

O afeto como bem jurídico tutelado nas relações familiares

por Ricardo de Moraes Cabeção

Presidente da Comissão de Direitos da Criança e Adolescente da OAB/SP

Ao estudarmos o princípio civilista intitulado “intangibilidade familiar” verificamos que a família é tida como elemento prioritário, cristalizando em um dos maiores arcabouços protecionistas delineados no código Civil, com o fito de assegurar um tratamento diferenciado não só às questões paterno-materna-filiais vigentes, como também, as relações jurídicas que eventualmente envolvam terceiros e, de algum modo venham a repercutir na harmonia fundamental do grupo doméstico.

O elemento teleológico desse raciocínio pode ser melhor compreendido se o compararmos ao funcionamento de nosso sistema imunológico: em nosso organismo possuímos um mecanismo de defesa com vistas a afastar ameaças que possam debilitá-lo, colocando em risco seu funcionamento. Essa proteção automática que age no âmbito celular liberando para cada ameaça guardiões, de nome “anticorpos”, aos quais confiamos a manutenção de nossa saúde.

Mutatis mutandis, o legislador procurou instalar no sistema jurídico um mecanismo protetivo eficiente ao corpo social denominado Código Civil, para agir na sua célula: a família, de forma a alcançar o verdadeiro objetivo do Direito: a paz e harmonia social. O raciocínio defendido é o de que uma pessoa sendo criada com segurança e com prioridade tende a se relacionar melhor com seu vizinho, com seus colegas de trabalho, enfim tende a se comportar positivamente no estabelecimento de suas relações sociais, o que em uma escala macro revela uma ferramenta pontual para a sedimentação de uma cultura de harmonia e respeito social repercutindo favoravelmente em todos os demais ramos do Direito.

Nesse esteio podemos visualizar a materialização de tal princípio quando notamos que o direito de família contempla especificidades em termos de exceção ao que aprendemos como basilar no curso de bacharelado em Direito. Tomemos por exemplo a máxima de que “o patrimônio do devedor responde por suas dívidas”: tal preceito no âmbito das questões jurídicas familiares sucumbe as hipóteses delineadas na Lei nº 8.009/90 (bem de família involuntário) e dos artigos 1.711 e 1.722 do código civil vigente. No mesmo sentido poderíamos também citar as peculiaridades dos efeitos “imutáveis” da sentença transitada em julgado e outros casos pertinentes que reforçam o argumento apresentado, mas que certamente renderiam muitas páginas de comentários e fugiriam ao escopo do presente arrazoado.

Sendo assim, cumpre salientarmos que malgrado a recepção principiológica da proteção familiar nos códigos civis de 1.916 e 2.002, foi no manto constitucional de 1988 que encontramos um significativo avanço para a sua aplicabilidade ao estendermos à família a tutela anteriormente dedicada ao casamento consoante o teor do artigo 226 em que companheiros e membros de entidades monoparentais puderam receber tratamento isonômico.

Em que pese a evolução das hipóteses protetivas, percebemos que as mesmas não foram suficientemente exaustivas para abrigar expressamente as múltiplas casuísticas, à exemplo das relações homoafetivas e os seus reflexos junto a prole eventualmente adotada ou que remanesceu de relação conjugal pretérita de um dos conviventes, tema de recorrentes artigos e sentenças da Professora e Desembargadora do Tribunal do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, aguerrida defensora da extensão da acepção família a essa modalidade de entidade familiar: a afetiva, por entender, assim como o nobre jurista Paulo Luiz Neto Lôbo (*Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2002, p.95) que o conceito constitucional de família é exemplificativo e não taxativo “o que não permite *excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade*”.

Nesse mesmo eixo dogmático encontramos dentre outras hipóteses a situação daquele que, v.g., não é o pai biológico, mas ao se relacionar com uma mulher acaba por se afeiçoar a sua prole, de sorte a conseguir não só suprir a ausência física do genitor (que geralmente abandonou o lar, ou faleceu, entre outras causas), como também o reconhecimento pleno de seus status afetivo de “pai”.

Cabe lembramos que pela redação do artigo 217 de nossa Lei Maior, também conhecido como Princípio da Proteção Integral da Criança e Adolescente temos que:

“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.”

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, por sua vez, de forma mais explícita, consigna em seu princípio VI, *ipsis verbis*:

“para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade a criança precisa do amor e compreensão. Criar-se-à, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e segurança moral e material ...” (sublinhado nosso)

O Professor Álvaro Villaça de Azevedo discorrendo acerca do assunto “Abandono Moral” em entrevista cedida a OAB/SP, jornal do Advogado (edição 289 de Dez 2004, p. 14) é taxativo ao asseverar que:

"O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença".

Como já dizia Rudolph Von Ihering “o Direito é uma força viva” razão pela qual, diante do ajuizamento de várias demandas junto ao Poder Judiciário com vistas a equacionar tais situações em que se buscava o reconhecimento da paternidade afetiva e a desconstituição do Poder Familiar eventualmente vigente, houve a necessidade dos magistrados se pronunciarem acerca da questão para minimizar os efeitos degradadores do abandono afetivo suportados pela prole.

Respondendo aos anseios e expectativas sociais obtivemos uma série de precedentes jurisprudenciais favoráveis a tal pretensão de tal forma que recentemente, em 2004, na III Jornada do Conselho Federal de Justiça, houve a promulgação do Enunciado nº 256, aludindo um estudo acerca do que dispõe o artigo 1.593 CC, preconiza:

“A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”

Dessa forma conclui-se que o afeto ocupa um valor fundamental no sistema jurídico a ser observado por ambos os pais no exercício de seu poder-dever familiar, sob pena de responsabilidade pessoal dos mesmos a tal ponto de gerar sua destituição e em casos excepcionalíssimos como aventado, a substituição.

Cite-se o entendimento da Profa. Maria Berenice Dias (Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia, 2003, p. 269/275) que aludindo a dificuldade em se reconhecer a paternidade afetiva, sobretudo as relações de convivência homossexual diz:

“Negar a realidade, não reconhecer direitos só tem uma triste seqüela: os filhos são deixados a mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Livrar os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento da criança é deixá-la em total desamparo. Há que reconhecer como atual e adequada a observação de Clovis Bevilacqua ao visualizar um *misto de cinismo e de iniquidade*, chamando de *absurda e injusta* a regra do Código Civil de 1916 que negava reconhecimento aos filhos adulterinos e incestuosos.”

Não poderíamos nos furtar de encerrar consignando as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (in Direito de Família – uma abordagem psicanalítica, 1997, p. 131) que

diz “O pai é muito mais importante como função social do que como genitor”, transformado no famoso bordão publicitário “não basta ser pai, tem que participar”.

Vive l’amour!