interpretação gramatical da relação de afinidade é, sem dúvida, a que mais se equaliza com a sistemática do ECA. De qualquer maneira, na falta dos pais ou quando estes não possam garantir o direito à convivência familiar, a busca pela família extensa de um infante deve estar pautada nestes dois aspectos da relação: a afinidade e o afeto, sob pena de se impor o convívio com pessoas estranhas ao infante. (MACIEL, 2010, pp. 74-75).

Operadores do Direito se deparam com essa questão, onde o afeto ou melhor, a falta dele, resultado da ausência de convivência, geram um dano moral e psicológico ao filho menor. Assim pergunta-se: pode o judiciário se imiscuir na família, exigindo afeto ou punindo a sua ausência? O pagamento pela falta de convivência e consequente dano psicológico restituiria ao filho o afeto perdido? Os doutrinadores se dividem. No entender do ilustre professor Paulo Lôbo, (2008, p. 284) a Carta Constitucional não restringe o cumprimento do dever apenas pela assistência material, mas também pela moral, diz ele:

“o art. 226 da CF não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. [...]. O abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade.

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações. [...] “assim, a afetividade é um dever

imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. [...]”. Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência. (LÔBO, 2008, p. 284).

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2008, p.) mesmo que não seja possível extrair o afeto desses pais deve o Estado usar de sua força punitiva, sancionadora, através da reparação pecuniária, pronunciando-se neste sentido:

“... como não é possível obrigar ninguém a dar afeto, a única sanção possível é a reparatória. Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno.”

Outra ferrenha defensora dessa teoria em que coloca o princípio da afetividade como a principal fundamentação das relações familiares ou das relações interpessoais, Dias (2007, p. 409) se posiciona também favorável à *indenização por abandono afetivo* destacando:

“a indenização por dano afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais de acordo com a atualidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares.”

Farias e Rosenthal (2009) corroboram com a tese da possibilidade de ocorrer na relação familiar atos caracterizados como ilícitos, o que acarretaria a incidência da responsabilidade civil no Direito de Família, conforme regras gerais dos art. 186 e 187 do Código Civil. Isso acarretaria como consequência “o dever de reparação de danos, além da possibilidade de adoção de medidas para a eliminação do dano (tutela específica, conforme balizamento do art. 461 do Código Civil)”. (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 74). Asseguram os autores que a obrigação de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrente da prática de um ato ilícito também incide no Direito de Família, embora por se tratar de tema polêmico, lança-se uma dúvida a respeito do alcance da ilicitude nas relações de família, conforme enunciada pelos próprios autores.

Sintetizando a polêmica, é possível afirmar que dúvida não há quanto à incidência das regras da responsabilidade civil nas relações familiares. A discussão, na verdade, cinge-se em saber se a violação de algum dever específico de Direito de Família, por si só, seria suficiente para ensejar o dever de indenizar que caracteriza a responsabilidade civil. (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 75).

Os doutrinadores se dividem: de um lado, temos os defensores de uma ampla caracterização da ilicitude nas relações familiares onde esses autores admitem que haja uma ampliação da responsabilização civil no âmbito das relações familiares. Defendem que a indenização seria devida tanto nos casos gerais de ilicitude, conforme modelo definido nos arts. 186 e 187 do C.C., como também nos casos específicos, decorrentes da violação de deveres familiares concretos (Papa dos Santos, 1999, p. 153-175; Carvalho Neto, 2002, pp. 253-284). Do outro lado, há um percentual significativo de juristas que entendem ser a aplicação da responsabilidade civil no Direito de família somente nos casos em que se caracterizar um ato ilícito, em consonância com a previsão legal genérica. Ou seja, entendem que a responsabilidade civil no seio familiar estaria associada, necessariamente, ao conceito geral de ilicitude, não havendo dever de indenizar sem a caracterização da cláusula geral de ilicitude (arts 186 e 187, CC). (TEPEDINO; 1999, pp. 367-388; AMARANTE, 1998, pp. 35 e ss. *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 75).

Para esses autores a violação pura e simples de determinado dever jurídico por si só não seria suficiente para caracterizar o dever de indenizar, sendo eles também adeptos da segunda corrente. Conforme declarado:

Pois bem, a melhor solução parece sinalizar no sentido de que a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar *não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar*, dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família da efetiva prática de um ato ilícito, nos moldes dos arts. 186 e 187 do código Civil.

A aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 76).

Dessa forma, seria correto concluir que a pura e simples violação de afeto não ensejaria um pedido de indenização por dano moral. Esse pedido somente teria respaldo jurídico diante de uma determinada conduta caracterizada como ilícita, sendo, portanto, possível indenizar os danos morais e materiais que dela decorressem. O afeto, o carinho, o amor, são sentimentos naturais do ser humano, pertencem à seara do íntimo, do subjetivo, eles estão encetados em valores morais e, portanto, fora do alcance da esfera jurídica. São sentimentos expressos e dedicados a outrem de forma espontânea, mesmo que sua expressividade se manifeste dentro de uma conduta exigida juridicamente – como no exercício do Poder Familiar – porém, sua dimensão não pode ser exigida juridicamente. Reconhecer a indenização decorrente da

negativa de afeto levaria a uma autêntica patrimonialização de algo que está fora da esfera econômica dada as suas características. As peculiaridades próprias do vínculo familiar não permitem incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, “exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito de Família”. Como bem pontuado por Farias e Rosenvald, (2009, p. 77).

A simples violação de um dever decorrente de norma de família (como dever de afeto) não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Nessa trilha, a eventual negativa de afeto [...] isoladamente, não são suficientes para gerar danos indenizáveis.

[...]

Exatamente por isso, a aplicação das regras da responsabilidade civil, inclusive a teoria da perda de uma chance, na seara familiar depende da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 76)

O que o autor propõe pensar aqui? Na trilha da interpretação aqui proposta, pode-se crer que não seria razoável afirmar que a negativa de afeto entre pai e filho, bem como entre os cônjuges implicaria indenização por dano moral. Na ocorrência da falta de afeto, cuidado ou atenção, existem outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentícia. O que seria descabido seria a obrigação de reparar um pretense dano moral. Assim, acredita-se que podem ser aplicados os remédios jurídicos disponibilizados pelo Direito de Família em caso da falta de cuidado e zelo por parte dos pais, estejam eles convivendo ou não com a prole. Tal indenização só deslocaria a posição dos agentes envolvidos da posição de pai e filho para a de credor e devedor, tirando assim, uma possível chance de reencontro, de restabelecimento de um vínculo que porventura existiu e foi rompido. Até porque, existe a hipótese plausível desse vínculo nunca ter existido, e não será uma ação indenizatória que irá incitá-lo.

O presente trabalho não se propõe a negar que o afeto, o amor, o cuidado e a atenção sejam importantes para que toda e qualquer pessoa se relacione, e viva com plenitude, seja em família, ou em outras relações de sua vida social; que a criança é carecedora de cuidados especiais para que seu desenvolvimento se realize de forma a trazer-lhe as bases de uma formação sólida e satisfatória. O que fica aqui proposto é uma reflexão acerca da interferência do Estado que, ao imiscuir-se no âmbito familiar, na seara da família, corre o risco de desvirtuar as peculiaridades próprias do vínculo familiar, além de melindrar o princípio constitucional da Liberdade individual. A ciência jurídica passa por um avanço

epistemológico de grande porte e concorrer com uma patrimonialização do afeto seria retroceder a um estágio em que na sociedade valha a propriedade, o bem, o material e isso destruiria os fundamentos que alicerçam o princípio jurídico da Dignidade da Pessoa Humana.

Capítulo 5

A INTERFERÊNCIA ESTATAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Volta e meia, juízes e tribunais têm se deparado com demandas buscando atribuir um valor pecuniário à negligência do afeto em postulações fundadas no fundamental princípio da dignidade humana e no valor “supremo” da paternidade responsável, cumprindo o preceito legal de atender prioritariamente ao princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, pois, como já dito anteriormente, trata-se do dever primordial da família, da sociedade e do Estado colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, crueldade ou opressão.

A omissão injustificada de qualquer dos pais no provimento das necessidades físicas e emocionais dos filhos, tem propiciado o sentimento jurisprudencial e doutrinário de proteção e de reparo ao dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade do menor. Para Eduardo Oliveira Leite, “o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social constituem pontos de referência no interesse do menor.” (LEITE, 1997, p. 197).

Assim também é o pensamento de Rolf Madaleno:

Aliás, mostram a lógica e o bom senso que a criança e o adolescente precisam ser nutridos do afeto de seus pais, representado pela proximidade física e emocional, cujos valores são fundamentais para o suporte psíquico e para a futura inserção social dos filhos. Pouco importa sejam os vínculos de ordem genética, civil ou socioafetiva, pois têm os pais a obrigação de exercerem a sua função parental, essencial à formação moral e intelectual de sua prole [...]” (MADALENO, 2007, p. 113).

De fato, é uníssono o entendimento de que a criança e o adolescente necessitam de amplo amparo para ter um desenvolvimento pleno e satisfatório. Para alguns doutrinadores, não se está mais diante da família patriarcal cujo poder do pai era exercido acima do bem e do mal cuja função era meramente provedora, agora diante da nova concepção da família deve os pais proverem seus filhos “com muito mais carinho do que dinheiro, de bens e de vantagens patrimoniais” (MADALENO, 1997, p. 124). Completando o autor:

Têm os pais o dever expresso e a responsabilidade de obedecerem às determinações judiciais ordenadas no interesse do menor, como disto é

exemplo o dever de convivência em visitação, que há muito deixou de ser mera faculdade do genitor não-guardião, causando irreparáveis prejuízos de ordem moral e psicológica à prole, a irracional omissão dos pais.” (MADALENO, 1997, p. 124).

Finalmente, a Constituição da República de 1988, vigente até os dias atuais, tratou da família de forma mais efetiva, impulsionada pelas modificações no contexto político, econômico e social do país, que veio sofrendo alterações posteriores significativas para o assunto em questão, estabelecendo um capítulo dedicado à Família, criança, adolescente e idoso, assegurando a proteção especial do Estado, passando a não mais distinguir a origem da filiação, dando grande importância à dignidade da pessoa humana.

Neste momento, opera-se o fenômeno da *constitucionalização* do Direito Civil, responsável, entre outros efeitos, pela interferência direta de princípios (normas jurídicas) ali estampados no âmbito das relações privadas, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade material, das funções sociais do contrato e da propriedade, da boa-fé objetiva etc.

“Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.” (LÔBO, 1999, p. 100)

Nas palavras de Canotilho (2003, p. 309), isso constitui “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu conhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. Corolário deste fenômeno é o movimento de “*despatrimonialização* ou *repersonalização* do Direito Civil, já que os institutos civilistas passam a ser funcionalizados, voltados sempre à satisfação dos interesses do indivíduo enquanto verdadeiro ser humano.”. (ALVES, 2010, p. 2).

No entanto, considera-se que muitos pais, por vários e diferenciados motivos, sejam eles de cunho econômico, emocional ou moral, por falta inclusive de afeto para com seus filhos, frustram a prestação da assistência moral, recaindo assim no chamado abandono afetivo. Aqui, surge uma instigante questão acerca desse tema: o descumprimento do dever de assistência moral poderia implicar em indenização por dano moral devida ao filho? E, deve o Estado intervir na seara subjetiva da família, obrigando o pai a ter afeto pelo filho, tratando o afeto como categoria jurídica?

Essas questões vêm suscitando grandes debates na doutrina e na jurisprudência, cindindo as opiniões que se opõem diametralmente entre aqueles que admitem a indenização por abandono afetivo do filho e os que negam esta possibilidade. Acredita-se que as peculiaridades próprias do vínculo afetivo familiar não admitem a incidência pura e simples da responsabilidade civil, não admitindo, assim, que a pura violação do dever de dar afeto enseje uma indenização por dano moral. Até porque o afeto, o amor, o carinho pertencem à esfera dos sentimentos, possuindo um “caráter de extrema subjetividade, constituindo o que há de mais subjetivo no sujeito; sua capacidade de revelar o Princípio infinito da realidade” (ABBAGNANO, 2003 *apud* ANGELUCI, 2006). Tais sentimentos são dedicados a outrem por absoluta vontade individual, e não como resultado da imposição jurídica. Assim sendo, não pertence o afeto à esfera jurídica, e sua patrimonialização não garante a ocorrência do mesmo e ainda que ocorresse, provavelmente, dado à falta de espontaneidade que lhe caracterizaria, estragaria a sua qualidade.

São situações atinentes aos aspectos amorosos, sexuais, religiosos, emocionais, etc., de uma pessoa, aquilo que diz respeito ao seu mundo subjetivo. Segundo Farias (2010), não resta nenhuma dúvida de que um dos campos mais férteis para vislumbrar a necessidade de proteção da privacidade diz respeito às relações familiares:

Aliás, a família é o mais *privado* de todos os espaços do Direito Civil. Com isso, forçoso é reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade. (FARIAS, 2010, p. 22).

A intervenção do Estado é o principal emblema da crise na qual se viu envolvido o modelo liberal clássico e que perdura, em alguns países ocidentais, até hoje. A sua crise, provavelmente, representou e representa os primeiros passos para a concepção de uma nova forma de organização político-jurídica para a sociedade contemporânea, diferente do Estado.

A intervenção do Estado é resultado, portanto, de uma doutrina que representou a reação contra o liberalismo ortodoxo e que passou a admitir a participação direta e efetiva dos órgãos estatais para a efetivação de políticas econômicas e sociais destinadas a garantir iguais oportunidades a todos os cidadãos, tendo sofrido muitas variações durante os três últimos quartos do Século XX. Mudou-se, assim, a feição do Estado Liberal burguês, como escreve Canotilho (2003), ao afirmar que foi

“uma evolução na compreensão das relações entre Estado de Direito e Estado Social que se pode detectar naqueles autores que procuram interpretar as novas realidades do Estado intervencionista mediante a afinação do sistema conceitual liberal.” (CANOTILHO, 2003, p. 393)

Num primeiro momento, a evolução nas discussões doutrinárias sobre as relações entre Estado de Direito e Estado Social pode ser observada em autores que procuraram justificar a intervenção do Estado como uma forma de atualização do Estado Liberal. O caminho percorrido foi aquele que passou a defender que a regulação e intervenção do Estado eram adequadas enquanto representassem a prestação de serviços públicos essenciais e a manutenção de empresas públicas destinadas a movimentar a engrenagem capitalista e a fortalecer o mercado.

Nessa linha de pensamento e considerando que o indivíduo ficaria dependente das prestações do Estado, o problema principal seria garantir que o Estado não passasse para uma posição arbitrária na gestão dos serviços sociais e na sua intervenção na economia. Foi assim que as teses da reserva legal e o regime democrático passaram a ser essenciais ao controle da atividade estatal.

Dessa posição derivou-se aquela mais avançada, que considerou o Estado Social de Direito, ou o Estado de Bem-Estar de Direito, estabelecendo, assim, uma posição adequada para as sociedades que surgiam. Essas sociedades passaram a exigir uma crescente intervenção do Estado. A ideia de que um mínimo de Estado corresponderia a um máximo de liberdade restou ultrapassada ou superada. Bonavides (1995) afirma que “sem Estado social e sem Constituição, não há como criar a ordem econômica e social de uma democracia pluralista, mormente na sociedade de massa do século XX” (BONAVIDES, 1995, p. 225).

A partir daí, o Estado de Bem-Estar, de caráter interventivo, passou a representar mais convenientemente o Estado de Direito porque passou a estar intimamente ligado à condição social do indivíduo. Não seriam livres os homens que não tivessem as mínimas possibilidades sociais. Houve uma espécie de substituição no conceito de liberdade, com a propriedade sendo substituída pelo Bem-Estar como condição para que o indivíduo fosse livre. Canotilho (2003) escreve que

“aponta-se para um equilíbrio entre os dois conceitos – Estado de Direito e Estado Social –, pois a liberdade é inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social, e, por outro lado, o progresso social, o desenvolvimento econômico e a proteção das classes mais desfavorecidas

deve fundar-se no respeito pelo Estado de direito constitucional.” (CANOTILHO, 2003, p. 394).

Foi a partir do surgimento do Estado Constitucional que os objetivos fundamentais dos textos constitucionais têm sido alvo da regulação do poder político e da garantia da liberdade dos cidadãos frente a este poder. Por isso, até pouco tempo atrás, passou a existir expressamente nas cartas constitucionais a prevenção da intervenção do Estado na ordem econômica estabelecida para a sociedade. Fazendo referência a isso, aduz Bonavides (1996) que “sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de intervenção no econômico e no social” (BONAVIDES, 1996, p. 41).

Para Foucault (1995, p. 244), “o exercício do poder consiste em ‘conduzir condutas’ e em ordenar a probabilidade. O poder, no fundo, é menos da ordem do afrontamento entre dois adversários ou do vínculo de um com relação ao outro, do que da ordem do ‘governo’.” O autor atribui ao governo o significado mais amplo que possuía no século XVI, quando esse termo não se referia apenas ao Estado, mas a diversas formas de organizar a atuação de grupos variados: as crianças, as famílias, os doentes, as almas.

“Governar, neste sentido, é estruturar o eventual campo de ação dos outros. O modo de relação próprio ao poder não deveria, portanto, ser buscado do lado da violência e da luta, nem do contrato e da aliança voluntária (que não podem ser mais do que instrumentos); porém do lado deste modo de ação singular – nem guerreiro nem jurídico – que é o governo”. (Foucault, 1995, p. 244).

O exercício do poder requer, portanto, formas de saber. Assim, conforme afirma Foucault, nos séculos XVI e XVII, a arte de governo começa a estruturar-se em torno de uma “razão de estado”, que se fundamenta no conhecimento racional sobre o funcionamento do próprio estado e de seus componentes: “O Estado se governa segundo as regras racionais que lhe são próprias, que não se deduzem nem das leis naturais ou divinas, nem dos preceitos da sabedoria ou da prudência; o Estado, como a natureza, tem sua racionalidade própria, ainda que de outro tipo.” (FOUCALT, 1996, p. 286).

Havia, assim, uma estreita ligação entre a intervenção estatal e o sistema econômico de cada momento, mesmo não havendo previsão constitucional explícita, tal previsão só passou a ocorrer no começo do século XX, em aspectos relevantes da vida econômica.

O desenvolvimento econômico e o processo de industrialização observados ao longo do Século XIX na Europa e nos Estados Unidos tornaram evidente a necessidade de intervenção dos poderes públicos nos domínios econômico e social, apesar da ausência de previsões constitucionais neste sentido. Como muito bem assinalam Streck e Bolzan de Moraes (2000) quando abordam o surgimento do intervencionismo estatal,

Evidentemente que isto trouxe reflexos que se expressaram nos movimentos socialistas e em uma mudança de atitude por parte do poder público, que vai se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privada, o que se dá por uma lado para mitigar as consequências nefastas e por outro para garantir a continuidade do mercado ameaçado pelo capitalismo financeiro [...]” (STRECK e MORAIS, 2000, p. 59)

Foi com o advento da industrialização que surgiu amplos setores sociais que reclamavam melhores condições de vida, e isso passou a gerar conflitos sociais cada vez mais significativos. O Estado foi instado a prover políticas de criação de infraestruturas e de estímulo econômico no intuito de favorecer a expansão da indústria. A intervenção do Estado nos domínios econômico, social e cultural, prevista nas constituições do Século XX, corresponde a um movimento principalmente programático. É como escreve Bonavides: “a ordem econômica e social durante a primeira fase de aceitação positiva do princípio do Estado social nas Constituições do Século XX corresponde em grande parte a uma pauta programática.” (BONAVIDES, 1995, p. 226).

As demandas sociais e o fortalecimento das organizações dos setores sociais mais desfavorecidos, representados pelos partidos trabalhistas, socialistas e comunistas, alavancaram, após a I Guerra Mundial, o movimento pela efetiva constitucionalização de previsões interventivas do Estado na vida econômica e social. Como ensina Canotilho, “a via é insistir não na defesa do livre desenvolvimento da personalidade, ancorado na propriedade, contra as intervenções estaduais, mas definir os contornos do livre desenvolvimento da personalidade, assente nas próprias prestações estaduais.” (CANOTILHO, 2003, p. 393).

A Constituição brasileira de 1934, que teve vida curta, tendo sido revogada em 1937, seguindo esta tendência, estabelecia amplas disposições que possibilitavam a intervenção estatal. (PASOLD, 1988, p. 43). As constituições aprovadas no segundo pós- guerra passaram a admitir, expressamente, um relevante papel do Estado na configuração da ordem econômica e social. É como assinala Toshio Mukai,(1979) ao escrever que “a inserção do

Estado Social no Estado de Direito traduz um tempo que impõe ao Estado contemporâneo sua ingerência no domínio particular, isto é, no todo social. E isto fica claro se examinarmos algumas das mais expressivas constituições contemporâneas, como a da França de 1958 e a da Itália de 1947.” (MUKAI, 1979, p. 10).

A partir deste momento, a inclusão de cláusulas nos documentos constitucionais dedicadas a prever a ação interventora do Estado nos mais diversos aspectos da vida econômica e social converteu-se em uma característica comum a muitos países. Essas cláusulas concentram-se, principalmente, na regulação das relações entre os indivíduos. O exemplo mais atual é o dos códigos do consumidor, destinados a regular as relações privadas de consumo.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade dos direitos à liberdade, à igualdade e à vida, condiciona a interpretação das normas jurídicas à necessidade de se sacrificar ou restringir o menos possível os direitos fundamentais. Neste caso, tendo em vista o que reza o princípio da igualdade, não há possibilidade de se aniquilar direitos e garantias fundamentais sob a justificativa de se preservar “bem comum ou público” (FERRAJOLI, 2002, p. 194).

Sob outra orientação/discurso, Bahia leciona no seguinte sentido:

Paulo R. Schier complementa afirmando que os direitos fundamentais não podem ser vistos como concessões do Estado que, como um resto de direitos, podem ser deixados de lado diante de interesses mais nobres, isto é, estatais “ao contrário, os direitos fundamentais ‘privados’ somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles.” (BAHIA, 2009, p. 267).

Prevê o art. 1.513 do Código Civil em vigor que "É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família". Trata-se da consagração do princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 1999, p. 108):

Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do Direito de Família. A autonomia privada é muito bem conceituada por Daniel Sarmento *apud* Alves (2010) como o poder que a pessoa tem de autorregulamentar os próprios interesses.

Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do Direito de família [...].

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Quando escolhemos, na escalada do afeto, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente. (TARTUCE, 2008, p. 45 *apud* ALVES, 2010, p. 139).

A análise do art. 1.513 do Código Civil em vigor, é importante frisar que se deve ter muito cuidado na sua leitura. Isso porque, o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Entretanto, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas. Vale lembrar, também, que a Constituição Federal de 1988 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 227, § 7º, da CF/88).

São ações estatais que não ferem os princípios da liberdade ou da não intervenção. Além disso, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 227, § 8º, da CF/88). Tudo isso consagra o princípio da não intervenção. Mas vale lembrar que esse princípio deve ser lido e ponderado frente a outros princípios, caso do princípio do melhor interesse da criança.

Para Alves (2010), a autonomia privada é um dos princípios mais relevantes para o estudo do Direito Civil. Lembra que durante o Estado Liberal a autonomia privada passou a ser confundida com o conceito de autonomia da vontade, instituto este que incorporava valores típicos desta época, tal como o individualismo exacerbado (egocentrismo), igualdade formal, patrimonialismo, não intervenção do Estado no âmbito particular, principalmente na economia, passando a ser o fundamento único de constituição das relações jurídicas. Havia

associado à autonomia da vontade uma consagração do voluntarismo e o consensualismo ou subjetivismo que serviam de fonte necessária à formação das relações jurídicas privadas.

O negócio jurídico era o maior campo de aplicação da autonomia privada – era tratada como liberdade negocial – eram tratados como a materialização em concreto da autonomia privada, seu instrumento ou meio de realização, em face do caráter eminentemente patrimonialista das relações civilistas, ficando as relações patrimoniais reguladas pela normas de ordem pública, as chamadas normas cogentes. Essa interpretação da autonomia privada levou ao que Alves informa como uma divisão entre o direito público do direito privado:

Em razão do conceito de autonomia privada, com a consequente não-intervenção do Estado nas relações particulares, incrementava-se a secular *summa divisio*, pois o ente estatal atuava tão-somente nas relações públicas, sendo-lhe atribuído o dever de não interferir no livre exercício das partes (dever negativo ou de abstenção). (ALVES, 2010, p. 93).

No Direito de Família, a situação era a mesma, pois a família era patrimonializada e formalizada através do matrimônio e sendo a mesma definida como uma entidade de produção de riqueza, – família institucional – o Estado chamava para si a regulação das relações provenientes desta entidade, no intuito de reforçar o vínculo matrimonial e sua representatividade na esfera econômica do país. O Estado impunha às relações familiares as normas cogentes, ou seja, normas tidas como de ordem pública, o que dificultava a incidência da autonomia privada nessas relações. Ao longo do século XX, com o desenvolvimento do Estado Social e, principalmente, a partir da Constituição Federal de 1988, esse cenário mudou profundamente, dando início ao Estado Democrático de Direito.

Foi a partir daí que ocorreu a constitucionalização do Direito Civil, com a inserção direta dos princípios – normas jurídicas – no âmbito das relações privadas, estipulando direitos fundamentais que repercutiram direta e imediatamente nas relações jurídicas travadas entre particulares. Ao tratar de questões diretamente relacionadas com o indivíduo, a Constituição extrapola sua posição de Carta política para ter também o “caráter de norma informativa da vida humana”(ALVES, 2010, p. 92), ou seja, as normas relativas à vida privada passaram a ser formuladas também pela Constituição. Nas palavras de Lôbo (1999), acerca de tal fenômeno

“Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.” (LÔBO, 1999, p. 100).

Canotilho (2003, p. 309) constitui “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu conhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. Corolário desse fenômeno é o movimento de “*despatrimonialização* ou *repersonalização* do Direito Civil, já que os institutos civilistas passam a ser funcionalizados, voltados sempre à satisfação dos interesses do indivíduo enquanto verdadeiro ser humano.”. (ALVES, 2010, p. 2).

Tais mudanças serviram de arcabouço para que o exercício da autonomia privada ficasse mais restrito, condicionando-se a valores sociais ou de respeito a terceiros, e afastando-se, assim, do conceito de autonomia da vontade para tornar-se um instituto com maior objetividade e assim, vinculando-se a valores mais relevantes do ordenamento jurídico . Dessa forma, há uma definição deste instituto que para se afirmar nesse novo cenário teve que ganhar roupagem nova. Por conta disso, a separação entre o direito público e o privado – *summa divisio* – relativizou-se dando espaço para uma nítida simbiose entre estes dois ramos.

A Constituição Federal de 1988 provoca profunda mudança: 1. não só por causa da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, fazendo com que a autonomia privada pudesse ser aplicada também nas relações extrapatrimoniais, para que, dessa forma, ela perdesse a sua conotação exclusivamente patrimonial; 2. mas, e principalmente, pelo novo perfil da família desenhada pela Constituição, que permitiu que ela se tornasse uma instituição democrática, vocacionada para a realização da felicidade de seus integrantes, “com a implementação da sua dignidade e com a realização dos seus direitos fundamentais, motivos pelo qual ela deixa de ser uma entidade estatal e ganha contornos de entidade social (célula básica da sociedade), o que autoriza o exercício da autonomia privada em seu âmago.” (ALVES, 2010, p. 136).

Em virtude dessa mudança de paradigma da família, abalizada doutrina sustenta atualmente a existência do *princípio da intervenção mínima* do Estado na entidade familiar, princípio este que ganha corpo a partir da consagração expressa no Código Civil de 2002, mais precisamente no art. 1.513. Nos termos do apontado princípio, o Estado somente deveria interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção pessoal de cada um dos seus membros. [...] Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando as suas normas implicarem uma verdadeira melhoria na situação pessoal dos componentes da família. (ALVES, 2010, p. 3)

Na medida em que a família se desinstitucionaliza para o Direito, passando a não mais ter relevância enquanto instituição, passando a dignidade humana a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada um de seus membros. Para Alves (2010), é nesse sentido

que ganha destaque o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988, que reconhece a família como a base da sociedade e não do Estado, fato que a faz merecedora da especial proteção (e não monopólio) do Estado. Sobre este enunciado constitucional, o autor traz os esclarecimentos de Pereira (2006):

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado. (PEREIRA, 2006, p. 158, *apud* ALVES, 2010, p. 137).

A atual família deixa assim de ser institucional, passando a ser democrática, plural, passando a ser encarada como uma comunidade de afeto e de entreajuda. Trata-se de família instrumental, ou seja, ela serve de instrumento para a realização pessoal de cada um dos seus integrantes, servindo de *locus* de desenvolvimento da dignidade humana, uma vez que o afeto “[...] talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana” (TARTUCE, 2008, p. 47). E sendo a família, portanto, sedimentada em bases afetivas, não resta dúvidas que a incidência da autonomia privada em suas relações deve ser uma regra geral, o que restringiria a interferência do Estado em seu âmbito, conforme afirma Alves:

Por consequência, o Estado apenas estaria autorizado a intervir no âmbito da família quando viesse implementar direitos fundamentais da pessoa humana, como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc. A título de ilustração, é o que ocorre nas hipóteses de imposição do dever de alimentar entre os membros de uma família (em respeito ao princípio da solidariedade familiar) e de proteção integral conferida à criança e ao adolescente. (ALVES, 2010, p. 3)

É o núcleo familiar a menor e mais íntima célula social, mas também o mais importante agrupamento de pessoas que têm entre si uma pretensão de estabelecer uma relação afetiva e de solidariedade, passando o reconhecimento do afeto a ter “o condão de definitivamente permitir o exercício da autonomia privada por parte dos componentes da família” (ALVES, 2010, p. 139) Tão importantes são os laços de afetividade que unem os familiares que a lei lhes atribui valor e eficácia jurídica. Para Alves (2009, p.138), a parentalidade socioafetiva também representa a concretização da relação estabelecida entre o afeto e a autonomia

privada, chegando mesmo o autor a inferir, que somente pode-se reconhecer a existência desta entidade, quando tal elemento estiver presente, havendo assim no seu entender uma “liberdade de formação” – se presente o afeto – ou numa “liberdade de extinção” – quando ausente o afeto.

Tais assertivas demonstram que há uma grande possibilidade de aplicação da autonomia privada nas relações familiares e, portanto, consolida-se a colocação do Direito de Família como modalidades de Direito Privado. E sendo a família considerada a célula básica da sociedade, merece ela especial proteção do Estado, permitindo assim a intervenção do Estado por meio da edição de normas cogentes neste âmbito. Porém, segundo Alves (2009, p. 140), “normas desta espécie não devem prevalecer no âmbito familiar, ou pelo menos não devem restringir a autonomia privada,” por se entender o indivíduo como o centro da família e, por conseguinte, da sociedade e não mais um elemento a serviço da produção.

Ainda falando sobre a autonomia privada no âmbito das relações familiares, Alves (2010) questiona: “o reconhecimento da autonomia privada nas relações familiares impede a intervenção estatal nesta seara? Em caso negativo, quando é recomendável a interferência estatal no âmbito familiar? Há um critério seguro para resposta a esses questionamentos?” (ALVES, 2010, p. 141). O autor constrói sua argumentação colocando que a família moderna, por ser aberta, plural e democrática e por ter a promoção da dignidade dos seus membros como missão principal, permite que se afirme que a incidência da autonomia privada em seu âmbito deva ser regra geral. Isto significa também, como regra geral, que “o Estado não deve ingerir, no âmbito familiar, devendo ser reservado espaço íntimo para que seus próprios componentes, por meio do afeto, busquem a felicidade própria, desenvolvam a sua personalidade, e, por consequência, fomentem a satisfação uns dos outros.” (ALVES, 2010, p. 141). Lembrando ele ainda que a família de hoje – calcada sobre bases afetivas – é mais uma “entidade de fato do que uma instituição jurídica de monopólio do Estado” (ALVES, 2010, p. 142). Busca o autor reforço nas palavras de Lôbo (2008):

Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral” (LÔBO *apud* ALVES, 2010, p. 142).

Traz o autor ao nosso conhecimento que tais mudanças paradigmáticas na esfera do Direito de Família faz surgir um período de “*privatização do Estado e desinstitucionalização da família*”, (ALVES, 2010) e que conseqüentemente o fenômeno da *intervenção mínima do Estado* no âmbito do Direito de Família torna-se uma exigência, passando o mesmo a defini-lo:

[...] Por ele se entende que a intervenção do Estado nas relações familiares só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como ultima ratio, já que, como visto, deve prevalecer a regra geral da liberdade dos membros da família. (ALVES, 2010, p. 144)

Ao reconhecer o princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito de Família, o autor identifica um Direito de Família Mínimo, cujo conceito foi colhido do Direito Penal,³⁸ pois, para ele:

“um Direito de Família no qual deve prevalecer, como regra geral, o exercício da autonomia privada dos componentes de uma família, pois somente desta forma será possível efetivamente lhes garantir o implemento dos seus direitos fundamentais, o desenvolvimento da sua personalidade”. (ALVES, 2010, p. 144)

Dessa forma, a premissa do livre exercício do afeto na entidade familiar significa privilegiar os mais diversos direitos fundamentais dos cidadãos, atendendo, assim, ao verdadeiro objetivo não só da família, mas, em última instância, do Estado Democrático de Direito. Alves (dá um exemplo de como a autonomia privada no seio familiar pode ser exercida: “na liberdade de escolha e de extinção da entidade familiar, liberdade de aquisição e administração do patrimônio familiar, liberdade de planejamento familiar, liberdade de formação dos filhos, dentre outras” (ALVES, 2010, p. 144).

De acordo com o texto constitucional é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. O Estado, por sua vez, diante da importância que os menores têm dentro da família e para nossa sociedade, impõe aos pais a autoridade familiar, delegando a eles a

³⁸ Para o autor: “A expressão Direito de Família Mínimo é colhida do Direito Penal, seara na qual se presencia fenômeno semelhante, propugnando-se um Direito Penal Mínimo, uma vez que o Estado somente deve utilizar o Direito Penal para tutelar os bens mais caros à sociedade (fragmentariedade) e como *extrema* ou *ultima ratio* (intervenção mínima propriamente dita), ou seja, quando insuficiente a tutela promovida por outros instrumentos sociais, como a família, a coletividade, o Direito Administrativo, o Direito Civil, etc.” (ALVES, 2010, p. 144).

enorme responsabilidade de dirigir a criação e educação dos filhos, entre outras funções tão igualmente importantes.

O Estado brasileiro possui legitimidade para adentrar no interior da família, desde que seja com a perspectiva de defender sumariamente as crianças e adolescentes que ali habitam, ocorrendo, nesta oportunidade, fiscalização quanto ao adimplemento dos encargos que a filiação estabeleceu e que, de acordo com o apurado no devido processo legal, poderá suspender ou até excluir o poder familiar (DIAS, 2009, p. 392). É o que ocorre nas hipóteses de proteção integral conferida à criança e ao adolescente por estarem em condições especiais de desenvolvimento. Tal imperativo está consubstanciado na nova lei de adoção – Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 – que consagrou expressamente o princípio da intervenção mínima do Estado, ao tratar dos princípios que regem a aplicação das medidas específicas de proteção aos menores, nos moldes do art. 100, parágrafo único, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, – Lei 8.069/90, nestes termos (BRASIL, 2009):

Art. 100. [...]

Parágrafo Único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

VII – intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos à proteção da criança e do adolescente [...].

Conforme referido anteriormente, há em nosso ordenamento jurídico, dispositivo legal consagrado expressamente à ideia de que, em regra, o Estado não está autorizado a intervir no seio familiar, consistindo isso em premissa básica do chamado *Direito de Família Mínimo*. Aqui é importante ressaltar que não deve haver confusão entre o dever da família para com os seus filhos menores e o dever do Estado no controle dessa relação. O Código Civil, em seu art. 1.513, retrata que é proibido a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão da vida instituída pela família, cabendo aos pais o controle sobre a família e os filhos devendo agir de forma digna e moral. Ao Estado, incumbe formular e executar a política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, em parceria com a sociedade, controlando a esfera negativa da atuação dos pais, tendo responsabilidade para agir quando os genitores não cumprirem o disposto em lei (Comel, 2003, p. 92).

Observa-se que o dispositivo chama a atenção para o fato de que não só o Estado, mas qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, está impedida de interferir na comunhão

de vida instituída pela família. Portanto, há uma proteção máxima da privacidade familiar, somente sendo aceitas exceções se a interferência feita pelo Estado ocorrer em tutela dos direitos fundamentais, e mesmo assim, havendo previsão expressa em lei, caso contrário “a liberdade afetiva ou, em outros termos, a comunhão plena de vida deve prevalecer [...]”(ALVES, 2010, p. 148).

Desse modo, o art. 1.513 do Código Civil de 2002 é de suma importância devendo seu conteúdo sempre servir de balizador para a solução de determinados casos concretos que se apresentam no âmbito do Direito de Família, pois o dispositivo legal reconhece expressamente o Direito de Família Mínimo “bem como para a interpretação de outros dispositivos legais que revelem um aparente conflito entre autonomia privada nas relações familiares e intervenção estatal [...]” (ALVES, 2010, p. 150).

A excessiva intervenção estatal, porém, é ilegítima, podendo gerar consequências desastrosas nas relações familiares e na criação dos filhos. Ao esvaziar a autoridade familiar, o Estado torna mais difícil ainda a função de disciplinar e exigir obediência dos filhos. O Estado deve ser atuante e efetivamente intervir no exercício da autoridade familiar da maneira como faz atualmente, apenas para fiscalizar e coibir eventuais abusos, mas não deve retirar a autoridade dos pais, sob pena de não conseguir conter os abusos eventualmente cometidos pelos próprios menores, demasiadamente protegidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de família pode circunscrever-se historicamente, mas as famílias enquanto realidade social transpõem o muro da história, do direito e das conceituações doutrinárias, pois suas formas de constituição são variáveis de acordo com o seu momento histórico, social e geográfico. Neste sentido é que se a considera o núcleo básico, fundante e estruturante do sujeito. Fundante porque ninguém nasce a não ser dentro de uma estrutura familiar, qualquer que seja; estruturante, uma vez que é através dela que o sujeito poderá formar a sua personalidade e estabelecer uma relação com o social, tendo-a como sua referência. Por isso, deve-se entender a importância que a família tem para a formação da pessoa enquanto sujeito social e de direitos, não importando a que formação familiar ela pertence. O que de fato importa é se esta família é capaz de favorecer as condições adequadas para o livre desenvolvimento da pessoa, capaz de torná-lo um *sujeito*.

Com a Constituição Federal de 1988, a família ganhou uma importância que a transformou numa entidade em sintonia com o Estado Democrático de Direito. Passou da condição de entidade institucional, em que era valorizada por si só, para uma entidade instrumental, ou seja, funcionando para garantir os direitos fundamentais de seus integrantes. Sendo a legislação constitucional um marco diferencial no tratamento jurídico dos institutos que compõem o Direito de Família, e conseqüentemente, as relações familiares. Dentre os institutos protegidos pela rede principiológica constitucional, está o instituto do poder familiar, que exalta, dentro da relação de família, o direito da dignidade humana e da igualdade. Essa igualdade se faz presente tanto em relação ao par conjugal, quanto em relação à filiação e em sua interseção, devendo os pais, conjuntamente, exercerem o poder familiar em consonância ao princípio de melhor interesse da criança e do adolescente.

Passando a entender o legislador que a família constitui o *locus* apropriado para que o sujeito viva com plenitude, segurança e felicidade, principalmente a criança e o adolescente, por encontrarem-se em desenvolvimento, exige desta família a garantia do direito de convivência dos menores, pois a concebe como elemento necessário a este desenvolvimento. Assim sendo, a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente passa a ser o veículo garantidor da manutenção do afeto nas relações de família para o Estado. E assim, o afeto passou a ter valor jurídico.

A supervalorização do afeto pelo legislador nas atuais relações familiares propiciou ao Estado que ampliasse a sua ingerência no seio da família, intervindo numa seara que não é, por suas particularidades, afeita a estas interferências. Passaram a recorrer aos tribunais aquelas pessoas que, enquanto crianças e adolescentes, não tiveram uma convivência regular com o genitor que saiu da residência após o fim do enlace conjugal, arguindo abandono afetivo e requerendo uma indenização por danos morais. Tais investidas dividiram as opiniões dos doutrinadores, sendo que uma parcela significativa se mostra favorável à responsabilização civil por abandono afetivo. Mas, uma arejada parcela entende que o simples descumprimento de dever parental, por si só, não enseja um ilícito e portanto, descabe a indenização por danos morais tal descumprimento.

Os pais dividem a tarefa de criar e educar os filhos, passando os mesmos a serem responsáveis pelo pleno desenvolvimento deles, favorecendo, inclusive, a convivência familiar, por ser esse um direito-dever dos pais. Ao se ver obrigado a conviver com o filho sob pena de ser obrigado a pagar uma indenização, o genitor não-guardião – pai ou mãe – vai preferir vê-lo; porém, o que se estabelecerá entre eles do ponto de vista afetivo, nenhum legislador, doutrinador ou magistrado poderá definir. Qual a natureza desse vínculo? É resposta que só saberemos com o passar dos anos e quando suas sequelas mostrarem a face.

Aqui tem-se dois princípios fundamentais: o princípio da solidariedade, que gera a obrigação aos membros familiares de darem assistência material e moral uns aos outros; e o princípio da Liberdade que dá ao sujeito o direito de expressar seu amor de forma peculiar, individual. Não há de se fazer apologias ao abandono de filhos menores, até porque os menores das camadas mais pobres têm o seu direito à convivência negligenciado, seja pela família faltosa, seja pela sociedade e pelo Estado omissos. A interferência do Estado deve ser no intuito de garantir os direitos de todas as crianças e adolescentes. Lei que penaliza o pai faltoso, que, por sua condição financeira, pode pagar 50 salários mínimos, é uma lei superficial e de motivação material que não atende ao princípio existencialista da família e, portanto, do Direito de Família enraizado em um sistema político do Estado Democrático de Direito.

As questões no âmbito do Direito de Família, por ter a dignidade da pessoa como objetivo maior, precisam ser tratadas de forma mais ampla, sem ser generalista, pelos profissionais da lei, tendo em vista evitar que males maiores atinjam aqueles que, fragilmente, pertencem às camadas sociais mais empobrecidas. É preciso sair da zona de conforto de uma visão que enxerga apenas a família da camada do meio – a classe média – que, em um processo de

decadência, encontra-se estereotipada, e quase despersonalizada, pois hoje “mais importante que a educação veio o diploma, mais importante do que a personalidade veio a ser a vestimenta, mais importante do que a classe social veio a ser a ideologia de classe”³⁹. Classe média que se estufa, alimentada pelos programas sociais que inventa, o pobre que vira classe média sem sair da pobreza.

Como se pode perceber, o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana é o ponto central da discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares. Porém, a dignidade não existe apenas onde e à medida que é reconhecida pelo Direito, apesar do importante papel dele em sua promoção e proteção, por se tratar do valor próprio e imanente do ser humano. Tal noção centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa humana. O art. 1.513⁴⁰ do Código Civil em vigor trata da consagração do princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família. Esse princípio mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do Direito de Família. A autonomia privada diz respeito ao poder que a pessoa tem de autorregulamentar os próprios interesses e isso não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar.

De outra forma, não se deve confundir essa tutela com poder de fiscalização e controle, de forma a restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos. Muito menos se pode admitir que essa proteção alavanque o Direito de Família à categoria de Direito Público. Essa delimitação é de fundamental importância, sobretudo para servir de freio à liberdade do Estado para intervir nas relações familiares. Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como “o reduto intangível de cada indivíduo” e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. A aplicabilidade do princípio da mínima intervenção estatal vincula-se à questão da autonomia privada, que vai muito além do direito patrimonial, e tornou-se, nos dias atuais, uma das questões mais relevantes. Ela nos traz de volta, como se disse, à séria discussão dos limites entre o público e o privado.

39 O medo da classe sem destino. Matéria do Estadão de São Paulo, 14 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,o-medo-da-classe-sem-destino,387021,0.htm>. acesso em: 25 de mar de 2010.

40 Art. 1.513 do CCB/2002 - É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado. Assim sendo, pode-se afirmar, que o princípio da dignidade humana constitui e representa, ele mesmo, ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo:** a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família.** Belo Horizonte, 2009. 226f. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009.

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor jurídico do afeto: construindo o saber jurídico. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)- Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM, 2006.

ARIÈS, Philippe. **História da vida privada**, 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Organização Michelle Perrot; tradução Denise Bottemann, Bernado Joffily – São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ARIÈS, Philippe; FARIA, Ana Luísa; PEREIRA, Miguel Serras. **A criança ea vida familiar no Antigo Regime.** 1988.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado:** o mito do amor materno. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento.** – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai.** Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, Del Rey, 2001.

BARROS, Sergio Rezende. **A ideologia do afeto.** *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, v. 4, nº 14, jul/set/2002, p. 9)

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós- modernidade**. Tradução Gama, Mauro, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luiz Carlos Fridman. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** comentado. 12 ed. atual. Rio de Janeiro: F. Alves, 1960

BITTAR Carlos Alberto. 1939-1997. Os Direitos da Personalidade. 7ª ed., 2ª reimpressão, atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (coord.) O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro:Forense, 2008.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra**. Petrópolis: Vozes, 2003, pp. 19-20

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 3a edição, 1995

BRANCO, Bernardo Castelo. Dano moral no Direito de Família, São Paulo: Método, 2006, p. 209.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 03 jul. 2011.

BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 2 ago. 2010.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 ago. 2010.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **O direito de família: descobrindo novos caminhos**. Canoas: La Salle, 2001, v. 1.

BRUNO, Denise Duarte. Direito de Visita: Direito de Convivência. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003

CAHALI, Youssef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALDEIRA, Laura Bianca. O conceito de infância no decorrer da história. Disponível em: http://www.diaadiaeducação.pr.gov.br/diaadia/diaadia/arquivos/File/conteudo/.../o_conceito_de_infância_no_decorrer_da_história.pdf. Acesso em: 18 nov 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando Fundamentos de Direito Civil Contemporâneo**, 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando Fundamentos de Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil do Direito de Família**. Curitiba, Editora. Juruá, 2002.

CARVALHO, Eronilda Maria Gois. **Educação infantil: percurso, dilemmas e perspectivas**. Ilhéus: Editus, 2003. In.: CORDEIRO, Sandro da Silva; COELHO, Maria das Graças Pinto. **Descortinando o conceito de infância na história: do passado à contemporaneidade**. Junho. 2007. Disponível em: http://www.faced.uf.br/colulhe06/anais/arquivo/76SandroSilvaCordeiro_MariaPintoCoelho.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família; sucessões**. v. 5, 2 ed. rev. e atua. – São Paulo: Saraiva, 2009.

CORAZZA, S. M. (2000). História da infância sem fim. Unijuí, Farjado, S. P. (2002). Retórica e realidade dos direitos da criança no Brasil. In.: C. M. L. Nahra & M. Bragaglia (orgs.), **Conselho Tutelar: Gênese, dinâmica e tendências** (pp. 41-70). Canoas: ULBRA

CORDEIRO, Sandro da Silva; COELHO, Maria das Graças Pinto. **Descortinando o conceito de infância na história: do passado à contemporaneidade**. Junho. 2007. Disponível em: http://www.faced.uf.br/colulhe06/anais/arquivo/76SandroSilvaCordeiro_MariaPintoCoelho.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. **Revista Jurídica**. São Paulo, v. 56, n. 368, p. 60, jun 2008.

CRUZ, Lilian; HILLESHEIM, Betina; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. Infância e Políticas Públicas: um olhar sobre as práticas Psi. **Psicologia e Sociedade**, Porto Alegre, v. 17. N. 3, dez/2005. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.php/pid=S0102>. Acesso em : 20 nov. 2012.

CUNHA, João Paulo. Quanto menos família melhor. **Boletim do IBDFAM** n. 24, p. 5, jan./fev. 2004.

DEBERT, Guita Grin. A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade. In.: Lins de Barros Myriam Moraes (org.) **Velhice ou terceira idade?** Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política. 4ª ed. — reimpr. — Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DEL PRIORI, Mary. História das crianças no Brasil. 7. ed. — São Paulo: Contexto, 2010.

DIAS, Maria Berenice. A Estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Família e cidadania** — o novo CBB e a *vocatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. Pp. 301–302.

_____ **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____ **Direito de Família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: 2003.

_____ **Manual de direito das famílias**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____**Manual de Direito das Famílias.** 4 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____**Manual de Direito das Famílias.** 4 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

_____**Manual de direito das famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Fereira; MORAIS, Naime Márcio Martins (Coords.). **Afeto e Estruturas Familiares.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009

DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal, In: **Revista Perspectiva**, n. 118, v. 32, p. 51-66, Erechim: EdiFAPES, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro – Responsabilidade Civil**, São Paulo:Saraiva, 2011, v.7.

_____**Curso de Direito Civil Brasileiro.** 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v 5: Direito de Família.

_____**Curso de direito civil brasileiro.** 18. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. V

_____**Dicionário Jurídico.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI: abordagem relacional.** Tradução João Carlos Petrini. – São Paulo: Paulinas, 2008 – (Coleção família na sociedade contemporânea)

FARIAS, Cristiano Chaves de. A Possibilidade de Prestação de Contas dos Alimentos na Perspectiva da Proteção Integral Infanto-juvenil. **IBDFAM**, fev, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, 6ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**, 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FIUZA, C. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Famílias**. – São Paulo: IOB Thompson, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A Hermenêutica do Sujeito: curso dado no Collège de France (1981-1982)*. Tradução de Márcio Alves da Fonseca, Salma AnnusMuchail. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010

FOUCAULT, Michel. A governamentalidade. In *Microfísica do poder*. 12ª ed. (R. Machado, trad. e org.). Rio de Janeiro: Graal. 1996

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L. e RABINOW, Paul. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 231-249.

FREITAS, Marcos Cezar de (org). **Historia social da infância no Brasil**. 8 ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011, v. VI.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

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

_____. **Princípios Constitucionais de Direito de Família.** São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da alienação parental (SAP)? Tradução de Rita de Cássia Rafaeli Neto. Nova Iorque, 2002. Disponível em: <http://www.parentalalienation.com/PASfound2.htm>. (Acesso em 15.04.2011).

GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Climática.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós.** 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

_____. Família. In: -----, **O mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós.** Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 61-75

_____. **Mundo em descontrol** – o que a globalização está fazendo de nós, Rio de Janeiro: Record, 2000.

_____. A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GOLDRAJCH, Danielle; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. A alienação parental e a reconstrução dos vínculos parentais: uma abordagem interdisciplinar. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 37, p. 5-26, ago./set. 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 14ª ed., Forense, 2002, p. 5.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil brasileiro**, v. VI, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, v.6, 2009. p. 378

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 4, p. 14

GROENINGA, Giselle C. “O Fenômeno Alienação Parental”. In **Direito de Família – processo, teoria e prática.** Coord.: Rolf Madaleno e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GRYSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

GRYSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. Fundamentos da Mediação Familiar. ASSUMPÇÃO, Eni; MARODIN, Fabrizio Almeida (Trad.). Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.

HEYWOOD, Colin. **Uma história da infância: da Idade Média à época contemporânea no Ocidente**. Porto Alegre: Artmed, 2004

HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2006.

_____. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 16 fev. 2012.

_____. **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

KUHLMANN JR, M. História da educação infantil brasileira. In: Revista brasileira de educação. Mai/jun/jul/ago, n. 14, 2000. Disponível em: http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/RBDE14/RBDE14_03_MOYSES_KUHLMANN_JR.pdf, acesso em 25.10.2012.

KUHLMANN JR. M. Infância e educação infantil: uma abordagem histórica. Porto Alegre: Mediação, 1998

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

LEITE, Miriam L. Moreira. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, Marcos Cezar de. **História social da infância no Brasil**. Organizador Marcos Cezar de Freitas. – 8 ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

_____. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, Marcos Cezar de. **História social da infância no Brasil**. Organizador Marcos Cezar de Freitas. – 8 ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÉVI- STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. (1908). Tradução de Mariano.Ferreira. 2ª Ed. Petrópolis: Vozes, Coleção Antropologia 9, 1982.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade da decepção**. Manole, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Neto Famílias. De acordo com a Lei n.11.698/2008, Direito Civil. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 276

_____. **Direito Civil** – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Princípio da solidariedade familiar . Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte: **Magister**, n. 00, p. 144-159, out./nov., 2007.

_____. A repersonalização das relações de família. In: **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar in MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª ed. rev. e atual., 2010 p. 68.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 312.

_____. O dano moral na investigação de paternidade. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre**, v. 71, p. 271, 1997.

_____. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAFFESOLI, Michel. **Quem é Michel Maffesoli**: entrevistas com Christophe Bourseille. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira com a colaboração de Jaime A. Clasen. – Petrópolis, RJ: De Petrus et Al, 2011.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira-século XX. **Revista USP**, v. 37, p. 46-57, 1998.

_____. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726-1950. In.: FREITAS, Marcos Cezar de. **História social da infância no Brasil**. Organizador Marcos Cezar de Freitas. – 8 ed. – São Paulo: Cortez, 2011, p. 60

_____. **Historia social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998. V. 2. (Coleção Criançaria).

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7 ed. atual. até EC nº 55/07, São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: Família e Dignidade Humana. **Anais V. Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM. 2006.

MOREIRA LEITE, Míriam. 1997 A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, Marcos César de (org).1997. **História social da infância no Brasil**. São Paulo: Cortez.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda compartilhada** – uma nova solução para novos tempos, 2002. Disponível em: <http://www.apase.org.br/91006-mariaantonieta.htm>. Acesso em: 17 jan 2013

MOTTI, Ângelo & SILVA Edson (orgs) Uma década de direitos: Estatuto da Criança e do Adolescente –Avaliando resultados e Projetando futuro. Campo Grande: Editora EFMS, 2001. In.: SANTOS, João Diógenes Ferreira dos. **As diferentes concepções de infância e adolescência Na trajetória do Brasil**. Revista Histedbr on-line, n. 28, p.224-238. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/edições/28/art15_28.pdf. Acesso em: 28/05/2011.

MUKAI, Toshio. **Participação do estado na atividade econômica**: limites jurídicos. São Paulo: RT, 1979

NADER, Paulo. **Responsabilidade civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PASOLD, César Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In.: Del Priore, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7. ed.– São Paulo: Contexto, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003

_____. **Afeto, responsabilidade e o STF**. Portal IBDFAM, 2009. Disponível em <<http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/03.afeto.responsabilidade.e.o.stf.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Nem só de pão vive o homem: Responsabilidade civil pelo abandono afetivo**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. Irene Rizzini; ilustrações de Pedro Pamplona.- Rio de Janeiro: Petrobras-BR: Ministério da Cultura: USU Ed. Universitária: Amais, 1997.

_____. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2004.

PETRINI, João Carlos. A relação nupcial no contexto das mudanças familiares. In: **Família em mudança**, Christine Jacquet, Livia Fialho Costa (orgs). – São Paulo: Companhia Ilimitada, 2004.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

RIZZINI, Irene. **A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. Irene Rizzini, Francisco Pilotti, (orgs).- 2. ed. rev. – São Paulo: Cortez, 2009.

RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. Irene Rizzini; ilustrações de Pedro Pamplona.- Rio de Janeiro: Petrobras-BR: Ministério da Cultura: USU Ed. Universitária: Amais, 1997.

RIZZINI, Irene; WIJK, Flávio Braune. **Que o Rio tem feito por suas crianças?**. A4mãos, 1990.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
ROSARIO, Maria do. Parecer da Comissão de Educação e Cultura, análise do projeto de lei nº 7672/2010. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=483933>>. Acesso em: 10 de set. de 2011.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Tradução de Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SANTOS, João Diógenes Ferreira dos. **As diferentes concepções de infância e adolescência Na trajetória do Brasil**. Revista Histedbr on-line, n. 28, p.224-238. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/edições/28/art15_28.pdf. Acesso em: 28/05/2011.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARTI, Cynthia, A. Famílias enredadas. In: **Família: redes, laços e políticas públicas**. Ana Rojas Acosta, Maria Amália Faller Vitaler, (orgs). — São Paulo: Cortez: Instituto de Estudos Especiais – PUC/SP, 2005.

SARTI, Cynthia. Algumas questões sobre família e políticas públicas. In: **Família em mudança**, Christine Jacquet, Livia Fialho Costa (orgs.). – São Paulo: Companhia Ilimitada, 2004.

SAWAIA, B. Bader. A família e afetividade: a configuração de uma práxis ético-política, perigos e oportunidades. In: **Família: redes, laços e políticas públicas**. Ana Rojas Acosta, Maria Amália Faller Vitaler, (orgs.). — São Paulo: Cortez: Instituto de Estudos Especiais – PUC/SP, 2005.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, N. L. P. e Dessen, M. A. Síndrome de Down: etiologia, caracterização e impacto na família. **Interacção em Psicologia**, 6 (2), pp. 167-176, 2002.

STEINBERG, S. R; KINCHELOE, J. L. 2001 (orgs). **Cultura infantil: a construção corporativa da infância**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira.
Disponível em: http://www.sciello.br/scielo.php?pid=s010444782004000100018&script=sciELO_artt_ext&ting=pt-36k. Acesso em: 18/06/2012.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. VI: **Direito de família: As famílias em perspectivas constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado. **Revista da EMERJ**, v. 11, n. 43, p. 233, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. “Direito de visita dos avós”, in.: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro: Padma, vol.10, abr/jun de 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional/** Coord. Gustavo Tepedino – 2.ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THERBORN, Göran. **Sexo e Poder: a família no mundo, 1900-2000**. (1941) Tradução Elisabeth Dória Bilac. – São Paulo: Contexto, 2006.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENCESLAU. O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (org). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 72.

WELTER, Pedro Belmiro Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial. In.: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. P 277-308.

WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade entre filiação biológica e sócio-afetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.