

**FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**MARIANA DE OLIVEIRA VIANA**

**A CONSOLIDAÇÃO DO AFETO COMO VALOR JURÍDICO: DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO À LUZ DO  
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM  
2017**

**MARIANA DE OLIVEIRA VIANA**

**A CONSOLIDAÇÃO DO AFETO COMO VALOR JURÍDICO: DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO À LUZ DO  
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito de Cachoeiro de Itapemirim como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Larissa de Lima Vargas  
Souza

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM  
2017**

**MARIANA DE OLIVEIRA VIANA**

**A CONSOLIDAÇÃO DO AFETO COMO VALOR JURÍDICO: DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO À LUZ DO  
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como  
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.  
Nota: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Examinador

---

Professor Examinador

---

Professor Examinador

*A Deus, aos meus amados pais Juarez e Maria da Glória e à minha querida irmã  
Juliana.*

## **AGRADECIMENTOS**

Há tantos a agradecer, mas primeiramente é preciso dedicar toda a minha gratidão à Deus. À Ele tudo o que sei, tenho e sou.

Aos meus pais, Juarez e Maria da Glória, meus maiores exemplos, pelo incondicional amor, amizade e compreensão. Por terem sentido junto comigo todas as angústias e felicidades, por me apoiarem e acima de tudo acreditarem no meu sonho. A vocês expresso o meu maior agradecimento.

À minha querida irmã, Juliana, por todo apoio e cumplicidade. Essa caminhada não seria a mesma sem você.

Aos meus amigos, pelo incentivo nas horas de desânimo, pelo consolo nos momentos de tristeza e por se alegrarem com as minhas conquistas.

A todo o corpo docente do curso de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI, minha gratidão pela contribuição acadêmica, em especial, à minha orientadora Larissa Vargas, pela paciência e atenção.

Enfim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a minha formação, muito obrigada!

*Amar é faculdade,  
Cuidar é dever.*

**Nancy Andrighi**

## RESUMO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe em seu texto a proteção à família e ao afeto, tratando o direito à convivência familiar como um direito humano. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, seguindo a mesma vertente, inseriu tais direitos no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, apresentando como parte de seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro passou a conferir ao ser humano grande proteção, trazendo princípios que norteiam como as relações devem estar baseadas. As mudanças ocorridas na família enquanto organismo social, impactam diretamente em toda a sociedade. Esta monografia, portanto, se propõe a refletir de que maneira o afeto se apresenta como um valor jurídico e como sua ausência gera consequências extremamente danosas, levando àqueles que abandonam a serem responsabilizados civilmente. Analisar o abandono afetivo e seus efeitos jurídicos é de grande importância para o Direito, vez que o tema tem afinidade com diversos ramos das ciências humanas aplicadas, tais como os direitos fundamentais, direito constitucional, direito civil e a sociologia.

**Palavras-Chave:** Família. Afetividade. Responsabilidade Civil.

## **ABSTRACT**

The Universal Declaration of Human Rights brought protection to the family and affection in its text, treating the right to family life as a human right. In turn, the Federal Constitution of 1988, following the same strand, inserted these rights in the chapter of fundamental rights and guarantees, presenting as part of its foundations, the citizenship and dignity of the human person. In this way, the Brazilian legal system began to give the human being great protection, bringing principles that guide how the relations must be based. Changes in the family as a social organism have a direct impact on the whole society. This monograph, therefore, proposes to reflect in what way the affection presents itself as a legal value and how its absence generates extremely harmful consequences, leading to those who abandon to be civilly responsible. Analyzing the affective abandonment and its legal effects is of great importance for the Law, since the subject has affinity with several branches of applied human sciences, such as fundamental rights, constitutional law, civil law and sociology.

Keywords: Family. Affectivity. Civil responsibility.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 A FAMÍLIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>13</b>
2.1 Da Concepção de Família e sua Evolução.....	13
2.2 Do Direito de Família no Contexto Contemporâneo .....	17
2.3 Princípios do Direito de Família.....	21
<b>3 O AFETO E O ABANDONO .....</b>	<b>25</b>
3.1 Do Afeto e sua Valoração Jurídica .....	25
3.2 Do Abandono Afetivo e suas Implicações .....	30
<b>4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL CAUSADA PELO ABANDONO AFETIVO .....</b>	<b>37</b>
4.1 Da Responsabilidade Civil.....	37
4.2 Da Judicialização pelo Abandono Afetivo.....	46
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A cidadania e a dignidade da pessoa humana estabelecem-se como fundamentos do Estado Democrático de Direito, estando positivadas no art. 1º da Constituição Federal de 1988, no título I, que dispõe quanto aos princípios fundamentais da República Brasileira.

A dignidade da pessoa humana apresenta-se como um objetivo estatal que tem por fim propiciar a todos os seres humanos uma vida digna. Seria a dignidade, portanto, um atributo intrínseco ao ser humano apenas pelo fato de sê-lo, a independe de suas características e diferenças dos demais indivíduos. Assim, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, visa garantir a todos os indivíduos o exercício pleno da cidadania.

O Princípio da Dignidade Humana, apesar de não possuir um conceito fechado, pode ser entendido como o reconhecimento ao ser humano pelo simples fato de sê-lo e atribuir a ele, portanto, direitos que são tidos como básicos. A importância de tal princípio acaba por transcender os limites do positivismo. Para André Ramos Tavares, Immanuel Kant foi o filósofo que mais contribuiu para a delimitação do que seria a dignidade da pessoa humana, definindo o homem como um fim em si mesmo, e não como um meio ou instrumento de outra pessoa (RAMOS, 2012, p. 586). Sob tal aspecto, entende a doutrina majoritária que os direitos fundamentais se originariam em respeito à dignidade humana (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 04).

O direito de família, segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, é o ramo do Direito mais ligado à própria vida, pois, geralmente, os indivíduos provêm de uma estrutura familiar, ficando ligados a ela durante a sua existência, ainda que no futuro constituam nova família (GONÇALVES, 2012, p. 15). A família ocupa, portanto, posição basilar dentro do Estado, vez que é em seu núcleo que repousa toda a organização social, sendo o primeiro agente socializador do ser humano. Assim, considerando os novos valores trazidos pela Carta Magna Constitucional, pode-se dizer que ocorreu a humanização e universalização do direito de família, rompendo diversos paradigmas. Ainda que a Constituição Federal

e o Código Civil tenham trazido delimitações e referências, ambas legislações não a conceituam, vez que sua extensão e natureza tendem a variar.

Com a consagração da dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal, o direito de família passou a ter caráter mais humano, surgindo, nesse contexto, diversos princípios que nortearam como devem se dar as relações familiares, tais como o da solidariedade, da igualdade, do pluralismo das entidades familiares e o da afetividade. Este último, foco do presente trabalho, é de difícil delimitação, uma vez que se expressa por meio do afeto, que diversas vezes é confundido com o amor, o que acabaria por afastar quaisquer deveres jurídicos. (PRADO, 2012, p. 3).

A presente monografia propõe-se, então, a tratar o afeto como uma ideia de dedicação dos pais com a criação e formação da prole, e não como objeto de sentimentos de um ser humano para com o outro. O ato de restaurar a primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da concretização da afetividade, é a primeira condição de adequação do direito à realidade (LOBO, 2011, p. 26).

A globalização impõe constante alteração de regras, leis e comportamentos, sendo de grande dificuldade a mudança nas normas que tratam do direito de família, vez que se trata de um ramo do direito que lida diretamente com a vida das pessoas e com seus sentimentos. É nesse sentido que a afetividade se apresenta como uma novidade no mundo jurídico, em que o legislador não consegue acompanhar a realidade social e nem compreender as agitações da família contemporânea.

Portanto, considerando os objetivos do presente estudo, indica-se que na primeira parte deste trabalho analisar-se-á a família no ordenamento jurídico brasileiro, buscando como se deu sua origem e evolução, como se apresenta no cenário atual e os importantes princípios que norteiam sua construção. Neste sentido, para melhor compreensão dos objetivos propostos, a família será abordada sob a égide de vários autores que trazem propostas diversas para o mesmo tema.

Por sua vez, o segundo momento do presente estudo terá como objetivo tratar sobre o afeto e o abandono. Para tanto, primeiramente será feito um estudo sobre o afeto e de que maneira se dá sua valoração jurídica, buscando o dissociar da pura e simples ideia de amor. Em seguida, conceituar-se-á sobre o abandono afetivo e suas consequências na vida dos filhos abandonados.

Por fim, a terceira parte desta pesquisa se propôs a compreender a responsabilidade civil causada pelo abandono afetivo. Ao trazer os conceitos de

como se dá a caracterização da responsabilidade na esfera cível, demonstrou-se que o abandono afetivo atende aos requisitos para tal. Para tanto, buscou-se na jurisprudência atual julgados que ratificam a ideia impressa no presente trabalho.

Por se tratar de pesquisa dentro da área das ciências sociais aplicadas, foram utilizados métodos específicos, considerados como métodos de procedimento, que se apresentam de forma mais concreta na realização do presente trabalho, possuindo finalidade mais restrita (MARCONI; LAKATOS, 2003). Para melhor abordagem dos objetivos evidenciados, buscou-se na doutrina e em trabalhos acadêmicos conceituações quanto à área de estudo, além de levantamento jurisprudencial sobre o tema pesquisado.

## 2 A FAMÍLIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o Direito de Família, principalmente, na Constituição Federal e no Código Civil, apesar de existirem outras bases jurídicas. Ocorre que, ainda que tal área esteja positivada em lei, não se deve tratar a família de maneira engessada dentro dos ditames legais. As relações familiares se manifestam muito além da legislação, uma vez que esta acaba por não acompanhar as transformações sociais e culturais ocorridas com a evolução dos modelos familiares.

### 2.1 DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

Inicialmente, faz-se necessário um estudo quanto à constituição das famílias e sua evolução ao longo do tempo. A compreensão de tal evolução é de grande importância para a construção e aplicação de uma nova cultura jurídica, permitindo-se, sempre, visualizar as mudanças ocorridas em âmbito social, para que o legislador tenha condições de oferecer melhor proteção às famílias.

O *Homo sapiens*, nos primórdios da civilização, mantinha relações sexuais com seus semelhantes independentemente se estes estavam em sua linhagem sanguínea ou não. Não se sabe ao certo como e em que momento isso se deu, mas em dado período de sua trajetória evolutiva o incesto fora proibido, dividindo as tribos em agrupamentos menores, traçando regras de quem poderia ou não manter relações sexuais. E é nessa divisão em pequenos clãs que reside à origem da família. Segundo estudos antropológicos, grande parte das comunidades primitivas fazia a divisão tendo por referência algum símbolo, como animais ou plantas, também chamado de *totem*. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 23) traz o seguinte exemplo: “homens e mulheres do *totem* do boi não podiam copular uns com os outros [...], mas somente com pessoas de outro totem”.

Tal estudo recebeu a nomenclatura de totemismo, ganhando destaque no final do século XIX, quando tentou-se, de maneira etnológica, atribuir-lhe caráter universal, em que todas as constituições de sociedade primitiva teriam se dado por clãs totêmicos, e caráter místico, vez que acreditava-se que os indivíduos pertencentes aos clãs descenderiam do animal ou planta do totem. Porém, em 1960

ficou demonstrado que o clã totêmico não se encontra na totalidade das comunidades primitivas, mas sim, em sua maioria. O que permanece como característica universal de toda a sociedade humana é a proibição do incesto, considerada como a primeira lei social (COELHO, 2012, p. 24).

Diante do que fora tratado, percebe-se que é de difícil tato precisar e explicar a origem da família, visto que diversos são os modelos existentes, não havendo uma forma única de constituição. Portanto, a doutrina majoritária entende que o seu surgimento está associado ao da prática da proibição do incesto, delimitando quais eram as relações sexuais possíveis ou não (COELHO, 2012, p. 24).

O ato de manter vínculos afetivos não é uma exclusividade da espécie humana. O acasalamento sempre esteve presente entre os seres vivos, seja por motivos biológicos em virtude da necessidade de continuidade da espécie, ou apenas pelo medo do isolamento social. Ainda que a vida em conjunto seja algo natural, a família se constitui como um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, se estruturando por meio do direito (DIAS, 2015, p. 29).  
Portanto

Como a lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2015, p. 29)

Ao longo da história, na medida de sua evolução, sempre se conferiu à família diversas funções, tais como religiosa, política, econômica e procracional. A estrutura patriarcal era a que se apresentava, visto que legitimava o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher (poder marital) e sobre os filhos (pátrio poder). As funções religiosa e política não deixaram tantas marcas na família atual, tendo apenas caráter histórico em sua formação, uma vez que a estrutura rígida existente anteriormente, deu lugar a coordenação e comunhão de interesses e de vida (LOBO, 2011, p. 18).

Em se tratando de uma sociedade conservadora, para que os vínculos afetivos fossem aceitos e reconhecidos socialmente e juridicamente, era necessária

a conformação dos mesmos pelo que se chamou de matrimônio. A família tinha um caráter completamente rural, sendo integrada por todos os seus parentes, formando uma unidade de produção, sempre com o intuito de procriação, uma vez que seus membros eram tidos como força de trabalho, apresentando perfil hierarquizado e patriarcal (DIAS, 2015, p. 30).

Assim, por muito tempo possuiu a função econômica, em que era necessário à família ter o maior número de membros possíveis, pois se apresentava como uma unidade produtiva e como um seguro à velhice. Essa função foi perdendo força com o passar dos anos, uma vez que se observou a progressiva emancipação feminina econômica, social e jurídica, diminuição no número médio de filhos das entidades familiares e a consolidação da previdência social, deixando para trás o caráter de comunidade de produção (LOBO, 2011, p. 19).

A função procracional, com raízes na tradição religiosa, também perdeu sua força ao longo dos anos, tendo em vista que se constatou que muitos casais não possuíam filhos, seja por sua livre escolha, pela prioridade a sua vida profissional ou por infertilidade. Passou a procriação, assim, a não ser algo essencial à constituição da família (LOBO, 2011, p. 19).

Paulo Lobo (2011, p. 23) explica que, para Engels, a palavra família não poderia ser aplicada, em princípio, nos romanos antigos, ao casal e aos filhos, mas somente aos escravos, uma vez que *famulus* significava escravo e família era, portanto, o conjunto de escravos pertencentes ao mesmo homem. Ainda nesta época, a família *id est patrimonium* (parte da herança) era transmitida de forma testamentária, tendo tal denominação sido criada para designar um novo formato de família, cujo chefe tinha sob suas ordens a mulher, os filhos e os escravos, sujeitos ao poder paterno romano, com direito de vida e morte sobre todos eles, tendo como base o domínio do homem, com finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, com vistas à sucessão (LOBO, 2011, p. 23).

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 15), de forma ampla, “o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”. Compreenderia, portanto, os cônjuges e companheiros, parentes e demais relacionados.

Para Maria Berenice Dias (2015, p. 30), deve-se retirar os significados atribuídos à família e simplesmente tratar de famílias, pois uma consoante a mais

teria o condão de ilustrar as famílias em suas mais diversas funções. Assim, a expressão direito das famílias seria a que melhor atenderia à necessidade de amarrar toda a proteção atribuída a elas, sem qualquer discriminação, a independência de formação.

A legislação costuma se referir à família como uma organização mais restrita, formada pelos pais e seus filhos, ainda que estes não sejam essenciais a sua existência. Tal configuração é denominada de pequena família, pois os membros são reduzidos ao núcleo primordial: pai, mãe e filhos, correspondendo ao que os romanos chamavam de *domus* (GONÇALVES, 2012, p. 15).

Identificam-se na sociedade conjugal estabelecida pelo casamento três ordens de vínculos: o conjugal, existente entre os cônjuges; o de parentesco, que reúne os seus integrantes em torno de um tronco comum, descendendo uns dos outros ou não; e o de afinidade, estabelecido entre um cônjuge e os parentes do outro. O direito de família regula exatamente as relações entre os seus diversos membros e as consequências que delas resultam para as pessoas e bens. O objeto do direito de família é, pois, o complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que se origina do entrelaçamento das múltiplas relações estabelecidas entre os componentes da entidade familiar. (GONÇALVES, p. 15).

Sob o ponto de vista de Paulo Lobo, a família seria feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Nesse sentido, três são os vínculos que poderiam coexistir ou existir de maneira isolada: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. Seria a partir desses vínculos, portanto, que se definiria a composição dos grupos familiares, que poderiam se constituir em grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins). (LOBO, 2011, p. 18).

O Código Civil de 1916 tinha como objeto de regulamentação a família do início do século XX, que era formada unicamente pelo matrimônio, impedindo sua dissolução. Tinha caráter discriminatório, fazendo diferenciação entre seus membros, e qualificando de maneira preconceituosa aqueles que se unissem sem casamento, bem como aos filhos oriundos dessas relações.

Com o passar nos anos, o conceito de família foi se remodelando, visto que as transformações sociais impactam diretamente em sua roupagem. Desde a revolução industrial, com o aumento da necessidade de mão de obra e ingresso da mulher no mercado de trabalho, viu-se uma grande transformação nos conceitos antes empregados. Portanto



A estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa. (DIAS, 2015, p. 30)

Dessa forma, o formato hierárquico e patriarcal mantido sobre a família por muito tempo cedeu lugar à sua democratização, sendo as relações construídas com base no afeto, na igualdade e no respeito mútuo. Esse formato familiar remodelado ensejou novos anseios, levando o legislador a adaptar o meio jurídico para atender a família da melhor maneira, como será detalhado no tópico a seguir.

## 2.2 DO DIREITO DE FAMÍLIA NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

A família patriarcal, que a legislação brasileira havia utilizado como modelo desde os tempos da Colônia, Império e quase todo o Século XX, viu-se em crise, tendo a Constituição Federal de 1988 introduzido valores que culminaram em sua decadência no plano jurídico (LOBO, 2011, p. 17). A urbanização acelerada ocorrida no século passado e a emancipação econômica e profissional feminina foram fatores principais para o desaparecimento deste modelo antigo de organização familiar.

Assim, houve grande mudança no exercício de poder em âmbito familiar, vez que já não se visualizava o mesmo em razão de uma hierarquia entre os cônjuges ou entre os pais e os filhos (MORAES, 2013, p. 591). O Direito de Família contemporâneo passou, portanto, a estar pautado na afetividade, buscando a família atual sua identificação na solidariedade, nos termos do art. 3º, inciso I da carta magna.

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou desempenharam papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua. (LOBO, 2011, p. 20).

As transformações ocorridas na família brasileira ocorreram de maneira mais intensa no final do século XX, tanto em seus valores quanto em sua composição, conforme dados extraídos dos censos demográficos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A população urbana equivale a 80% da população total, um número predominante sobre a população rural, cuja família foi utilizada como modelo para o Código Civil de 1916, quando os dados eram inversos (LOBO, 2011, p. 21).

Alguns dados da nova realidade da família brasileira chamam a atenção. O censo demográfico de 1980 apurou que a média de membros por família era de 4,7 na época. Já o censo de 2000 apontou que este número caiu para 3,4. A taxa de natalidade por mãe também apresenta números expressivos. Enquanto na década de 1960 o número era de 6,3 filhos em média, em 2008 este foi reduzido para 1,89 nascimentos por mulher (LOBO, 2011, p. 21). Dessa forma

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito. (LÔBO, 2011, p. 22).

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova era ao direito de família, visto que inaugurou uma nova era de direitos, decretando a igualdade entre o homem e a mulher, além de ampliar o conceito de família, passando a tutelar de maneira igualitária todos os seus membros. Sua proteção passou a alcançar a família constituída pelo casamento, pela união estável, além da chamada família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Além disso, consagrou a igualdade dos filhos, ainda que estes fossem havidos do casamento ou não ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos (DIAS, 2015, p. 32). A legislação e a jurisprudência brasileira, portanto, acompanharam de perto todo o processo de renovação da família, cumprindo

[...] importante papel promocional na construção de novas entidades familiares, que são plurais justamente porque deixadas à escolha de seus membros. Se fosse possível reuni-las em um gênero, esse novo modelo poderia ser denominado “democrático” – correspondente, em termos históricos, a uma significativa novidade: a inserção, no ambiente familiar, de direitos fundamentais como a igualdade e a liberdade. De fato, cinquenta

anos depois do movimento cultural de jovens que consideravam a família a principal fonte de repressão, rigidez e conformismo social, ela tem sido vista como um espaço privilegiado de solidariedade e realização pessoal, o que se deve ao fato de não poderem mais ser ignorados os direitos da personalidade de seus membros. (MORAES, 2013, p. 592).

Com a ruptura ao modelo tradicional de família, houve uma democratização desta, uma vez que passou a abrigar em sua essência a igualdade, o respeito mútuo, a autonomia, a tomada de decisões através da comunicação, o resguardo da violência e a integração social. Portanto, o poder de decisão é distribuído nas famílias democráticas, em que todos os membros devem possuir condições igualitárias de falar e capacidade e interesse em ouvir (MORAES, 2013, p. 592).

Quanto ao seu conteúdo, por se consolidar na área de tutela a pessoa, diz-se que o direito de família é personalíssimo, vez que se manifesta na personalidade de seus membros, considerando a posição que ocupa na família durante toda a vida. Geralmente se compõe de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis. Para alguns autores, também se considera que os direitos de família são imprescritíveis, uma vez que, por exemplo, ninguém pode renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação, tendo em vista que o reconhecimento do filho é irrevogável, e imprescritível, portanto, o direito de ver declarada a paternidade (DIAS, 2015, p. 35).

Neste patamar, a Carta Magna traz, em seu artigo 226, que a família, tida como base da sociedade, terá especial proteção do Estado. Tal disposição ensejou diversos debates quanto à natureza jurídica do Direito de Família, levando a divergências se este se enquadraria como direito público, privado ou um sistema autônomo (COSTA, 2012, p. 14).

Maria Berenice Dias (2015, p. 31) entende que a família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, uma vez que reconhece o sujeito como integrante do vínculo familiar, bem como partícipe do contexto social. Portanto, o “direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte” (DIAS, 2015, p. 31).

Ainda que exista tal debate e que se questione a relevância da importância de tal classificação, a doutrina majoritária entende que o Direito de Família se consubstancia como um ramo do direito civil, sendo este o entendimento, por exemplo, de Carlos Roberto Gonçalves, que disciplina que

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 curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, têm, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele. (GONÇALVES, 2012, p. 16)

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias também adota o posicionamento de que o direito de família tem assento no direito privado, regulamentado pelo Código Civil, que trata das relações dos indivíduos entre si. No entanto,

[...] em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, o direito das famílias dispõe de acentuado domínio de normas imperativas, isto é, normas inderrogáveis, que impõem limitações às pessoas. São normas cogentes que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil publicista. Como são regras que não se sujeitam exclusivamente à vontade das partes, são chamadas de normas de interesse de ordem pública, assim entendidas por tutelarem o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que ao desejo do indivíduo. A tendência em afirmar que o direito das famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da equivocada ideia de que busca tutelar as entidades familiares mais do que os seus integrantes. (DIAS, 2015, p. 35).

É neste patamar que o Código Civil de 2002 destina seu Livro IV da Parte Especial ao direito de família. Inicialmente, sob o título “Do direito pessoal”, traz regras sobre o casamento, sua celebração, validade e dissolução, além da proteção da pessoa dos filhos, bem como as relações de parentesco, ressaltando a igualdade existente entre os filhos de maneira plena, conforme inovações consagradas pela Constituição Federal de 1988.

Em seguida, traz o título “Do direito patrimonial”, em que disciplina os direitos patrimoniais advindos do casamento, com foco no regime de bens e no pagamento de alimentos, além de tratar, também, do usufruto e administração dos bens de filhos menores, bem como o bem de família.

Por sua vez, o título III é direcionado à união estável e seus efeitos, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 inovou ao reconhecer este novo modelo de família em seu artigo 226, § 3º, equiparando-se ao casamento. Por fim, o título IV traz disposições quanto à proteção por meio da tutela e da curatela.

Maria Berenice Dias (2015, p. 35) inova ao sustentar que, considerando as características extremamente particulares do direito das famílias, seria necessário

considera-lo como um microsistema jurídico, merecendo, assim, tratamento legal autônomo, um Código a parte da atual coletânea cível. Estaria assim

[...] progredindo a inovadora ideia de a ciência da família vir a ser disciplina interdisciplinar autônoma, na procura de analisar e explicar, se possível de forma plena, dimensões da vida familiar conjunta e possivelmente encontrar regularidades na conexão entre família e sociedade. Atento a esta tendência é que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM elaborou o Estatuto das Famílias, projeto de lei que tramita perante o Senado Federal. (DIAS, 2015, p. 35).

Assim, nesse contexto jurídico, a condição dos filhos assume papel de grande relevância no direito de família, uma vez que é inegável sua importância na formação dos cidadãos e na composição da sociedade. Nesse patamar, percebeu-se que

O despertar do interesse pela socioafetividade no direito de família, no Brasil, especialmente na filiação, deu-se, paradoxalmente, no mesmo tempo em que os juristas se sentiram atraídos pela perspectiva de certeza quase absoluta da origem biológica, assegurada pelos exames de DNA. Alguns ficaram tentados a resolver todas as dúvidas sobre filiação no laboratório. Porém, a complexidade da vida familiar é insuscetível de ser apreendida em um exame laboratorial. Pai, com todas as dimensões culturais, afetivas e jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico; é mais que este. (LOBO, 2011, p. 30).

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, trazida em Assembleia das Nações Unidas, e positivada no direito brasileiro por meio do Decreto nº 99.710, de 21/11/1990, preconiza a proteção especial a criança por meio do princípio do melhor interesse desta, em suas dimensões pessoais, devendo para tanto coloca-la no centro das relações familiares (LOBO, 2011, p. 27). Para Maria Celina Bodin de Moraes (2013, p. 602), “à família como instituição corresponde a atual família democratizada, criada e protegida pela Constituição de 1988, cujos protagonistas são os filhos”.

### 2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o intuito de adaptar-se às mudanças sociais ocorridas no âmbito familiar, o Código Civil de 2002 incorporou diversas mudanças legislativas ocorridas nos últimos anos. Trouxe, portanto, ampla e atualizada normatização de pontos

primordiais ao direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais, conferindo à família moderna “um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade” (GONÇALVES, 2012, p. 18).

O ordenamento jurídico está pautado em princípios e regras, que se diferenciam pelo seu grau de importância. Acima das legislações se encontram princípios que agregam para si as necessidades de justiça e de valores éticos, se comportando como suporte axiológico, trazendo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico, tendo conteúdo de validade universal, servindo para balizar todas as regras (DIAS, 2015, p. 40). Portanto

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, e, [...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. Um princípio, para ser reconhecido como tal, deve ser subordinante, e não subordinado a regras.

[...]

A atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo de abertura do sistema jurídico. Eles funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural e, de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional (DIAS, 2015, p. 41).

Considerando os princípios trazidos pela Constituição Federal, verifica-se que é no ramo do direito de família que mais se sente o reflexo destes, visto que há a consagração de valores sociais fundamentais, desdobrando-se em múltiplas facetas. Ainda que existam princípios gerais aplicáveis a todas as áreas do direito, ressalta-se que há princípios especiais que são próprios das relações de família, servindo como direção para qualquer questão da matéria.

Está o novo modelo de direito de família, portanto, pautado nos seguintes e principais princípios, que serão melhor detalhados abaixo: princípio do respeito à dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; princípio da paternidade responsável e planejamento familiar; princípio da solidariedade familiar; princípio da comunhão plena de vida; princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar; princípio da afetividade.

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana se apresenta como um grande princípio, sendo fundamento do Estado Democrático de Direito. O constituinte, preocupado com a proteção dos direitos humanos e da justiça social,

trouxe a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Seu caráter de universalidade faz com que seja considerado um macroprincípio, irradiando dele a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, solidariedade e afetividade (DIAS, 2015, p. 45).

O direito de família possui ligação direta com os direitos humanos, que se sustentam pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ponto de partida do novo direito de família. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 45), tal princípio significa “igual dignidade para todas as entidades familiares”. Portanto, não se pode dar tratamento diverso a filhos biológicos ou adotados, bem como deve-se respeitar todas as formas de constituição de família. Tal princípio carrega em si a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros (GONÇALVES, 2012, p. 18).

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, por meio do art. 226, § 5º da Constituição Federal de 1988, encerra com o poder patriarcal sobre a mulher, que antes se via restrita às funções domésticas e de procriação. O marido, que antes era tido como chefe conjugal por meio do Código Civil de 1916, já não mais exerce tal poder sobre a esposa (GONÇALVES, 2012, p. 19). O dever de prover a manutenção à família é de incumbência tanto do homem quanto a mulher, tendo a carta constitucional grande papel de isonomia no direito de família (DIAS, 2015, p. 47).

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos está consubstanciado no art. 227, § 6º da Carta Constitucional, que estabelece que os filhos, independentemente de serem concebidos no casamento ou não, ou advindos de adoção, terão os mesmos direitos e qualificações. Portanto, verifica-se que tal princípio estabelece plenas condições de igualdade entre todos os filhos, não se admitindo mais a primitiva ideia de filiação legítima ou ilegítima, devido ao matrimônio entre os pais, bem como a diferenciação para filhos adotivos (GONÇALVES, 2012, p. 19).

Com relação ao princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, traz o art. 226, § 7º da Constituição Federal que o planejamento familiar será de livre decisão do casal, devendo-se observar os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Ressalta-se que tal responsabilidade não está restrita a apenas um genitor, mas sim a ambos os genitores, cônjuges ou companheiros (GONÇALVES, 2012, p. 20).

O princípio da solidariedade familiar se originou nos vínculos de afeição, compreendendo a solidariedade em suas raízes de fraternidade e reciprocidade, sendo o que cada um deve ao outro. O Estado, portanto, atribuiu deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, como por exemplo, impor aos pais o dever de assistência aos filhos. Verifica-se a consagração do princípio da solidariedade, também, quando o legislador previu que o casamento se estabelece em plena comunhão de vidas (DIAS, 2015, p. 49).

O princípio da comunhão plena de vida tem sua base na afetividade entre os cônjuges ou conviventes, conforme o art. 1.511 do Código Civil. A presente normativa relaciona-se com o lado espiritual e de companheirismo que deve existir no casamento, tornando-o mais humano, sendo esta a intenção do legislador. Independente que a convivência familiar se dê por organismo familiar fundado no casamento, companheirismo ou de forma monoparental, os deveres e os direitos são os mesmos. Assim, a dissolução da sociedade conjugal se materializa pela não mais existência da *affectio*, e não por culpa de um dos cônjuges. Nos termos do art. 1.513 do Código Civil, é vedada a qualquer pessoa jurídica a interferência na comunhão de vida consolidada pela família (GONÇALVES, 2012, p. 20).

Devido ao princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, a família pode ser formada de diversas maneiras. Seja pelo casamento, pela união estável, ou qualquer outra forma, não haverá nenhuma imposição ou restrição por terceiro, abrangendo tal princípio, também, a livre decisão do planejamento familiar, evitando-se a intervenção estatal (GONÇALVES, 2012, p.20).

Por fim, o princípio da afetividade se apresenta como o princípio que fundamenta o direito de família em sua seara socioafetiva e na comunhão de vida (DIAS, 2015, p. 52). Para Paulo Lôbo, “a afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade”. (LOBO, 2011, p. 20).

Ressalta-se que não há como esgotar todos os princípios existentes, visto que cada doutrinador possui entendimento diverso do outro, não se conseguindo sequer trazer um número mínimo em que haja consenso. Buscou-se neste último tópico condensar as principais informações trazidas pela doutrina majoritária, passando-se, no próximo capítulo, a discorrer de maneira mais detalhada quanto à afetividade.



### 3 O AFETO E O ABANDONO

#### 3.1 DO AFETO E SUA VALORAÇÃO JURÍDICA

As alterações de paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos anos trouxeram à baila diversos novos institutos, além de mudanças de interpretações de institutos já existentes. E é neste patamar de inovações que se encontra o afeto e sua valoração jurídica, tendo em vista que a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais foram a marca do direito de família tradicional, ao contrário da família atual, que tem como característica outros interesses de natureza humana, sendo tipificada por um elemento distinto, que é a afetividade (LOBO, 2011, p. 26). A afetividade pode ser conceituada como o “princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” (LOBO, 2011, p. 70).

A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares. (LOBO, 2011, p. 73).

Maria Berenice Dias (2015, p. 52) traz em sua obra que o termo *affectio societatis*, utilizado principalmente no Direito Empresarial, também pode ser empregado no Direito de Família, para demonstrar como se dá a afeição entre duas pessoas para constituição de uma nova sociedade, a família. Porém, ressalta-se que o afeto “não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família” (DIAS, 2015, p. 52). As conseqüentes mudanças na 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 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. (LOBO, 2011, p. 72).

A afetividade impulsionou-se com os valores trazidos pela Constituição Federal de 1988, sendo resultado da evolução da organização familiar nas últimas décadas do século passado, passando a refletir na doutrina e na jurisprudência dos tribunais. Para Paulo Lobo (2011, p. 17) “enquanto houver *affecto* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”. Com a afetividade

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares. (LOBO, 2011, p. 71).

O princípio da afetividade, com enfoque no direito de família, traz consigo os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, além de relacionar-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que indicam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família, estando implícito na Constituição.

Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: 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); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). (LOBO, 2011, p. 71).

O afeto se apresenta como uma novidade no mundo jurídico, sendo tratado como algo que deve ser intrínseco às relações familiares, e, apesar de sua importância na constituição da família, há bem pouco tempo quase não se discutia sua relevância para o Direito. Nesse contexto, vários doutrinadores questionam sobre a natureza do afeto: teria ele roupagem jurídica, seja como princípio ou valor, ou não? (SANTOS, 2011, p. 12)

Aqueles que entendem que o afeto não possui qualquer caráter jurídico sustentam que princípio é norma, e como tal deve e pode ser imposto, sendo passível de cobrança jurídica. Nesse sentido, entenderam que o afeto não poderia

ser algo advindo de imposição, não sendo, portanto, um princípio normativo (SANTOS, 2011, p. 13). Para essa corrente, o ato de pagar em dinheiro um sentimento que não fora oportunamente preenchido seria uma forma de mercantilizar o amor, uma vez que tal medida converteria a falta do afeto em pecúnia (GARCIA, 2014, p. 109).

Apesar dos entendimentos contrários ao posicionamento de que o afeto possui caráter jurídico, a doutrina majoritária já se manifestou no sentido de que teria este caráter de princípio jurídico nas relações familiares. Nesse sentido, assim se manifestou o professor Paulo Lobo:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). (LOBO, 2011, p. 71).

Trouxe o Estado para si, obrigações com que deve arcar para com os seus cidadãos. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 elencou uma grande lista de direitos individuais e sociais, que tiveram por objetivo garantir a dignidade de todos os indivíduos. O constituinte demonstrou com tal atitude o compromisso de assegurar o afeto. Assim, o primeiro a ser obrigado a assegurar o afeto junto de seus cidadãos é o próprio Estado (DIAS, 2015, p. 52). Maria Berenice Dias entende que

O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos racionais e a realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo. (DIAS, 2015, p. 52)

Deve o direito selecionar os fatos da vida que são passíveis de incidência da norma jurídica. Portanto, o dever jurídico de afetividade dos pais para com os filhos e aos parentes entre si se dá em caráter permanente, a independêr dos sentimentos que tenham um pelo outro. Por sua vez, quanto aos cônjuges e companheiros, o dever jurídico de afetividade, manifestado por meio do dever de assistência, pode se prorrogar para depois da convivência, tais como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada (LOBO, 2011, p. 72).

Ainda que o termo afeto não esteja expresso na Carta Constitucional, esta, ainda assim, o trouxe no corpo de sua proteção. A união estável foi reconhecida como organismo familiar, detentora de tutela jurídica, estando pautada na afetividade. Teria a afetividade, portanto, adquirido reconhecimento e inserção no sistema jurídico. O novo modelo de família constitucionalizado se comporta de maneira igualitária, dando abertura para o afeto e para a realização individual (DIAS, 2015, p. 52).

A afetividade carrega em si o sentimento de solidariedade recíproca, não podendo ser abalada pela predominância de interesses patrimoniais. É nesse contexto que se visualiza a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, respeitando seus direitos fundamentais. Estaria a pessoa humana, portanto, na frente de suas relações familiares (DIAS, 2015, p. 52). O afeto, portanto, não se consolida como fruto da biologia, uma vez que tais laços são construídos da convivência familiar, e não do sangue. Portanto, “a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado” (DIAS, 2015, p. 53).

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas. (DIAS, 2015, p. 53).

O Código Civil, por meio do artigo 1.593, traz regra geral que contempla o princípio da afetividade, determinando que o parentesco é natural ou civil, seja resultado de consanguinidade ou origem diversa. Tal normativa acaba por impedir que o Poder Judiciário considere como verdade real a biológica. Portanto, os laços

familiares (incluindo a própria filiação), a independerem de formação consanguínea, possuem a mesma dignidade, sendo regidos pelo princípio da afetividade (LOBO, 2011, p. 72). Assim

A força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador. A afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares. Às vezes a intervenção legislativa fortalece o dever de afetividade, a exemplo da Lei n. 11.112/2005, que tornou obrigatório o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas, assegurando o direito à companhia e reduzindo o espaço de conflitos, e da Lei n. 11.698/2008, que determinou a preferência da guarda compartilhada, quando não houver acordo entre os pais separados. (LOBO, 2011, p. 73).

Paulo Lobo (2011, p. 73) retrata que a doutrina majoritária brasileira tem visualizado a aplicação do princípio da afetividade em diversas situações fáticas no direito de família, nas dimensões da solidariedade e da cooperação, da concepção eudemonista, da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade, dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida, da colisão de direitos fundamentais, da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não.

Maria Berenice Dias discorre que o Código Civil também não utilizou a palavra afeto em sua redação, porém invoca a relação de afetividade e afinidade como elemento indicativo para a definição da guarda a favor da terceira pessoa, conforme art. 1.584, § 5º do diploma legal acima mencionado. Ainda assim, é possível visualizar na lei a elevação do afeto a valor jurídico, nos seguintes aspectos da lei civil: ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (art. 1.511), quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (art. 1.593), na consagração da igualdade na filiação (art. 1.596), ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (art. 1.604) e, quando trata do casamento e de sua dissolução, trazendo antes as questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais (DIAS, 2015, p. 53). Estariam

[...] as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser

reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.

Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade. (DIAS, 2015, p. 54).

Nas novas composições familiares, pode-se visualizar a filiação socioafetiva, nas quais casados ou solteiros passam a conviver com os filhos de outro parceiro ou de parentes próximos, trazendo para si todos os cuidados parentais, sejam estes de ordem material e afetiva. Além do mais, a procura de adoção por casais ou solteiros homoafetivos deu margem para uma percepção do Poder Judiciário de mudança de postura, que passou a autorizar o acolhimento da criança com base no afeto (BRAGA, 2012, p. 17).

### 3.2 DO ABANDONO AFETIVO E SUAS IMPLICAÇÕES

A espécie humana, ao longo de sua vivência, atingiu diversas façanhas, buscando sempre o incessante aperfeiçoamento. O homem, portanto, é uma criatura que está em constante busca de si mesmo, estando a todo momento a examinar suas condições de existência, consistindo tal análise no real valor da vida. Para Débora Souto Costa (2012, p. 40), a faculdade do homem em dar uma resposta para si mesmo e aos outros, faz dele um ser responsável, um sujeito moral.

A racionalidade é, pois, um traço inerente a todas as decisões humanas. Assim, difere-se o homem totalmente da natureza, tendo em vista que possui consciência de si mesmo, havendo a necessidade de autoconsciência devido a seu senso de individualidade. Não tem o ser humano aptidão para viver isolado, necessitando de aprovação social para pertencer a um grupo (COSTA, 2012, p. 40).

É na infância que surge no ser humano a mais importante e radical ocorrência no processo evolutivo, isto é, a autoconsciência é a primeira oportunidade em que se encontra com o eu, justamente porque próximo aos três anos de idade, a criança toma consciência de sua liberdade, sentindo-se no relacionamento com os pais, e a si mesma como um indivíduo independente, capaz de opor-se a eles, se necessário.

Neste processo, um elemento extremamente relevante para o desenvolvimento pessoal, sem sombra de dúvida, é o amor.

[...]

Para a transformação do estado infantil em estado adulto, imperioso o respeito à infância, aos primeiros passos da longa jornada representada pela vida. Somente possibilitando o aprendizado sadio das experiências da

vida, o processo de formação humana poderá atingir seu ápice final: a conquista da dignidade da pessoa e seu autorreconhecimento como pessoa com plena dignidade. (COSTA, 2012, p. 41).

De acordo com o Código Civil, diante dos deveres decorrentes do poder familiar, vislumbra-se que é dever dos pais exercer a guarda dos filhos, seja esta unilateral ou compartilhada, bem como conduzir-lhes a criação e a educação (art. 1.634, I e II). Tal encargo será de ambos os entes parentais, ainda que estes se encontrem separados (art. 1.631). Estando-se diante da guarda unilateral, o direito de um dos genitores fica limitado em ter os filhos em sua companhia (art. 1.632). Ressalta-se, que é garantido ao outro genitor o direito de visitação (art. 1.589).

O adimplemento do dever de visita sempre ficou exclusivamente à mercê da vontade do genitor, que escolhia, a seu bel-prazer, a hora, o dia e a periodicidade para ver os filhos. A estes só cabia aguardar pacientemente que o pai resolvesse vê-los. Também às vezes era o guardião que impedia o direito de visita do outro genitor, por vingança, decorrente de sentimento de abandono pela separação e, não raro, em face do inadimplemento da obrigação alimentar. Também é possível, ainda, imaginar hipóteses em que a "culpa" pelo abandono afetivo da prole possa ser imputado a ambos os genitores. (DIAS, 2015, p. 542).

Os pais devem, portanto, efetivar seus deveres na criação e educação de seus filhos, garantindo toda a assistência material e moral, “para que estes se desenvolvam intelectual, social e espiritualmente, além de satisfazer as necessidades biológicas destes menores” (LAURENTIZ, 2014, p. 5).

Por muito tempo o termo abandono afetivo parental fora utilizado, tendo seu uso sido reduzido, passando-se a falar, no meio forense, em abandono afetivo. Tal abandono pode-se concretizar por qualquer dos entes parentais, seja pelo pai ou pela mãe, porém, o que se vê na prática, é que o abandono afetivo é reiteradamente praticado pela figura paterna. Busca-se explicar o fato, considerando que os filhos, em sua maioria, acabam residindo com a mãe após a separação de um casal, fazendo com que o pai acabe por se distanciar da organização familiar (BRAGA, 2012, p. 11). Para Paulo Lobo

[...] a doutrina e a jurisprudência brasileiras atentaram para o fato de o pai, que não convive com a mãe, contentar-se em pagar alimentos ao filho, privando-o de sua companhia. A questão é relevante, tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas. (LOBO, 2011, p. 311).

Ressalta-se que o abandono afetivo não reside no fato do ente parental cumprir com suas obrigações financeiras. Na verdade, vai muito além disso, pois, ainda que o genitor arque com suas prestações alimentícias junto a seu filho, acaba por se distanciar ou nem conhecê-lo, retirando-o da convivência afetiva que poderia ser construída ao longo da vida, estando os deveres de afeto e convivência aguardados prejudicados (BRAGA, 2012, p.11).

Cada dia mais se visualiza na imprensa diversos casos de abandono de crianças e adolescente, e, apesar de parecer algo recente, este fenômeno é antigo na história do ser humano, sendo regulamentado, por exemplo, no Código de Hamurabi, datado do segundo milênio antes de cristo. Na época da Roma Antiga, inclusive, o pai detinha de todo o poder sobre seus filhos, podendo até lhes decretar a morte (BRAGA, 2012, p. 16).

Por não existirem provas de que os indígenas abandonavam suas crianças, considera-se que no Brasil o abandono adveio da colonização. A pesquisa de Julio Cezar de Oliveira Braga (2012, p. 17) registrou que as crianças abandonadas nesta época eram recebidas pelo óleo do batismo, pois o direito do batismo era estendido a todos, sem qualquer distinção. Sua pesquisa também revelou que um dos fatores pelos quais se verificava baixo índice de abandono na sociedade goiana era em decorrência da influência dos indígenas que habitavam a região, e mantinham relação de extrema afetividade com suas crianças (BRAGA, 2012, p. 17). A relação de extrema afetividade com a ausência de abandono traz à tona a questão do abandono afetivo. Assim

O abandono afetivo apesar de não oferecer, a princípio, o mesmo risco de vida a que os maus tratos e o descarte físico submetem a criança, afeta sem dúvida o seu psiquismo. O desejo do pai de conviver com seu filho, mesmo que tenha existido em algum momento na estória familiar, acaba por perder o contorno, a cor, o gosto. Torna-se intangível e inatingível ao longo dos anos, por motivações diversas, conscientes ou inconscientes e ainda que o sustento material esteja presente, a ausência afetiva sinaliza o desinteresse, a falta de desejo do outro e por fim remete ao desamparo (BRAGA, 2012, p. 17).

A legislação brasileira trata do abandono no Estatuto da Criança e do Adolescente, extraído-se do artigo 22, que este se configura quando os pais deixam, sem justa causa, de prover o sustento, a guarda e a educação dos filhos menores de dezoito anos. Por sua vez, o artigo 23 do referido diploma legal estabelece que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui causa



suficiente de abandono de uma criança ou adolescente, não sendo motivo para a decretação da perda ou suspensão do poder familiar. Verifica-se, então, que o abandono afetivo está ligado à ausência de afeto e cuidado, ainda que as obrigações financeiras estejam pendentes.

A Constituição Federal de 1988, junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, adotou a doutrina da proteção integral. Ao tratar da norma constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz como direito fundamental de crianças e adolescentes o seu desenvolvimento harmonioso (art. 7º), garantindo-lhes o direito de serem criadas e educadas no seio de sua família (art. 19). Assim, todas as crianças e adolescentes devem ser colocadas a salvo de toda forma de negligência. Passaram a ser, portanto, sujeitos de direito, tendo, dessa forma, várias garantias e prerrogativas. Ocorre que, a implementação de direitos enseja na execução de deveres por parte de outros, enumerando a Constituição quem são aqueles que devem se responsabilizar pela efetividade das garantias trazidas: a família, a sociedade e o Estado (DIAS, 2015, p. 97). Nesse sentido

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano acabou por escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. Por certo, a decisão do STJ reconheceu o cuidado como valor jurídico, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar. (DIAS, 2015, p. 97).

O Código Penal tipifica o abandono como crime em duas situações, quais sejam: abandono material e abandono intelectual. O abandono material, previsto no artigo 244, ocorre quando alguém deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de sessenta anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia, ou então, quando deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo. Por sua vez, o abandono intelectual, tratado no artigo 246 do

diploma legal acima citado, se configura quando alguém deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar.

O abandono afetivo parental pode ser caracterizado como o distanciamento ou a própria ausência afetiva dos entes parentais, ainda que estes estejam em dia com suas obrigações materiais e financeiras. Verifica-se que tal situação de distância afetiva costuma ocorrer quando da dissolução do casamento ou da união estável, no qual o filho menor passa a residir apenas com um dos pais. Nessa situação, o genitor que não é detentor da guarda, passa a realizar visitas em períodos já determinados. Ressalta-se que o abandono afetivo não se configura quando um dos pais pratica alienação parental para com o filho, havendo, assim, a construção de uma história desabonadora a um dos genitores (BRAGA, 2012, p. 20).

Além da situação tratada acima, o abandono afetivo também pode ser concebido quando da ocorrência de encontros amorosos tidos como passageiros ou em “produções independentes”, quando o filho é gerado sem o desejo ou conhecimento do pai, que por muitas vezes acaba não sabendo da existência da criança ou, mesmo sabendo, abre mão do exercício de seu direito/dever de genitor (BRAGA, 2012, p. 20). Paulo Lobo preceitua que o abandono afetivo

(...) nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas. Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpre o múnus inerente ao poder familiar. Afinal, se uma criança veio ao mundo — desejada ou não, planejada ou não — os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda. (LOBO, 2015, p. 312).

Portanto, a falta de convívio dos pais com os filhos, quando do rompimento da relação de afetividade pode gerar graves sequelas de ordem psicológica, comprometendo seu desenvolvimento saudável. Nesse sentido, “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação” (DIAS, 2015, p. 97).

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo suscetível de ser indenizado. A negligência justifica, inclusive, a perda do poder familiar, por configurar abandono (CC 1.638 II). Porém, esta penalização não basta. A decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas

bonificação pelo abandono. A relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, deixando clara a preocupação com os filhos como sujeitos, e não como assujeitados ao poder paterno ou, mais especificamente, ao poder do pai. (DIAS, 2015, p. 542).

A figura do ente parental é responsável pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade, vez que, neste contexto impera a ordem, a disciplina, a autoridade e os limites. Assim, a omissão dos pais no cumprimento das responsabilidades adquiridas pelo poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, gera danos extrapatrimoniais que são merecedores de reparação. Essa ausência prejudicará de maneira imensurável a prole abandonada, visto que a falta de referência pode trazer danos permanentes na construção do ser social (DIAS, 2015, p. 97).

Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor. (DIAS, 2015, p. 98).

Os efeitos advindos do abandono afetivo são “devastadores, nefastos e que doem na alma, no interior, no íntimo de cada um, mas que tem reflexos claros no indivíduo e na sociedade com a qual convive” (COSTA, 2012, p. 43). O abandono afetivo se apresenta, portanto, como um problema jurídico, social e de saúde pública, uma vez que seus efeitos, ainda que não visualizados fisicamente, podem ser percebidos na alma do indivíduo. Especialmente na infância, o ser humano tem uma necessidade maior do outro, uma vez que se trata do período de formação da personalidade. Pertencer a uma família e se sentir amado por ela é um desejo natural (COSTA, 2012, p. 43).

O filho que é abandonado por seus genitores, por mais que seja amado e amparado por seus familiares, pode apresentar limitações em seu comportamento social e mental que o perseguirão por toda a vida. Aquele que foi abandonado se vê diante de um vazio injustificado num contexto do senso comum que preenche todo seu universo afetivo (COSTA, 2012, p. 44).

A dor psicológica de não ser querido e cuidado por quem se espera tais sentimentos e atitudes, naturalmente, é capaz de desmoronar o ser em formação e a lógica que permeia suas indagações mais íntimas. É querer saber por que todos têm pais presentes, e somente ele não; é generalizar que seus amigos são amados por seus pais e que estes os têm com as melhores expectativas para o futuro.

As consequências são distúrbios de comportamento, como baixa auto-estima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação da perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz (COSTA, 2012, p. 44).

Diante do exposto, fica evidente como o abandono afetivo traz danos irreversíveis na vida dos filhos. Nesse sentido, tal conduta pode e deve gerar obrigação indenizatória, conforma já se posicionou o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), por meio de seu enunciado 8, que ratifica o presente entendimento. Conforme será demonstrado no próximo capítulo, a reparação do dano sofrido encontra respaldo legal, uma vez que atinge o sentimento de estima frente determinado bem.

## 4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL CAUSADA PELO ABANDONO AFETIVO

### 4.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Diante do reconhecimento e fundamentação da afetividade e da necessidade de proteção à criança e ao adolescente, necessário se faz discorrer quanto à teoria da responsabilidade civil, observando, para tanto, as regras para a eventual constatação de possível dano moral a ser indenizado, nos termos da legislação brasileira atual.

A responsabilidade, além de sua natureza jurídica, possui raízes de ordem sociológica, filosófica e moral, ligando-se a todos os domínios da vida social. Tal termo tem sua origem de maneira recente na história, sendo posta em uso no fim do século XVIII pelos franceses e, mais a frente, pelos ingleses. Foi neste período que vislumbrou-se a chegada do Iluminismo, em que a ideologia de liberdade traria, por consequência, a responsabilidade como limitadora do poder do Estado (BRAGA, 2012, p. 32). Em decorrência de tal fato, o

[...] o conceito de responsabilidade decorreria do livre arbítrio de uma tomada de consciência e da autonomia plena de vontade, como característica maior daquele momento político e jurídico [...]. A responsabilidade se inscreveria numa certa dimensão da liberdade de agir e, por isso mesmo, de responder pela repercussão do ato na vida de outrem. (BRAGA, 2012, p. 32)

Tendo por base a teoria clássica, a responsabilidade civil se consolida em três pressupostos, quais sejam: o dano, a conduta culposa e a relação de causalidade entre os dois primeiros itens. Ocorre que na civilização primitiva não se tinha a ideia de culpa ao causador dos danos, uma vez que se encontrava sob o regime da vingança privada, não havendo regras ou limitações a se observar, valendo-se da Lei de Talião: olho por olho, dente por dente (SANTOS, 2011, p. 53).

Em um segundo momento, passou-se a observar, ainda sem a noção de culpa, o chamado período da composição, em que o indivíduo sofredor do dano passava a requerer vantagens e conveniências de cunho econômico àquele que havia o lesado. Com o passar dos tempos, a vingança praticada pelo particular foi vedada, passando a composição econômica a ser obrigatória para reparação dos danos sofridos, vindo com isso a tarifação (SANTOS, 2011, p. 53).

É no direito romano, somente, que se passa a diferenciar a pena e a reparação, chamando o Estado para si a função de aplicar a punibilidade, ficando o particular somente com a possibilidade de buscar a reparação de seus danos por meio de ação de indenização. A elaboração da *Lex Aquilia*, datada de 250 a.c, se mostrou como um grande marco, vez que fora nela em que se esboçou o princípio geral regulador da reparação do dano (GONÇALVES, 2010, p. 165).

Porém, como mencionado acima, foi no direito francês que se estabeleceu um princípio geral de responsabilidade civil, que não trouxe em si a enumeração taxativa dos casos em que seria aplicado, mas sim a elaboração de novos princípios a partir dele (SANTOS, 2011, p. 53). É no desenvolvimento industrial e na multiplicação dos danos que se deu o surgimento de novas teorias acerca da responsabilidade civil com o intuito de proteção às vítimas (GONÇALVES, 2010, p. 166). A partir deste momento, inaugurou-se o período de desenvolvimento da teoria clássica da responsabilidade civil, com a adoção subsidiária da responsabilidade objetiva, sendo tal entendimento o que se impõe na atualidade.

Árduo foi o reconhecimento da possibilidade da aplicação da responsabilização civil por danos morais. Inicialmente, vigorava a tendência negativista, em que o dever de reparação estava vinculado a certas disposições específicas naquele sentido; ou seja, só os casos previamente previstos em lei eram passíveis de serem tutelados. Ainda, argumentava-se por negar a indenizabilidade dos danos morais, aduzindo que a indenização não teria condições de eliminar o prejuízo e suas consequências. Ou seja, dano moral era dano não indenizável. (SANTOS, 2011, p. 54).

A conduta ilícita gera, portanto, danos de ordem material e moral. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o dever de reparação foi elevado a caráter constitucional, pois a Carta Magna trouxe em sua redação entre os seus direitos e garantias fundamentais o direito de resposta, proporcional ao agravo, além do reconhecimento dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrentes da violação destes.

Ao sujeito de direito, atingido em sua dignidade por uma violação de conduta alheia, estaria garantida a consecução judicial do pleito indenizatório para a reparação do abalo sofrido, reparando-lhe o desfalque em sua integridade física, emocional ou psíquica. O dano moral passou a ser vinculado à noção de ofensa àqueles valores constitucionalmente tutelados. (BRAGA, 2012, p. 33).

Julio Cezar de Oliveira Braga (2012, p. 32) observa em sua obra que a estrutura da palavra responsabilidade reside na mesma fundação da palavra resposta, quando da obrigação de responder pelas próprias ações ou dos outros. Ou seja, verifica-se que uma situação ou caráter de qualquer um pode ser chamado a responder por um fato perante o outro. Assim, portanto, a resposta sempre se daria em função e diante do outro.

Não é por outra razão que a responsabilidade ou o ser responsável remonta à ideia de equivalência de contraprestação ou de correspondência, da qual decorre a noção de responsabilidade no sentido de repercussão obrigacional da atividade humana. Por isso mesmo, a responsabilidade, em suas cercanias jurídico-filosóficas, considera um sujeito consciente de sua ação, motivado tão somente pelo domínio de uma razão plena, clara e conhecida. (BRAGA, 2012, p. 32).

O Código Civil trata do dever de indenizar em seu art. 186, dispondo que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, cometerá ato ilícito. Na mesma linha de raciocínio, o art. 927 estabelece que aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, ficará obrigado a promover a reparação.

Portanto, assim como as relações familiares, a responsabilidade civil enquanto instrumento de pacificação social também sofreu alterações com o tempo, não se restringindo apenas com a reparação da lesão de cunho puramente econômico, uma vez que o ser humano passou a ser visto com um olhar mais amplo, sendo colocados em destaque seus valores intrínsecos, tendo a dignidade da pessoa humana caráter de direito fundamental (VIAFORE, 2007, p. 15). Percebe-se, assim, que a responsabilidade civil contemporânea traz como característica a ampliação das situações passíveis de reparação, com enfoque no dano extrapatrimonial. Nesse sentido, traz Wesley Louzada Bernardo interessante apontamento quanto a essa nova vertente do dano moral:

Há, entretanto, o risco da banalização do dano moral, ou seja: se tudo é dano moral, nada o será. E as consequências de tal processo são, a médio e longo prazo, devastadoras para o próprio mecanismo reparatório que se busca ver ampliado. Com a concessão de reparações a situações caracterizadas de meros aborrecimentos, em número cada vez maior, há uma tendência de agrupar-se situações diferentes e reduzir-se os valores pagos, sob pena de sufocar a atividade econômica, que não suportaria pagar indenizações altas em proporções industriais.  
[...]

Resumindo: se tudo é dano moral, a longo prazo nada será dano moral. (BERNARDO, 2008, p. 479).

Ainda nesta seara, Wesley Louzada Bernardo (2008, p. 482) se manifesta totalmente contrário a corrente que defende o dano moral como dor, angústia, sofrimento, humilhação, vexame experimentados pela vítima. Para ele, tal concepção confundiria os sintomas com a causa, uma vez que todos estes sentimentos negativos poderão estar presentes nos casos de danos morais (BERNARDO, 2008, p. 482).

Traz a doutrina majoritária dois critérios para a classificação da responsabilidade civil. De acordo com a presença do elemento culpa, divide-se em responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. Por sua vez, quanto à natureza da norma violada, pode ser classificada como contratual ou extracontratual (BARROS, 2013, p. 39).

A responsabilidade civil subjetiva é caracterizada pela existência de culpa. Assim, quando se faz necessária a análise da conduta do agente causador do dano para se chegar à conclusão quanto ao dever de indenizar ou não, está-se diante da responsabilidade civil subjetiva. De maneira contrária, quando for irrelevante a análise da presença de culpa, configura-se a responsabilidade civil objetiva (SANTOS, 2011, p. 58). Para o presente estudo importará somente a responsabilidade civil subjetiva, levando em consideração as próprias características das relações familiares.

A obrigação de reparar pode se dar em decorrência de uma violação a uma relação jurídica obrigacional anteriormente estabelecida ou por desrespeito a uma obrigação normativa. Caso a relação jurídica entre as partes seja preexistente, a responsabilidade civil será contratual, devido ao resultado de inexecução de obrigação constituída em ato jurídico negocial. Por sua vez, quando não houver vínculo contratual entre a vítima e o autor do dano, tratando-se de violação legal a preceito impositivo, a responsabilidade civil será extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana. Na responsabilidade contratual, o ônus da prova caberá ao devedor, que deve demonstrar que não agiu com culpa. Já na responsabilidade extracontratual, é a vítima quem deve provar a culpa do agente. (SANTOS, 2011, p. 57).

A responsabilidade civil se subdivide em três elementos fundamentais, não bastando apenas verificar o grau de culpa para que assim se estabeleça o dever de



indenizar, decorrendo da prática de ato ilícito que se configura pelos seguintes elementos: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. Quanto à conduta humana, esta pode se dar de maneira comissiva ou omissiva (positiva ou negativa), própria ou de terceiros ou, mesmo, ilícita (regra geral) ou lícita (situação de excepcionalidade). O dano se configura quando há a violação de um interesse juridicamente tutelado, seja este de natureza patrimonial, seja de violação a um direito de natureza extrapatrimonial. Por sua vez, o nexo de causalidade é visualizado quando há a vinculação necessária entre a conduta humana e o dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 728).

Além desses três elementos básicos, que serão obrigatórios para a caracterização da responsabilidade civil em qualquer de suas modalidades, há de se lembrar o elemento anímico, a culpa, de caráter eventual, compreendida como a violação de um dever jurídico preexistente, notadamente de cuidado.

Nas relações de família, outrossim, a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento “culpa”, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art. 186 do CC. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 728).

No mesmo sentido do que fora exposto acima, Rodrigo da Cunha Pereira traz o seguinte entendimento quanto à responsabilidade civil, e seus destinos indenizatórios quanto à aplicabilidade no caso de abandono afetivo:

1. Existência de uma ação ou omissão que se apresenta como ato ilícito: a conduta humana culposa, ou até mesmo dolosa, exteriorizada pela ação ou omissão do “pai” ou da “mãe” ao negar o exercício da parentalidade;
2. Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima pelo agente: o dano ou prejuízo causado ao filho que foi atingido em seus atributos mais louváveis, quais sejam, a moral, a honra, a dignidade, a reputação social, muitas vezes compelido a viver situações vexatórias, além de não ter podido usufruir da presença de um dos genitores e com ele conviver;
3. O nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente: a causalidade entre a conduta e o resultado, pois, ao se detectar que na medida em que o pai ou a mãe repugna e afasta o reconhecimento do filho, causa-lhe uma dor intensa, um sofrimento que foge à normalidade, interferindo diretamente em seu comportamento psicológico e social. (PEREIRA, 2010, p. 91).

Portanto, para verificar a configuração do dever de indenizar decorrente da ausência afetiva, deve-se utilizar dos pressupostos clássicos da responsabilidade tratados acima, que deverão ser localizados na funcionalização da família, como responsável pela realização e formação da personalidade de seus membros (REIS, 2010, p. 23).

A responsabilidade parental, após o advento da Constituição Federal de 1988, tendo por base o fundamento no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, impõe aos pais deveres que deem possibilidade do desenvolvimento humano dos filhos, considerando sua condição de indivíduos em formação (FIDÉLIS, 2007, p. 24).

A lei responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, violam a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas. Não só o genitor que abandona o filho, mas também aquele que oculta do outro a existência do filho, impedindo o estabelecimento do vínculo de paternidade, deve ser responsabilizado. Tanto sofre dano o filho que não conheceu o pai, como este que, por não saber da existência do filho, ou ter sido dele afastado de forma a não conseguir conviver com ele. A genitora pode ser penalizada por sua postura, e ser condenada a indenizar o pai e o filho por ter ocasionado a ambos dano afetivo. (DIAS, 2015, p. 543).

O dever de reparar se caracteriza quando “o evento danoso for efeito necessário e direito de determinada causa, considerada em suas condições normais e naturais de ocorrência” (LAURENTIZ, 2014, p. 10). Assim, em se tratando de direitos extrapatrimoniais, deve-se comprovar a relação de causalidade entre a violação jurídica, enxergando no menor, o descumprimento dos deveres atinentes ao poder familiar, por um de seus entes parentais.

A simples falta de amor não é passível de ensejar a responsabilização civil, mas sim, a prática de um ato ilícito, por meio do não cumprimento de disposição legal existente, configurando-se como atitude *contra legem*. Assim, para que reste devidamente caracterizado um dano extrapatrimonial, não basta que somente exista a imposição legal de assim não fazer, mas sim, a prática de ações positivas e comissivas para que a personalidade seja comprometida (COSTA, 2012, p. 57). Nesse sentido, esclarecem Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 728) que “a responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo, ao causador do dano, a consequente obrigação de indenizar a vítima”. Portanto

Na relação parental, o abandono afetivo na acepção jurídica da palavra, não se caracteriza pela falta do amor, item de natureza puramente subjetiva, na relação entre pais e filho, mas pelo descumprimento dos deveres [...], de

ordem imaterial, cabíveis aos pais em relação ao filho e objetivamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro. (LAURENTIZ, 2014, p. 6).

A responsabilidade civil que importa ao presente estudo é aquela que enseja o dano moral causado por abandono afetivo voluntário quando pais e mães, voluntariamente, deixam de relacionar-se de maneira afetiva com seus filhos, ainda que possuam o direito à convivência previsto no art. 227 da Constituição Federal, causando neles profundos danos em sua personalidade e formação, sendo, por justa razão, passível a reparação civil por dano moral, que se apresenta como um mecanismo de proteção jurídica aos direitos da personalidade (COSTA, 2012, p. 58).

Não há como falar-se em imposição jurídica do amor, mas de imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, numa receita onde a afetividade é o ingrediente principal. Esse resultado só é possível por meio da convivência familiar, da intimidade, da proximidade, do ato de educar, na sensação de pertencimento no qual são inseridas as referências familiares.

No momento em que um pai ou uma mãe, voluntariamente, nega ao filho a possibilidade da construção de uma relação de mútua afetividade, violando, por essa razão, seus direitos de personalidade, deverá ser imputado ao mesmo a obrigação do pagamento de indenização por dano moral, eis que resta comprovado a flagrante ofensa aos direitos da personalidade do filho, qual seja a ofensa à integridade psicológica e emocional, parte importante do seu patrimônio de dignidade. (COSTA, 2012, p. 58).

Ainda que este seja o entendimento majoritário encontrado, existem correntes que fazem críticas a caracterização da responsabilidade civil por ausência de afeto. Nesse contexto, Wesley Louzada Bernardo traz as seguintes considerações quanto ao dano, por exemplo:

Ao nosso ver, surgem aqui graves dificuldades à caracterização plena do dano, quando se verifica: 1) O reconhecimento constitucional das famílias monoparentais como entidades não inferiores hierarquicamente às famílias compostas por ambos os genitores; 2) A verificação de que a integridade psicofísica do menor haja sido efetivamente violada; 3) A problemática dos incapazes; 4) Possibilidade de excessivo subjetivismo. (BERNARDO, 2008, p. 489).

O autor citado acima, ainda demonstra ser de grande dificuldade a caracterização do nexo de causalidade entre o abandono afetivo e um futuro problema psicológico apresentado pelos filhos, bem como a comprovação da culpa no caso concreto, apresentando a seguinte conclusão:

[...] o dano moral por abandono afetivo não constitui uma nova categoria de dano indenizável.

Na maioria dos casos, a dor e o sofrimento dos filhos que vivenciam tais situações são visíveis. Entretanto, o que esses filhos desejam é a possibilidade de conviverem com seus pais, não uma reparação pecuniária. [...]

Conceder indenizações por abandono afetivo consistiria, ao nosso ver, na utilização indevida da responsabilidade civil, abrindo mão de seus pressupostos fundamentais (BERNARDO, 2008, p. 497).

Este estudo, porém, entende que ocorrendo, pois, lesão a um direito da personalidade ou qualquer outra ofensa à dignidade humana, não se pode conceber a ideia de que aquele que foi lesado não obtenha reparação ou compensação, vez que não se pode perpetuar a atitude lesiva contra duas vítimas, de modo a retirar o equilíbrio da ordem jurídica, inclusive devido ao papel que o direito exerce na manutenção social, evitando atitudes ilícitas ou delituosas na sociedade (COSTA, 2012, p. 54).

Se dada lesão ocorre justamente em detrimento da dignidade humana, a qual é garantida como princípio basilar e absoluto, que engloba a integridade física, emocional e psíquica do ser humano, uma vez ocorrendo lesão, esta deve ser reparada.

O que se busca, desse modo, é garantir a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, base do ordenamento jurídico nacional, para que em qualquer situação da vida social em que deste, em algum de seus aspectos, esteja sob ameaça ou já tenha sido lesado, com o fito de evitar a perpetuação de tal prática ilícita. (COSTA, 2012, p. 54).

Para que se constate a ocorrência de dano moral, com a devida reparação pelos danos causado a prole em decorrência de ausência de afeto pelo ente parental, deve-se observar todo o contexto em que se encontra a família. A mera ausência de uma visita ou outra não deve ser considerada de maneira isolada. Ainda assim, a reiterada e contínua ausência de visitas ao filho se constitui como um forte indício de abandono afetivo (COSTA, 2012, p. 58).

Ressalta-se que os casos de abandono afetivo não estão restritos às situações em que os pais estão separados dos filhos, podendo a ausência afetiva ser configurada ainda que os entes parentais convivam com sua prole sob o mesmo teto, quando ocorrer a negativa de afeto e, até mesmo, a prática de maus tratos, pois muitos pais ainda agem como chefes patriarcais, abdicando de toda a atenção que o ser em formação precisa para se desenvolver de forma física e psíquica saudável (COSTA, 2012, p. 59).

Por outro lado, para a constituição do ato ilícito, outras variantes não de ser verificadas, tais como o grau de culpabilidade do genitor em derredor da omissão afetiva, se a omissão ocorreu por motivo de doença física ou mental do genitor, ou por total desconhecimento da existência da relação de filiação por parte do genitor, e ainda, pelos obstáculos impostos pelo genitor que detinha a guarda do menor. É imperioso analisar caso a caso para aferir se a conduta do genitor ausente se fundou em responsabilidade culposa ou dolosa. (COSTA, 2012, p. 59).

O dano moral por abandono afetivo se caracteriza, portanto, como uma violação ao direito da personalidade, sendo de pouca importância os aspectos subjetivos daquele que sofreu o dano, uma vez que o prejuízo ora causado não pode ser mensurado pela dor, justamente em razão da dificuldade em quantificar o sofrimento. Portanto, diante de desrespeito a um direito da personalidade, emerge o direito de indenizar, não se falando, assim, em patrimonialização do amor ou coisificação do afeto (COSTA, 2012, p. 60).

O afeto é um fato social e psicológico. Talvez por essa razão, e pela larga formação normativista dos profissionais do direito no Brasil, houvesse tanta resistência em considerá-lo a partir da perspectiva jurídica. Mas não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito. O que interessa, como seu objeto próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas. (LOBO, 2011, p. 29).

O abandono afetivo tem caráter de grave violação aos direitos dos filhos, uma vez que seus genitores devem cumprir com todos os seus deveres para com eles, garantindo o mínimo de cuidado e um saudável desenvolvimento até que alcancem a vida adulta. Nesse sentido

[...] uma criança ou adolescente que tenha superado os traumas oriundos do abandono praticado por um de seus genitores em sua infância, estabelecendo-se profissional e pessoalmente em sua fase adulta, de forma a não ser detectável qualquer problema psicopatológico à época da propositura da ação de reparação civil, poderá fazer jus à indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo em razão de ofensa a direitos de sua personalidade anteriormente ocorridos, sendo suficiente a verificação da ofensa a esses direitos. (LAURENTIZ, 2014, p. 9).

Assim, após a demonstração de que há amparo legal para a responsabilização civil do ente parental que pratica abandono afetivo, passar-se-á no próximo tópico a compreender e visualizar como se apresenta o cenário jurídico brasileiro quanto ao tema tratado no presente trabalho.

## 4.2 DA JUDICIALIZAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO

A família sempre terá caráter socioafetivo, uma vez que se apresenta como grupo social base da sociedade, unida na convivência afetiva. A afetividade, portanto, considerada como categoria jurídica, é resultado das percepções dos fatos psicossociais, a convertendo em fato jurídico, que enseja na produção de efeitos jurídicos (LOBO, 2011, p. 29). Nesse sentido

Se restar provada durante o processo judicial que a ausência afetiva ou amorosa do pai na relação filial causou danos emocionais ou psíquicos ao filho, o pai faltoso pode vir a ser condenado a reparar pecuniariamente aqueles danos. Nesta hipótese, o percurso do processo probatório se faz por meio da oitiva de testemunhas, dos depoimentos pessoais das partes litigantes, de pareceres psicológicos elaborados por peritos judiciais, a partir das entrevistas realizadas com os entes envolvidos, tudo visando à avaliação e constatação dos elementos formadores da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: a culpa pelo ato ilícito, o dano por ele provocado e o nexó causal entre esses dois elementos. (BRAGA, 2012, p. 35).

No cenário jurídico brasileiro, apesar de alguns magistrados inclinarem-se para o posicionamento de aplicação às relações familiares dos preceitos do direito das obrigações, próprios do direito contratual, impondo aos pais que faltam com seus compromissos multas por tal ausência, os filhos passaram a solicitar, judicialmente, a condenação dos pais no pagamento de indenização pelos danos morais, emocionais e psíquicos que sofreram pela falta de convívio e afeto nas relações paterno-filiais (BRAGA, 2012, p. 20).

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo fator de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar. (LOBO, 2011, p. 26).

As demandas de indenização por abandono afetivo têm como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana, que, como já visto anteriormente, trouxe grande transformação na ordem jurídica, nos valores e anseios sociais. O poder judiciário passou a dar mais atenção às partes dotadas de maior vulnerabilidade, tais como a criança, o idoso e o consumidor, por exemplo. Portanto

O interesse estatal na proteção jurídica das relações privadas tornou-se mais atuante com vistas à promoção do princípio da dignidade. Por conta disso, o melhor interesse da criança, a paternidade responsável e a afetividade, decorrentes daquele princípio constitucional, imporiam aos pais o dever de dedicarem à prole não somente apoio alimentar ou material, como também, amparo afetivo para sua desejada salutar formação psíquicoemocional. (BRAGA, 2012, p. 12).

Ressalta-se que o ajuizamento de ação pleiteando indenização por abandono afetivo não possui o condão de enriquecer os filhos ora abandonados, mas, muitas vezes de aproximação do ente parental. O mestre em Psicanálise, Saúde e Sociedade Julio Cezar de Oliveira Braga trouxe em sua dissertação de mestrado o abandono afetivo sob a ótica da psicanálise, relatando que em uma de suas consultas, fora questionado pela

[...] mãe de um casal de filhos – um rapaz de 15 anos e moça de 18 anos – sobre a possibilidade de se ingressar com a ação de indenização por abandono afetivo em face do pai. Não senti em seu discurso o intento de colocar os filhos contra o pai. Muito pelo contrário. A mãe desejava a reaproximação paterna junto aos filhos. Com a separação de fato, o pai desinteressou-se pelos filhos, sequer exercendo o seu direito de visitação. Ouvi da filha o desejo de ajuizar a referida ação em face do pai, motivada pelo desafeto, pela frustração e tristeza geradas pela ausência. (...) Indaguei às clientes a respeito do comportamento do pai antes da separação: se afetuoso, presente, interessado ou ausente. Ambas responderam-me que o pai nunca estivera presente afetivamente na vida dos filhos, mesmo no tempo em que residia sob o mesmo tempo (BRAGA, 2012, p. 12).

A primeira decisão no que tange à condenação de pai por abandono afetivo de filho menor foi proferida 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa, no Estado do Rio Grande do Sul, pelo então Juiz de Direito Mario Romano Maggioni, em 15 de setembro de 2003, e impondo ao pai a obrigação de pagar o valor de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), a título de reparação por danos morais. Um dos trechos da sentença inédita trazia o seguinte:

De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. Concluindo que a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos (GROENINGA, 2005, p. 427)

Em se tratando de decisões de segunda instância, diversos foram os posicionamentos do Tribunais de Justiça do Brasil quanto ao tema, sendo trazidos no presente estudo alguns destes como fonte de ilustração.

O extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais (TAMG), em meados do ano de 2004, proferiu decisão que talvez tenha tido a maior repercussão no meio jurídico nacional, uma vez que foi a primeira a ser encaminhada para apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que opinou por sua reforma. Tratava-se de pedido de reparação por danos morais resultantes de abandono paterno-filial, impetrado pelo filho menor (representado por sua genitora) contra seu ausente pai. O magistrado da Comarca de Belo Horizonte entendeu pela improcedência do pedido utilizando como fundamento a inexistência de nexo causal entre o afastamento paterno e os danos psíquicos do filho. Inconformado, o autor apelou da decisão do juiz singular e a 7ª Câmara Cível do respectivo Tribunal proferiu, à unanimidade, o seguinte acórdão:

EMENTA: INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNOFILIAL – 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. (MINAS GERAIS, TAMG, AC 0408.550-5, 7ª C.Cív., Rel. Juiz Unias Silva, Julg. 1º.04.2004)

A decisão de primeiro grau fora reformada, com a concessão do direito à indenização por abandono afetivo do pai para com seu filho, em valor arbitrado de 200 (duzentos) salários mínimos, que correspondia na época a quantia de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). O relator do acórdão, Juiz Unias Silva, apresentou a seguinte fundamentação em seu voto:

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 pais possam causar a 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.

[...]

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

[...]



Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Quarta Turma, em 2005, veio a reformar tal decisão, se manifestando pela improcedência de indenização por dano moral por abandono afetivo paterno-filial. Tal decisão se mostrou totalmente contrária ao que é defendido pela doutrina majoritária, gerando grandes discussões quanto ao tema. Vejamos:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, STJ, 4ª Turma. Resp. nº 757.411 – MG (2005/0085464-3) Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Julg.: 29.11.2005).

Apesar de tal manifestação contrária da Quarta Turma, em 2012, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão inédita ao manter a decisão que condenou um pai a indenizar sua filha no quantum de duzentos mil reais por abandono afetivo. Trata-se de caso em que a filha adulta moveu a ação, visando à indenização por danos morais contra o pai, alegando que o reconhecimento da paternidade, enquanto ainda criança, só ocorreria mediante decisão judicial e não de forma voluntária pelo pai, que passou a lhe pagar pensão alimentícia. Contudo, nas tentativas de contato empreendidas pela filha, o pai não demonstrou afeto ou o desejo de participar de sua vida.

O acórdão proferido, contudo, não foi unânime, em que o voto vitorioso da relatora ministra Nancy Andrighi foi seguido pelos votos dos ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Sidnei Beneti, deles divergindo o voto proferido pelo ministro Massami Uyeda, no sentido de não reconhecer ilicitude no fato de o pai não manifestar afeto pela filha, abstendo-se do seu convívio. Chegou-se, assim, ao seguinte entendimento:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento

jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, Resp 1159242 / SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 24.04.12, DJe 10.05.12)

Nancy Andrighi, ao proferir o seu voto, entendeu que não existem restrições legais à aplicação das regras da responsabilidade civil e o dever de indenizar os danos oriundos de obrigações parentais. Para ela, o cuidado passa a ter valor jurídico apreciável e repercussão no âmbito da reparação. Segundo o entendimento exposto em seu voto, as atitudes de não cuidado ou ser descuidado em situações de dependência e carência gerariam sentimentos de impotência, de perdas e sensação de ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo metajurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, **amar é faculdade, cuidar é dever.** (ANDRIGHI, 2012)

Atualmente, reconhece-se a possibilidade de reparação civil por abandono afetivo. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar recurso contra sentença que condenou o pai/requerido a pagamento de tratamento psicológico ao filho, como forma de reparação, entendeu pela manutenção desta, afirmando o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REPARAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO DE PAI AO FILHO. MODALIDADE DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. O pedido principal de toda e qualquer ação de reparação de dano, decorrente de ato ilícito, é a condenação do imputado causador do dano a reparar o dano. A forma de reparação (se em dinheiro ou mediante pagamento de tratamento psicológico) é um provimento secundário e consequente do pedido principal, que é a reparação do dano. Portanto, não há nulidade na sentença que fixou a indenização no pagamento pelo pai/requerido de tratamento psicológico ao filho. Isso porque, com base na prova pericial produzida no processo, o tratamento psicológico se mostrou a forma mais efetiva e com maior potencial de "reparar do dano" do filho/apelante, decorrente do abandono afetivo paterno. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70073425175, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 22/06/2017). (TJ-RS - AC: 70073425175 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 22/06/2017, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/06/2017)

Demonstrou-se, com os exemplos de atuais decisões quanto à reparação civil por abandono afetivo, que os magistrados têm entendido pela concessão desta quando atendido os requisitos legais, considerando os deveres que os pais têm para com seus filhos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou analisar a afetividade enquanto valor jurídico, demonstrando como o abandono afetivo se dá, e de que maneira pode o Estado intervir na responsabilização dos pais, por meio do ajuizamento de demandas para pagamento de indenização cível. Assim, algumas conclusões poder ser extraídas do presente estudo, em que dentre elas, lista-se abaixo.

Os direitos fundamentais não possuem um rol restritivo de direitos, ao contrário, estão sempre em construção devido à mutabilidade constante da sociedade, que se comporta de maneira diversa a cada momento histórico. Assim, os direitos fundamentais não se originariam todos ao mesmo tempo, bem como os direitos já existentes não privariam a positivação de outras normas jurídicas posteriores. Portanto, cada nova demanda social ensejaria uma nova tutela estatal. Dessa forma, os direitos fundamentais não seriam somente aqueles positivados pela Constituição, tendo em vista a fenomenologia das alterações da conjuntura social, sendo construídos e reconstruídos a todo o tempo.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está ligado ao ser humano pelo simples fato de sua existência, atribuindo a ele, direitos considerados como mínimos a sua vivência. Teriam os direitos fundamentais como base o respeito à dignidade humana, tendo em si o caráter de universalidade e amplitude subjetiva.

É difícil precisar a origem da família, uma vez que vários são os modelos existentes. Nesse contexto, entende-se que seu surgimento se deu no momento da proibição do incesto, delimitando como se dariam as organizações familiares. É de suma importância compreender a evolução da família, pois as alterações em seu bojo conceitual refletem diretamente na hermenêutica legal.

A família, por toda sua história, sempre teve diversas funções, tais como religiosa, política, econômica e procracional. Com o passar dos tempos, tais relações foram perdendo força, uma vez que veio a família contemporânea a romper com diversos estigmas que lhe eram atribuídos. A urbanização acelerada ocorrida no século passado e a emancipação econômica e profissional feminina foram fatores principais para o desaparecimento deste modelo antigo de organização familiar.

A família regulamentada pelo Código Civil de 1916 possuía caráter patriarcal e de grande visão patrimonialista. Por sua vez, a família do Código Civil de 2002,

pautada nos princípios trazidos na Constituição Federal de 1988, se apresenta renovada, estando redemocratizada e pautada na afetividade. A família democratizada está presente no direito de família contemporâneo, sendo a dignidade de cada membro respeitada e tutelada.

Quanto à natureza jurídica do direito de família, deve-se conceber que, ainda que apresente características únicas e de aproximação com o direito público, não se retira deste o caráter privado. A propensão é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações familiares, uma vez que tende-se a repudiar a interferência do público nas questões conjugais.

Por sua vez, quanto ao seu conteúdo, por se consolidar na área de tutela a pessoa, diz-se que o direito de família é personalíssimo, vez que se manifesta na personalidade de seus membros, considerando a posição que ocupa na família durante toda a vida. Geralmente se compõe de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis.

O direito de família está fundamentado em diversos princípios que o tornam mais humano e sensíveis às necessidades da sociedade, consagrando-se valores sociais fundamentais. Dentre eles, pode-se citar o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; princípio da paternidade responsável e planejamento familiar; princípio da solidariedade familiar; princípio da comunhão plena de vida; princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar; princípio da afetividade.

O princípio da afetividade se apresenta como o princípio que fundamenta o direito de família, trazendo consigo os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Apesar da discussão doutrinária, já se consolidou o entendimento de que o afeto possui caráter jurídico.

A ausência de afeto configura no abandono afetivo, que se caracteriza como o distanciamento ou a própria ausência afetiva dos entes parentais, ainda que estes estejam em dia com suas obrigações materiais e financeiras. Os efeitos oriundos do abandono são incalculáveis, trazendo danos irreversíveis aos filhos.

Tomando por base o instituto da responsabilidade civil, vislumbra-se que a obrigação de reparar se dá com o não cumprimento de disposição legal existente. Assim, para que reste devidamente caracterizado um dano à personalidade, não basta que somente exista a imposição legal de assim não fazer, mas sim, a prática

de ações positivas e comissivas para que a personalidade seja comprometida. Para a presente pesquisa, a responsabilidade civil que se de dedicou atenção foi àquela oriunda do dano moral devido ao abandono afetivo voluntário quando, pais e mães, voluntariamente, deixam de relacionar-se de maneira afetiva com seus filhos, ainda que possuam o direito à convivência.

O dano moral por abandono afetivo se caracteriza, portanto, como uma violação ao direito da personalidade. No cenário jurídico atual, os filhos começaram a pleitear judicialmente o direito a verem seus pais sendo responsabilizados pelo ato lesivo de abandono.

Diante da análise de jurisprudências atuais, percebeu-se, com enfoque no entendimento do Superior Tribunal de Justiça em 2012, que o cuidado passou a ter valor jurídico apreciável e repercussão no âmbito da reparação. Tal decisão se alinha perfeitamente com os traços da sociedade contemporânea, que está cada vez menos tolerante à ausência e à dor.

Ainda assim, o abandono afetivo é enxergado de maneira equivocada devido a sua conotação subjetiva, vez que o amor não se comporta como um dever ou direito, não sendo a falta deste, como sentimento, passível de indenização. Por sua vez, o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, com a ausência, enseja o dever de reparar.

A família, apesar do que é amplamente difundido, não está diante de uma decadência. O que ocorre, na verdade, é ressignificação e repersonalização das relações familiares, tendo em vista que se deve atender e valorizar os interesses de maior importância aos seres humanos, quais sejam o afeto, a solidariedade, a lealdade, a confiança, o respeito e o amor.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Bruna Guzzatti de. **Abandono Afetivo de Pais Idosos: Possibilidade de Reparação Civil à Luz do Direito Brasileiro**. 2013. 73f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

BERNARDO Louzada, Wesley. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? *In*: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 478/479.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono Afetivo: da Urgência do Diálogo entre Direito e Psicanálise**. 2012. 191f. Dissertação (Mestrado Profissional em Psicanálise, Saúde e Sociedade) – Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 24 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em 13 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em 15 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 15 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411**. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsplivre=dano+moral+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15>>. Acesso em 16 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dano+moral+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 14 jul. 2017.

CARVALHO, Cleide. **STJ condena pai a indenizar filha por abandono afetivo.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/stj-condena-pai-indenizar-filha-por-abandono-afetivo-4793531>>. Acesso em 13 ago. 2017.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em 22 ago. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Débora Souto. **O Abandono Afetivo e o Dano Moral à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** 2012. 80f. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea) – Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FIDÉLIS, Maria de Lourdes. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo.** 2007. 86f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Filipe. O Direito à Reparação do Dano Moral nas Relações Pré-Conjugais, Conjugais e Paterno-Filiais. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 6, n. 2, p. 85-124, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/90/27>>. Acesso em 01 set. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Descumprimento do dever de convivência : danos morais por abandono afetivo: a interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família.** Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/39772>>. Acesso em 24 ago. 2017.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Enunciados do IBDFAM.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em 02 ago. 2017.

LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A Reparação de Dano Moral por Abandono do Filho. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, v. 2/2014, n. 1, p. 81-100, out/dez 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



MARCHINHACKI, Paulo Romualdo. Direitos Fundamentais: Aspectos Gerais e Históricos. **Revista da Unifebe (Online)**. p. 166-179, dez/2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação nº 0408.550-5**. Relator Juiz Unias Silva. Julgado em 01 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em 18 ago. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Nova Família, de Novo – Estruturas e Função das Famílias Contemporâneas. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai/ago 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 30, 2010.

PEREIRA, Talita Santana. **Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo nas Relações Paterno-Filiais**. 2013. 99f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

PRADO, Camila Afonso. **Responsabilidade Civil dos Pais pelo Abandono Afetivo dos Filhos Menores**. 2012. 110f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

RAMOS, André Tavares. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Júnia Fraga. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: O Verdadeiro Valor do Afeto na Relação entre Pais e Filhos**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_1/junia\\_reis.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/junia_reis.pdf)>. Acesso em 11 set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70073425175**. Relator Rui Portanova. Julgado em 22 de junho de 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/472764671/apelacao-civel-ac-70073425175-rs/inteiro-teor-472764681?ref=juris-tabs>>. Acesso em 18 ago. 2017.

SANTOS, Maria Alice de Souza. **A Natureza do Afeto nas Relações Paterno-Filiais Frente à Responsabilização Civil**. 2011. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

VIAFORE, Vanessa. **O Abandono Afetivo e a Responsabilidade Civil frente ao Afeto**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007\\_2/Vanessa\\_Viafore.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf)>. Acesso em 11 set. 2017.