



A FAMÍLIA E O AFETO: O DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS EM DAR AFETO AOS FILHOS COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

*Heleno Florindo da Silva**

Resumo

O presente trabalho apresentará discussões, a partir de uma abordagem dialética, acerca da existência, ou não, de um dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento de sua personalidade e concretização de sua dignidade humana, apontando, para tanto, a constitucionalização do afeto nas relações de família e, a partir disso, as discussões acerca da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, bem como a demonstração da importância do afeto, à luz da psicanálise, para a formação da personalidade dos indivíduos e, ao fim, a constatação da necessária análise psicanalítica das relações afetivas do Direito de Família, concluindo pela existência de um dever fundamental dos pais, a partir do princípio da proteção integral da criança, em dar afeto aos seus filhos.

Palavras-chave

Afeto. Personalidade. Família e Dignidade Humana.

Resumen

En este documento se presentan las discusiones, desde un enfoque dialéctico, sobre la existencia o no de un derecho fundamental de los padres de dar afecto a sus hijos como un mecanismo de protección para el desarrollo de su personalidad y la realización de su dignidad humana, señalando por lo tanto, la constitucionalización del afecto en las relaciones familiares y, desde este, las discusiones sobre la aplicación horizontal de los derechos fundamentales, así como una demostración de la importancia del afecto en la luz del psicoanálisis, para la formación de la personalidad de los individuos y en la Por último, el hallazgo de la psicoterapia análisis necesario de las relaciones afectivas del derecho de familia, concluyendo que existe un deber fundamental de los padres, desde el principio de la protección integral de los niños, al dar afecto a sus hijos.

* Membro do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão – da Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Bolsista da FAPES – Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professor e Advogado.

Palabras clave

Afecto. Personalidad. Familia y Dignidad Humana.

1. INTRODUÇÃO

Após a constitucionalização do afeto através do reconhecimento de institutos jurídicos como a união estável e a adoção, de matriz afetiva, discute-se, atualmente, em nossos Tribunais Superiores, a possibilidade de reparação civil embasada na falta desse afeto entre pais e filhos.

Contudo, mesmo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tenha tido a possibilidade de analisar, em duas ocasiões, essa discussão – Resp. n. 757.411/MG e Resp. n. 1.159.242/ SP –, os Ministros envolvidos em tais julgamentos não objetivaram distinguir a natureza da obrigação de dar afeto, ou seja, se se trata de uma mera obrigação moral, ou se configuraria um dever fundamental dos pais em relação aos filhos.

Nestes termos, o presente trabalho terá como ponto central de pesquisa o fato da relação afetiva entre pais e filhos, durante o poder familiar, se constituir ou não, em elemento caracterizador do desenvolvimento da personalidade do indivíduo e, conseqüentemente, de salvaguarda de sua dignidade humana a ponto de corroborar-se em um dever fundamental dos pais.

Para tanto, utilizaremos como método de pesquisa a dialética, ou seja, buscaremos a compreensão do problema através de um diálogo entre duas premissas distintas, quais sejam: a obrigação de dar afeto como sendo meramente um dever moral e, por outro lado, a obrigação de dar afeto corroborando-se em dever fundamental dos pais em relação aos filhos.

Ressalta-se, que mesmo havendo, durante as pesquisas, incursões aos citados casos julgados pelo STJ, onde se discutiu, como objeto principal, a possibilidade de reparação civil por abandono afetivo, no presente trabalho se buscará, a priori, analisar a natureza da obrigação de dar afeto, corroborando, ao final, sua característica de dever fundamental.

Nestes termos, a Constituição Federal de 1988 ao assegurar como um dos Fundamentos da República a Dignidade da Pessoa Humana, bem como, na relação entre pais e filhos, a proteção integral (prioritária) da criança, o respeito a sua dignidade, a convivência familiar e, ainda, o resguardo de qualquer forma de negligência, possibilita a caracterização de um dever fundamental dos pais em prover afeto aos filhos.

Portanto, a partir dessas premissas acerca do afeto nas relações familiares, buscaremos responder ao problema da existência, ou não, do dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos, bem como se esse afeto configura-se em mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, concretização da dignidade humana.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL-CIVIL DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno decorrente, principalmente, do advento da Constituição da República de 1988 (CR/88), tendo em vista o tratamento discriminado por ela aos direitos e deveres constitucionais que, necessariamente, deveriam reger todas as relações, públicas ou privadas, entre os sujeitos de direitos em nosso território nacional.

Essa necessária incidência, também no tocante as relações de natureza privada, sendo a principal delas, a familiar, demonstra o que se costumou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, porque não, dos deveres fundamentais, o que perceberemos abaixo.

Neste sentido, a fonte primária para a solução dos conflitos nas relações privadas que, antes da CR/88, era o Código Civil, passou a ser a Carta Constitucional, tendo em vista sê-la o mecanismo de, dentre outros aspectos, compromisso acerca dos fundamentos, objetivos e princípios que regerão todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto nos arts. 1º, 3º e 4º, respectivamente, da CR/88.

Assim, por ser a CR/88 a norma suprema do sistema jurídico brasileiro, devendo-lhe obediência, formal e material, todas as demais normatizações do ordenamento jurídico brasileiro, as relações de natureza privada como as de família, passarão a ser regidas, principalmente, pelo disposto na Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se ainda, conforme salientam Chaves e Rosenvald (2012, p. 63) “que a Constituição da República de 1988 promoveu uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação cidadania como elemento propulsor”, fato que demonstra, mais uma vez, a introjeção do Direito Constitucional e, em especial, dos direitos e deveres fundamentais, também no tocante as relações de família, de natureza privada.

Nestes termos, podemos afirmar que o Direito Constitucional distanciou-se, um pouco, da ciência política, aproximando-se das necessidades humanas reais, concretas, procurando, a partir de então, afirmar uma produtiva teoria constitucional, ou seja, as elucubrações da política deram lugar às necessidades da vida, o que atingiu, por conseguinte, as relações privadas.

A partir disso, podemos concluir que por serem os direitos e deveres fundamentais garantias constitucionais universais não podem ser resguardadas as relações públicas, ou seja, em toda e qualquer relação jurídica deverão estar protegidos os direitos e deveres fundamentais dos sujeitos envolvidos, haja vista o fato da obediência a essas garantias fundamentais constitucionais configurar requisito de validade da relação jurídica.

Assim sendo, questões de natureza privada, em especial as de família, passaram a sofrer a interferência do disposto na CR/88, o que deu origem, no Direito Civil, a algumas discussões, tais como: o reconhecimento, como unidade familiar, da união estável e, posteriormente, da união de pessoas do mesmo sexo (ADI. 4277/DF), o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, como sendo legítimos, a adoção, e vários outros.

Desta feita, a partir de todos esses questionamentos que passaram a ser visto sob o aspecto constitucional dos direitos e deveres fundamentais, chegou-se a conclusão de que o afeto é sim objeto das relações de família, devendo ser resguardado e regulamentado pela legislação.

Neste desiderato, Maria Berenice Dias, tratando o afeto como um dos princípios que devem reger as relações de família acentua que “o Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade a todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto” (2009, p. 69).

Ademais, podemos encontrar no texto constitucional quatro fundamentos essenciais para o princípio da afetividade, são eles: a) a igualdade entre todos os filhos, independentemente da origem (art. 227, § 6º, CR/88); b) a adoção, como escolha afetiva, com garantia de igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º, da CR/88); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo a esses, os adotivos, com o mesmo *status* de família (art. 226, § 4º, da CR/88) e, ao fim, d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CR/88). (DIAS, 2009. p. 70).

Portanto, a partir de tais premissas, percebemos que o atual tratamento dispensado a figura do afeto, qual seja, o de verdadeiro princípio inerente às relações familiares, conduzindo-se lado a lado com os demais princípios constitucionais que regem as relações privadas e, em especial, as relações de família.

Transpostas essas primeiras constatações acerca da constitucionalização do direito civil e, conseqüentemente, da normatização do afeto, cabe-nos agora trazer considerações acerca de outro fenômeno que se relaciona estreitamente com o aferido acima, qual seja: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Neste ponto, *a priori*, podemos constatar a existência de, basicamente, três teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos humanos ou, como também é conhecida, eficácia objetiva dos direitos fundamentais.

A primeira denomina-se Teoria do *State Action*, que nega a eficácia dos direitos fundamentais no tocante as relações privadas, haja vista considerar

que o único sujeito passivo desses direitos é o Estado. Assim, os direitos fundamentais somente seriam encontrados na relação entre o Estado e o indivíduo(s). Ao fim, destaca-se que essa corrente prevalece no direito norte-americano e no direito suíço.

De outro lado, a segunda é compreendida como Teoria da Eficácia Indireta e Mediata dos direitos fundamentais no âmbito privado, haja vista considerar que a CR/88 não autoriza a aplicação de tais direitos nas relações de natureza privada, servindo, assim, somente como norte ao legislador infraconstitucional, a ser observado no momento de elaboração das leis de direito privado. Dessa perspectiva, os direitos fundamentais podem ser afastados das relações particulares através de simples acordo de vontade das partes.

Por fim, a terceira corresponde a Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos direitos fundamentais frente às relações particulares. Tal teoria determina a aplicação integral dos mencionados direitos nas relações interpessoais, ou seja, exige uma aplicação direta e independente de regulação na legislação infraconstitucional, haja vista o fato de que não apenas o Estado pode descumprir esses direitos, mas, também, os indivíduos em suas relações privadas. Referida concepção aumenta as possibilidades de atuação do magistrado que poderá, no caso concreto, não levar em consideração a vontade das partes em atenção aos direitos fundamentais violados ou que poderão vir a ser.

Esse último entendimento é o que prevalece atualmente no Brasil, nos termos do art. 5º, §1º, da CR/88, bem como no Uruguai (art. 332 d Constituição Uruguaia) e em Portugal (art. 18/1, da Constituição Portuguesa), conforme destaca Sarlet (2011, p. 261).

Neste interim, Daniel Sarmento, acerca da necessária eficácia horizontal dos direitos fundamentais, (2006, p. 185) aduz que “a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados”, esses que estão presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.

Ainda neste ponto, há que se destacar as palavras de Paulo Bonavides que, ao analisar a Nova Hermenêutica Constitucional, inspirada na teoria material de valores, e na chamada “hipertrofia dos direitos fundamentais”, afirma, sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

Com efeito, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Böckenförde, uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas

compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula. (BONAVIDES, 2003. p. 587 e 588).

Portanto, conforme se percebe a eficácia horizontal ou objetiva dos direitos fundamentais é situação que faz dos princípios insculpidos na CR/88 bases para a interpretação das relações, privadas ou não, bem como para a normatização constitucional e infraconstitucional.

Assim, a constitucionalização do Direito Civil e a aplicação horizontal dos direitos fundamentais comprovam que as relações de família, em especial aquela entre filhos e pais – objeto de análise neste trabalho – corrobora-se a partir da observância dos princípios e garantias fundamentais das partes, dentre as quais se destacam a liberdade dos pais em dar ou não o afeto, bem como a proteção integral à criança e seu direito ao convívio familiar.

Por fim, será sobre essa discussão final que verificaremos a existência do dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos durante o exercício do poder familiar, corroborando-se, tal dever, em mecanismo necessário para melhor formação da personalidade da criança e, conseqüentemente, concretização de seu desenvolvimento digno.

3. AFETO E PSICANÁLISE: A FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E A IMPORTÂNCIA DO AFETO DOS PAIS NESTA FASE.

Para percebermos a formação da personalidade da criança, durante sua primeira infância, bem como a importância do afeto dos pais neste período, faz-se necessário analisar o problema de forma interdisciplinar, ou seja, trazendo às discussões as construções da psicanálise, haja vista sê-la o ramo da ciência responsável por estudar a formação da psique humana.

Neste sentido, conforme expõe Antônio Imbasciati (1998, p. 116), serão nos dois primeiros anos de vida, que se encontrarão as origens de toda psicopatologia humana, ou seja, o indivíduo tido como normal, sendo referido autor, deve sua *forma mentis* – caráter, inteligência, atitudes, personalidade – àquilo que nele se estruturou nesses primeiros tempos de vida e de relação com outros seres, em especial, com seus pais.

Ademais, e ainda nessa linha de entendimento, podemos destacar que ao lado desse processo de formação psicopatológica, que se mostra investigável e com definições adequadas aos critérios mais comuns de cientificidade, se constrói “outra ordem de acontecimentos psicológicos, denominados, afetivos” (IMBASIATI, 1998, p. 122).

Acerca do que sejam esses acontecimentos afetivos, ou seja, quais premissas estão em torno da ótica afetiva, podemos concluir que os afetos, a partir de uma percepção mais alargada, no sentido de *emotions*, são aqueles

acontecimentos inerentes aos seres vivos e dos quais temos indícios por meio de inúmeras vias de observação.

Nestes termos, temos de ressaltar que, partindo dessas premissas acerca do que seja afeto, a dificuldade que enfrentam as várias disciplinas psicológicas acerca disso, é o de encontrar não só a manifestação, mas, sobretudo, de salientar, do aspecto parcial e concreto encontrado, “a globalidade de uma vivência adequadamente descrita através de um conceito suficientemente detalhado, ou de elaborar os conhecimentos adquiridos em conceitos que descrevam o valor e a função do afeto” (IMBASCIATI, 1998, p. 124), ou seja, sua processualidade externa e interior, seus efeitos, bem como a sua comunicação no conjunto do funcionamento psíquico dos indivíduos.

Portanto, destaca-se que as totalidades das psicologias, dentre as quais se destaca a psicanálise, se debruçam ao estudo do afeto, não havendo dúvidas, neste sentido, de que todas essas Psicologias consideram o afeto algo comunicável, advindo da relação entre os seres. A partir disso, podemos perceber que o afeto gira em torno de uma linguagem da qual não é fácil investigar a comunicação, ou seja, se é difícil construir os sinais, mais ainda será encontrar seus significados.

Portanto, visualizado sob essa ótica, o afeto surge como uma dinâmica psicoemocional oriunda de uma leitura de certos sinais, esses que constituem a linguagem e a comunicação dos afetos. Essa leitura, executada segundo um código estabelecido por pregressas experiências, predispõe certa resposta. Nesses termos, essa resposta tem um valor comunicativo em relação ao ambiente externo e relacional do indivíduo, comportando, ainda uma elaboração interior do próprio indivíduo.

Diante disso, segundo Imbasciati “o afeto, é um esquema funcional adquirido nas experiências precoces, ou então na vida psíquica primária: o fato de cada indivíduo ter a sua específica estrutura afetiva depõe para uma aquisição pessoal desta; e já que o afeto é comunicável, a aquisição deve ser relacional” (1998, p.129).

A partir disso, se destaca que as várias facetas da psicanálise que se debruçam ao estudo do afeto pesquisam, nas experiências relacionais primárias dos indivíduos, a estruturação dos afetos, que serão, posteriormente, caracterizados em uma determinada personalidade.

Desta feita, o afeto aparece como a primeira estrutura da mente, com origem a partir de uma experiência, comportando, nestes termos, um aprendizado, bem como a aquisição de uma linguagem, através da qual os esquemas funcionais afetivos são aprendidos e comunicados num diálogo interpessoal, o que demonstra a relevância da relação entre pais e filhos durante a primeira infância destes.

Ademais, há que se ressaltar que a psicanálise na atualidade considera esses afetos como sendo aqueles gerados a partir de uma elaboração primária da experiência enfatizando, assim, a importância das relações humanas, em especial, àquela entre pais e filhos na primeira idade, como lugar de mediação para a comunicação necessária à estruturação dos citados afetos.

A psicanálise, neste interim, conforme se constatou acima, origina-se da exploração dos afetos, ou seja, toda a sua construção lógica se concentrou, e ainda se concentra, na construção de um método, bem como na formulação de teorias que visam investigar a mente humana a partir, justamente, dos aspectos afetivos.

Portanto, Imbasciati (1998, p. 187), ao analisar o afeto como sendo construído a partir daquilo que ele denominou de “jogo relacional”, bem como o fato de, por advirem desde a primeira infância, se consubstanciar em verdadeira memória da psique, destaca que:

A compreensão dos afetos passa por um jogo relacional [...]. A estrutura afetiva é de fato uma memória. Os psicanalistas não conseguem reconstruir a estrutura afetiva do paciente reconstruindo os eventos externos do seu passado remoto, nem isso de nada serviria se pudéssemos fazê-lo; em vez disso, eles ajudam a reconstruir o sentido da sua história interior em função das progressivas vivências do seu desenvolvimento.

Assim, a formação da personalidade humana e, conseqüentemente, a efetivação da dignidade da pessoa humana, passa pelo relacionamento humano-afetivo entre os indivíduos, em sua primeira infância – crianças – e seus pais. A falta dessa relação afetiva poderá, segundo se demonstrou, ocasionar problemas de identificação e de relacionamento humano no futuro dessa criança, o que, conforme visto acima, consubstancia um prejuízo à personalidade humana sem possibilidade de reconfiguração, haja vista o fato dos psicanalistas não conseguirem reconstruir a estrutura afetiva do paciente.

Portanto, conforme destaca Pereira (1997), as discussões que venham se desenvolver ao redor do Direito de Família merecem ser transpostas por uma abordagem psicanalítica, haja vista ter o Direito de Família uma matiz afetiva, ou seja, é oriundo do relacionamento humano. A Ciência Jurídica, nestes termos, se apropria desse Direito, de matiz psicanalítico, a fim de resguardar fatos e atos humano-afetivos que se desdobram em direitos e deveres à luz daquilo que a sociedade organizada tem como sendo o normal e mais racional.

4. A FAMÍLIA E O AFETO: O DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS EM DAR AFETO AOS FILHOS COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.

Em uma sociedade, nos dizeres de Lipovetsky (2004), hipermoderna, um assunto ainda tormentoso para o Direito, em especial, para o Direito Constitucional, seja em decorrência dos poucos estudos realizados ou pelo desinteresse acadêmico acerca do tema, é o estudo dos deveres fundamentais ou constitucionais¹.

A partir desse cenário de pouco estudo dos deveres fundamentais abordaremos neste ponto, aspectos gerais acerca da teoria dos deveres fundamentais, de modo a contribuir para o desenvolvimento de um entendimento pelo reconhecimento do dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos, em contraposição ao princípio-direito que esses mesmos possuem de se desenvolverem sob uma proteção integral, haja vista essa proteção de cariz afetiva ser um mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Assim, ao analisarmos as construções teóricas acerca dos deveres fundamentais, ou constitucionais, inerentes a um determinado ordenamento jurídico constitucional, percebemos que alguns autores apontam, de um lado, a falta de efeitos jurídicos desses deveres fundamentais constitucionais e, de outro, que representariam uma forma de limitação aos limites materiais do poder público. Neste sentido, aponta Llorente (2001, p. 16) que:

Los enunciados de deberes no tienen efectos jurídico alguno, sino sólo, si acaso, una función política, aunque tampoco hay unanimidad a la hora de discernir cual sea (si alguna), la que estas normas desempeñan: para unos, simplemente la de servir de sustento ideológico al poder, la de intentar dotarlo de una fundamentación ética; para otros, más bien al contrario, la función de los deberes, como la de los derechos, es la de imponer límites materiales a la potestad normativa del poder público².

Desta feita, visualizamos que as discussões acerca da configuração jurídica dos deveres fundamentais é campo arenoso, por onde se debruçam incansáveis teorias na tentativa de lhes dar normatividade, ou simplesmente, lhes reconhecer como meros deveres éticos das pessoas enquanto pertencentes ao grupo social que possibilita o Estado.

Diante dessas primeiras premissas, cabe ressaltar que não simples divagações ou elucubrações teóricas àquelas vertentes que não percebem nos deveres fundamentais um caráter normativo, mas, tão somente, um dever

¹ No presente ponto, abordaremos, em que pesem as discussões doutrinárias, as noções de deveres fundamentais como sendo sinônimos de deveres constitucionais.

² “Os enunciados de deberes não têm efeitos jurídicos algum, mas apenas, e se houver, uma função política, embora tampouco haja unanimidade em discernir qual função, se existir alguma, esses enunciados desempenham: para uns, tem, simplesmente, a função de servir de sustento ideológico ao poder, na tentativa de lhe dar uma fundamentação ética; para outros, ao contrário, a função dos deberes, tal como a dos direitos, é a de impor limites materiais a potestade normativa do poder público”. (Tradução nossa).

ético, haja vista em suas origens os deveres fundamentais ou constitucionais surgirem de discussões de cunho religioso e filosófico-moral (MARTINEZ, 1986, p. 329).

Neste sentido, a fim de fixar características que nos permitam identificar os deveres fundamentais, destacamos as palavras de Martinez (1986, p. 335), para quem esses deveres fundamentais apresentam três aspectos principais, são eles: a) o dever jurídico existe com independência de que o dever trabalhado tenha tido previamente, ou não, uma dimensão moral; b) o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao Ordenamento; c) normalmente os deveres jurídicos trazem consigo uma sanção para os casos onde houver o seu inadimplemento³.

No entanto, em que pese a robustez dos citados argumentos trazidos acima, há outros, tão robustos quanto, que disciplinam os deveres fundamentais sob outra visão, ou seja, há quem entenda que esses deveres, mesmo que não presentes expressamente em um determinado ordenamento poderão ser reconhecidos como tal, a partir, por exemplo, de uma leitura ampla da norma que regula um determinado direito, que para ser exercitado necessitará que alguém cumpra determinado dever.

Desse modo, Valdés (1986b, p. 68), em resposta às críticas de Francisco Laporta e Juan Carlos Bayón, feitas a um artigo que aquele havia publicado acerca dos deveres positivos gerais e sua fundamentação, ressalta o sentido de que para a imposição desses deveres, desde um ponto de vista meramente ético, não é necessária a existência do Estado, ou seja, para ele os deveres fundamentais existem, independentemente, da existência de uma codificação estatal acerca deles, pois o Estado servirá, tão somente, para assegurar o cumprimento ou sancionar o não cumprimento desses deveres que são inerentes à sociedade humana.

Ressalta-se ainda, que os deveres fundamentais ou constitucionais, conforme se depreende das análises teóricas acima, existem em decorrência, conforme aludido, de um direito fundamental contrário, ou seja, na medida em que a Constituição nos assegura uma série de direitos fundamentais, em contrapartida, nos origina uma série de deveres. Tal construção hermenêutica, por exemplo, é o que se compreende no artigo 75, da Constituição da República Dominicana de 26 de janeiro de 2010⁴.

³ No original: a) “El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral [...]”; b) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente ao Ordenamiento; c) normalmente los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento [...]”.

⁴ O citado artigo dispõe que: “CAPÍTULO IV – DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES – Artículo 75 – *Deberes fundamentales*. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan la existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga la conducta del hombre y la mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fun-

Desta feita, antes de adentrarmos a discussão da existência de um dever fundamental dos pais em possibilitar o relacionamento afetivo aos filhos como mecanismo de formação de suas personalidades, cabe-nos ainda, acerca dos deveres fundamentais, destacar alguns pontos relevantes sobre as discussões acerca da existência, ou não, de deveres positivos gerais, bem como no caso de haver possibilidade, como se daria a contraprestação do direito, haja vista todo dever, conseqüentemente, encampar um direito que lhe é oposto.

Nestes termos, Valdés (1986a, p. 17) qualifica, segundo seu entendimento, quais seriam esses deveres fundamentais de natureza geral, ou seja, aqueles que todos nós estaríamos obrigados a cumprir, independentemente de mantermos relação direta com aquele que possui o direito de lhe cobrar. Assim, expõe que:

Deberes positivos generales son aquéllos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa⁵.

Assim, podemos perceber que neste entendimento quaisquer pessoas poderiam, em estado de necessidade, obrigar quaisquer outros, a lhes ajudar, não devendo essa ajuda ser maior que algo trivial, ou seja, algo que não im-

damentales de las personas los siguientes: 1) Acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas; 2) Votar, siempre que se esté en capacidad legal para hacerlo; 3) Prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, de conformidad con lo establecido por la ley; 4) Prestar servicios para el desarrollo, exigible a los dominicanos y dominicanas de edades comprendidas entre los dieciséis y veintiún años. Estos servicios podrán ser prestados voluntariamente por los mayores de veintiún años. La ley reglamentará estos servicios; 5) Abstenerse de realizar todo acto perjudicial a la estabilidad, independencia o soberanía de la República Dominicana; 6) Tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a su capacidad contributiva, para financiar los gastos e inversiones públicas. Es deber fundamental del Estado garantizar la racionalidad del gasto público y la promoción de una administración pública eficiente; 7) Dedicarse a un trabajo digno, de su elección, a fin de proveer el sustento propio y el de su familia para alcanzar el perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bienestar y progreso de la sociedad; 8) Asistir a los establecimientos educativos de la Nación para recibir, conforme lo dispone esta Constitución, la educación obligatoria; 9) Cooperar con el Estado en cuanto a la asistencia y seguridad social, de acuerdo con sus posibilidades; 10) Actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 11) Desarrollar y difundir la cultura dominicana y proteger los recursos naturales del país, garantizando la conservación de un ambiente limpio y sano; 12) Velar por el fortalecimiento y la calidad de la democracia, el respeto del patrimonio público y el ejercicio transparente de la función pública”.

⁵ “Deveres positivos gerais são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do obrigado nem a dos destinatário(s) e tampouco é o resultado de algum tipo de relação contratual prévia”. (Tradução Nossa).

ponha àquele que presta a ajuda, uma diminuição de suas posses capaz de leva-lo ao status daquele a quem ajuda (VALDÉS, 1986a, p. 25).

Entretanto, existem posições diversas a essa no tocante a uma construção de entendimento acerca dos deveres fundamentais positivos gerais, conforme se depreende em Laporta (1986) e Bayón (1986), ambos criticam, conforme se aludiu acima, as noções trazidas por Valdés (1986a) no tocante às discussões em destaque.

Diante disso, Laporta (1986, p. 55) apresenta suas divergências à Valdés, em relação àquilo que esse chama de deveres positivos gerais, no ponto acerca da responsabilidade pela omissão, ou seja, Laporta traz entendimento de que se levarmos às propostas de Valdés às últimas consequências, as regras acerca da responsabilidade em decorrência de um inadimplemento de uma obrigação restariam inócuas, tendo em vista que sendo os deveres gerais, àqueles que tivessem, em contrapartida, direitos, poderiam escolher, dentre um universo de obrigados, àquele que lhe aprouvesse, o que retiraria toda e qualquer segurança jurídica dos processos judiciais, sendo que, aquele que tem direito frente a um coletivo de pessoas, frente a outras, possui o mesmo dever.

De outro lado, Bayón (1986) aponta críticas à postura de Valdés no tocante aos limites impostos a esses deveres positivos gerais que todos teríamos, criticando, especificamente, o critério da trivialidade entabulado por Valdés para limitar as obrigações, ou seja, os deveres dos indivíduos para com aqueles que lhes são comuns em uma sociedade.

Neste sentido, Bayón (1986, p. 46) destaca que “el altruísmo mínimo, basado em la idea de sacrificio trivial, parece que no nos lo brinda. [...] si alguien tiene em su poder recursos sin título alguno – y a los cuales tiene derecho un tercero – debe entregarlos em su totalidad, no uma parte «trivial» de los mismos⁶”, ou seja, para ele a trivialidade como sendo o elemento de limite aos *quantum* do dever, não corresponde ao melhor parâmetro.

Visto esses pontos básicos das discussões teóricas inerentes à celeuma acerca da teoria dos deveres fundamentais ou constitucionais, nos cabe agora apontar, mesmo que brevemente, outro fator, agora de cunho preeminentemente social, já que o aspecto psicanalítico resta demonstrado acima, sobre a importância do afeto dos pais para a construção da personalidade de seus filhos e, conseqüentemente, para concretização da dignidade humana.

Neste desiderato, destacaremos as contribuições de Honneth (2003) acerca do que ele denomina, em seus estudos, de *Luta por Reconhecimento*, ou

⁶ “o altruísmo mínimo, baseado na ideia de sacrifício trivial, parece que não nos serve [...]. se alguém tem em seu poder recursos em abundância – sendo que frente a esses um terceiro tem direito – deve entrega-los em sua totalidade, não uma parte «trivial» dos mesmos”. (Tradução Nossa).

seja, os de seu trabalho que demonstram uma espécie de gramática moral dos conflitos sociais, por onde se destaca a importância dos pais na construção da personalidade dos filhos, através do afeto, e sua correlação com o reconhecimento social daqueles que possuem esse suporte em face dos que são desprovidos dessa relação.

Desta feita, Honneth, utilizando-se das investigações empíricas de René Spitz acerca da falta de afeto entre a mãe e o seu filho durante o desenvolvimento da criança, demonstra que essa “privação da dedicação materna leva a graves distúrbios no comportamento do bebê, mesmo quando, malgrado isso, a satisfação de todas as suas carências corporais está assegurada”. (2003, p. 161).

Isso se dá tendo em vista o fato de que o bebê humano desenvolve, já em seus primeiros meses de vida, uma disposição ativa cujo objetivo é estabelecer proximidades interpessoais que oferecerão a base para todas as demais formas supervenientes de ligação emotiva, ou seja, a relação afetiva com outras pessoas e, principalmente, com os pais é considerada um dos componentes do processo de amadurecimento da personalidade do ser humano (HONNETH, 2003, p. 162-163).

Ademais, Honneth destaca, também, os problemas que a falta de afeto dos pais às crianças em seus primeiros anos de vida, ou seja, síndromes psicológicas adquiridas em decorrência direta da falta de afeto. Ele aponta, como exemplos desses traumas psicológicos, os sintomas de *borderline*⁷ e de *narcisismo*⁸.

Nestes termos, percebemos que a ligação afetiva com outras pessoas, em especial com os pais, passa a ser investigada “como um processo cujo êxito depende da preservação recíproca de uma tensão entre o autoabandono simbiótico e a autoafirmação individual”, ou seja, o afeto, o amor, passa a ser entendido como uma relação interativa à qual subjaz um padrão particu-

⁷ Síndrome de Borderline, ou Transtorno de Personalidade Limítrofe é uma expressão utilizada há mais de um século pelos pesquisadores do campo mental, que dela se valem para apontar uma modificação no limite entre a neurose e a psicose ou, como diriam alguns, na linha de demarcação entre a razão e a loucura. A pessoa atingida por esta síndrome apresenta um sério distúrbio psíquico, principalmente na esfera afetiva, no domínio dos impulsos, nas interações com o outro, na sua auto-imagem. SANTANA, Ana Lúcia. **Síndrome de Borderline**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/sindrome-de-borderline/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

⁸ O termo narcisismo provém da Mitologia Grega, que narra a história de Narciso, um jovem muito bonito que desprezou o amor da ninfa Eco e por isso foi condenado a apaixonar-se por sua própria imagem espelhada na água. Este amor impossível levou Narciso à morte, afogado em seu reflexo. O narcisismo, portanto, retrata a tendência do indivíduo de alimentar uma paixão por si mesmo. Segundo Freud, isso acontece com todos até um certo ponto, a partir do qual deixa de ser saudável e se torna doentio, conforme os parâmetros psicológicos e psiquiátricos. SANTANA, Ana Lúcia. **Narcisismo**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/narcisismo/>> Acesso em: 03 set. 2012.

lar de reconhecimento recíproco, o que demonstra que a primeira etapa, para Honneth (2003, p. 160), da luta pelo reconhecimento, surge nas relações entre pais e filhos durante o desenvolvimento da personalidade desses.

Assim, em que pesem as discussões acerca da normatividade, ou não, do dever fundamental dos pais de dar afeto aos filhos, entendemos que existe sim um dever fundamental, constitucional, dos pais nos termos acima descritos, advindo do direito fundamental à proteção integral que crianças, adolescentes e jovens possuem, por força do art. 227, caput. da CR/88, que dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **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.

Desse modo, percebemos que a nossa Constituição de 1988, além de constitucionalizar o princípio do afeto, bem como todo o direito civil, em especial, o direito de família, determinou como sendo dever da família e, principalmente dos pais, que são a nossa primeira família, assegurar, com absoluta prioridade, direitos como o respeito, a liberdade, a convivência familiar, colocando as crianças, adolescentes e jovens a salvo de quaisquer tipos de violência, psíquica ou física, bem como a qualquer forma de negligência.

Portanto, mesmo que não seja o objeto principal desta pesquisa, entendemos que a possibilidade de reparação civil existe nos casos de abandono afetivo, tendo em vista que a CR/88 é clara ao assegurar às crianças, adolescentes e jovens, um direito fundamental à prioridade, para que seu desenvolvimento sem nenhum tipo de negligência, inclusive àquela dos pais, de natureza afetiva.

Ademais, temos de ressaltar ainda um último argumento a fim de corroborar o dever fundamental dos pais de dar afeto aos filhos, ou seja, a Constituição de 1988 impõe aos pais a paternidade e a maternidade responsável. Tal imposição se trata de um dever dos pais que é anterior ao nascimento da criança. Desse modo, aqueles que não forem capazes de assegurar aos seus filhos um suporte, não só de cunho material, mas, também, de cunho afetivo, emocional, ínsito ao desenvolvimento da personalidade e salvaguarda da dignidade humana durante o desenvolvimento psicossocial das crianças, adolescentes e jovens, é melhor que se abstenham de ter filhos.

Por fim, mesmo que o STJ, tendo a possibilidade de analisar, em duas ocasiões – Resp. n. 757.411/MG e Resp. n. 1.159.242/ SP –, a discussão objeto deste trabalho, qual seja, a existência, ou não, de um dever fundamental dos

pais em dar afeto aos filhos, não tenha efetivado descrever, delimitar ou, ao menos, reconhecer referido dever fundamental dos pais, entendemos que a Constituição, bem como todo o complexo de normas de direito de família, ou àquele inerente às crianças e aos adolescentes, ao assegurar, no citado art. 227, da Constituição, uma série de direitos inerentes às crianças, adolescentes e jovens, induz, a contrario sensu, uma série de deveres inerentes aos pais, ao Estado e a Sociedade em geral, o que demonstra, por si só, a existência de um dever fundamental dos pais em dar afeto aos seus filhos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto todas as considerações acima descritas, é chegada a hora de concluir nosso pensamento acerca da existência ou não de um dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos, ou seja, após percebemos a constitucionalização do afeto, bem como a constitucionalização do Direito Civil e, em especial, do Direito de Família, e mais, a importância dada ao afeto dos pais na formação da personalidade de seus filhos, seja no tocante à psicanálise ou em relação a uma abordagem sociocultural, percebemos que o afeto dos pais é elemento importantíssimo para a formação sadia da personalidade humana, o que é fator de salvaguarda e concretização do princípio da dignidade humana.

Nestes termos, em que pesem o STJ não ter apreciado a existência de um dever fundamental dos pais em possibilitar esse relacionamento afetivo com os filhos nas duas oportunidades que teve, temos como fator necessário, antes de qualquer condenação por abandono afetivo, a análise da existência ou não de uma prévia obrigação, antes mesmo de se questionar a aplicação, ou não, das normas acerca da responsabilidade civil nos casos de direito de família.

Assim, cremos que, não só a Constituição de 1988, mas todo o ordenamento jurídico de Direito de Família, ou àquele inerente às crianças e aos adolescentes, asseguram direitos inerentes às crianças, aos adolescentes e aos jovens, o que, em contrapartida, denota a existência de deveres correlatos a esses direitos, deveres esses inerentes aos pais, ao Estado e a Sociedade em geral, demonstrando, assim, conforme aludido acima, a existência de um dever fundamental dos pais em dar afeto aos seus filhos.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. O Valor do Afeto para a Dignidade Humana nas Relações de Família. **Revista Jurídica**, n. 331, maio/2005. p. 75-85.

BAYÓN, Juan Carlos. Los Deberes Positivos Generales y la Determinación de Sus Límites: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés. In: **DOXA**, 3, 1986. p. 35-54.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHAVES, Cristiano de Farias e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Vol. 1. 10. ed. Rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese n. 32, p. 20-39, out. e nov. de 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. por REPA, Luiz. São Paulo: Editora 34, 2003.

IMBASCIATI, Antônio. **Afeto e Representação: para uma psicanálise dos processos cognitivos**. Trad. por RESENDE, Neide Luiza de. São Paulo: Editora 34, 1998.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

LAPORTA, Francisco J. Algunos Problemas de Los Deberes Positivos Generales: observaciones a um artículo de Ernesto Garzón Valdés. In: **DOXA**, 3, 1986. p. 55-63.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. Trad. Mário Villela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LLÓRENTE, Francisco Rubio. Los Deberes Constitucionales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 21. Núm. 62. Mayo-Agosto 2001. p. 11-56.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. Los Deberes Fundamentales. In: **DOXA**, 4, 1986. p. 329-341.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família uma Abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROCHA, Viviane Pereira. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. **Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC** (on-line). a. 1, v. 2, mai./jul. 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/17208541/3-Viviane-Pereira-Rocha-Eficacia-Horizontal-dos-Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

SANTANA, Ana Lúcia. **Síndrome de Borderline**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/sindrome-de-borderline/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

_____. **Narcisismo**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/narcisismo/>>. Acesso em: 03 set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Rev. ampl. e atual. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Los Deberes Positivos Generales y su Fundamentación. In: **DOXA**, 3, 1986a. p. 17-33.

_____. Algunos Comentarios Críticos a Las Críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta. In: **DOXA**, 3, 1986b. p. 65-68.