



Direito e Afetividade

Danielle Caroline Campelo Silva

Uma análise do
abandono afetivo após
o julgamento do
REsp 1.159-242/SP



Este estudo tem como objetivo central enfrentar toda a argumentação presente na doutrina majoritária, que normatiza o afeto, sendo atribuído caráter de princípio por autores como Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno. Será visto, por meio da interdisciplinaridade, a (in) viabilidade da principiologia do afeto. Utilizando-se como metodologia revisão bibliográfica de fontes primárias e secundárias, presentes na doutrina das ciências da psicologia, psicanálise e direito. Inicialmente, apresentou-se os contornos familiares desde a Roma Antiga, passando pelo Código Civil de 1916 até os moldes atuais. Após essa etapa, por meio do método dedutivo conceituou-se afeto, estudando a sua origem e definições presentes na psicanálise e psicologia. Bem como, verificou-se a ausência de conceitos técnicos no direito, restando comprovado que a ciência jurídica normatiza o afeto, sem analisar que é um sentimento livre, impossível de coerção estatal. Com essa conclusão, tratou-se do que é um princípio jurídico e um valor moral, concluindo que o afeto tem natureza jurídica de valor, repreensível socialmente. Ademais, analisou-se os pressupostos da responsabilidade civil no âmbito familiar, verificando a existência da ilicitude do dever legal de dar afeto, além do dano moral e o nexo de causalidade advindos deste. Atingindo o objetivo de combater todos os argumentos doutrinários, apresentou-se uma análise jurisprudencial após o REsp 1.159-242/SP, marco no tratamento do abandono afetivo no Brasil. Verificando-se a jurisprudência dos TJMG, TJRS e STJ para vislumbrar se acompanharam o posicionamento deste julgado, notando-se que grande parte das decisões consideram que a ausência de afeto não constitui ato ilícito indenizável.



Direito e Afetividade

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas

Prof.^a Dr.^a Maria de Fátima Freire de Sá

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas

Prof.^a Dr.^a Iara Antunes de Souza -

Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP

Direito e Afetividade

Uma análise do abandono afetivo após
o julgamento do REsp 1.159-242/SP

Danielle Caroline Campelo Silva



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SILVA, Danielle Caroline Campelo

Direito e afetividade: uma análise do abandono afetivo após o julgamento do REsp 1.159-242/SP [recurso eletrônico] / Danielle Caroline Campelo Silva -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

155 p.

ISBN - 978-85-5696-655-1

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito de Família. 2. Afeto. 3. Abandono Afetivo. 4. Natureza Jurídica. 5. Responsabilidade Civil. I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Aos meus pais, Tim e Deise. Se fossem apenas
você dois a referência deste trabalho, a
discussão desta pesquisa seria inóqua.

Agradecimentos

Agradeço a Deus por me permitir viver uma experiência tão enriquecedora como esta.

Aos meus pais, por todo o amor e afeto. Sem o apoio de vocês, ao longo de toda a vida, nenhum sonho que tive e realizei, seria possível. Vocês são a representação do afeto construído em uma família e do amor dedicado aos filhos. Amo vocês!

Ao meu irmão, que dividiu comigo a rotina do mestrado, obrigada pela paciência, carinho e, por ser o melhor irmão que alguém pode ter.

Ao meu marido, por ser meu companheiro de vida, por me inspirar a sempre melhorar, por me apoiar em todas as escolhas e por ser a melhor equipe de TI que alguém pode ter.

Um agradecimento especial, ao meu amigo Marcelo de Mello Viana, por ter cuidado deste trabalho com tanto carinho e atenção. Muito obrigada, por toda a orientação para a confecção desta pesquisa.

Ao meu orientador, Professor Walsir Edson Rodrigues Júnior, pelo profissional reto e íntegro que inspira tanto os alunos e orientandos, pela ajuda sempre que solicitado e pela troca de conhecimentos, que possibilitou a finalização desta pesquisa.

A professora Maria de Fátima Freire de Sá, por ser uma profissional que inspira nos alunos a vontade de continuar na carreira acadêmica, seguindo os exemplos de carinho e profissionalismo dados durante todo o mestrado.

Aos amigos que fiz nesta etapa, em especial à Carla Eduarda, que tornou essa jornada mais doce, compartilhando as angústias e alegrias.

A Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, que mais uma vez possibilitou que um sonho fosse construído e realizado.

Agradeço, por fim, a todas as pessoas que torceram por mim nesta fase tão especial.

“Eu nunca tinha reparado como é curioso um laço... uma fita dando voltas. Enrosca-se, mas não se embola. É assim que é o abraço: coração com coração, tudo isso cercado de braço. Por isso que se diz: laço afetivo, laço de amizade. Então o amor e a amizade são isso... Não prendem, não escravizam, não apertam, não sufocam. Porque quando virá nó, já deixou de ser um laço!”
(O laço e o abraço, Mário Quintana).

Lista de abreviatura

AC	Apelação Civil
AI	Agravo de instrumento
Art.	Artigo
Coord.	Coordenação
C. Cív.	Câmara Cível
Des.	Desembargador
Ed.	Edição
Jul.	Julgamento
n.	número
p.	página
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
REx	Recurso Extraordinário
v.	Volume

Lista de siglas

CC/16	Código Civil de 1.916
CC/02	Código Civil de 2.002
CF/88	Constituição Federal de 1.988
CPC/73	Código de Processo Civil de 1.973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
PLS	Projeto de Lei do Senado
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário

1.....	19
Introdução.....	
2.....	23
Direito das famílias.....	
2.1 A família da Roma antiga à contemporaneidade.....	26
2.2 Princípios constitucionais nas relações familiares.....	37
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	38
2.2.2 Princípio da solidariedade familiar.....	42
2.2.3 Princípio da igualdade.....	44
2.2.4 Princípio da autonomia privada.....	47
2.2.5 Princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes.....	50
2.2.6 Afetividade: princípio?.....	60
3.....	63
Afetividade.....	
3.1 O conceito de afetividade.....	64
3.2 Natureza jurídica da afetividade: princípio jurídico ou valor moral?.....	73
3.2.1 Distinção entre regras, princípios e valores.....	77
4.....	89
Tratamento literário e jurídico do abandono afetivo após o REsp n. 1.159-242/SP.....	
4.1 Responsabilidade civil no direito de família.....	89
4.1.1 O ato ilícito culposo – o dever de cuidado e o não-afeto.....	96
4.1.2 Os danos morais psicológicos e o abandono afetivo paterno-filial.....	101
4.1.3 Nexo de causalidade entre o abandono e o dano.....	108
4.2 Compensação cível: a resposta do poder judiciário?.....	109
4.2.1 Panorama jurídico sobre abandono afetivo parental no TJMG.....	113
4.2.2 Panorama jurídico sobre abandono afetivo parental no TJRS.....	120
4.2.3 Panorama jurídico sobre abandono afetivo parental no STJ.....	126
Conclusão.....	129
Referências.....	135

Introdução

A Constituição Federal de 1988 – CF/88 inseriu novos princípios na família, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, garantindo a proteção integral e individual aos membros dessa, com maior prioridade para as crianças, adolescentes e idosos, bem como, a liberdade de formação familiar.

Abriu-se, assim, espaço para a família eudemonista, que se funda nos laços de afeto e na realização pessoal de cada membro. Nesse contexto, a repersonalização do direito privado conferiu às crianças tratamento como sujeitos de direito, merecendo assim, proteção integral e prioritária na família, no Estado e na sociedade.

Constituindo-se a instituição familiar com base na afetividade¹, novas situações começaram a ser tratadas pela doutrina e pela jurisprudência, como a multiparentalidade, a paternidade afetiva, os direitos das famílias formadas sem o manto do matrimônio e o abandono afetivo. As três primeiras situações retratam a manifestação voluntária da afetividade, já a última, trouxe ao judiciário um problema relacionado à falta dele. Inicialmente, não foram acolhidas as pretensões indenizatórias decorrentes do abandono afetivo. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, com o REsp 1.159-242/SP (BRASIL, 2012), em voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, deu maior visibilidade ao abandono afetivo no Brasil, o que levou a uma grande procura do judiciário.

¹ A palavra afetividade deriva da palavra afeto, sendo a qualidade de experimentar todos os fenômenos deste.

A presente pesquisa se ocupa em fazer um estudo bibliográfico, doutrinário e jurisprudencial, no intuito de delinear todos os argumentos que tratam o afeto como um princípio jurídico. Além disso, analisa-se o comportamento de três Tribunais, TJMG, TJRS e STJ, após a decisão citada, o REsp 1.159-242/SP.

Para tanto, apresenta-se, inicialmente, um panorama da evolução da instituição família desde Roma Antiga, passando pelo Código Civil de 1916 – CC/16, até os moldes atuais com a família eudemonista repersonalizada, fundada em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, proteção integral das crianças e adolescentes, autonomia privada, chegando, por fim, à análise da afetividade.

Utilizando a interdisciplinaridade, por meio de estudo da psicologia e psicanálise, discute-se a origem do afeto, os conceitos, a forma como subjetivamente se manifesta em cada indivíduo, observando-se os reflexos da sua ausência e a despreocupação do direito em defini-lo tecnicamente para a aplicação nas ciências jurídicas. Apresenta-se, então, um conceito que pode ser usado para fundamentar as escolhas afetivas de cada indivíduo em suas relações familiares enfocando todos os reflexos que a manifestação espontânea do afeto tem gerado na jurisprudência.

De posse de um conceito para as ciências jurídicas, se diferencia princípio jurídico e valor, com base em obras de Ronald Dworkin, Alexy e Habermas. Para então, na sequência, analisar o enquadramento da afetividade como princípio, possível de normatização e coerção judicial ou como um sentimento, passível de reprimenda apenas no âmbito da moral.

O último ponto da pesquisa aborda o tratamento do afeto como ato ilícito, pelo descumprimento do dever legal de cuidado. Para tanto, analisa-se a responsabilidade civil no direito de família, com ênfase no abandono afetivo, com estudo dos seus pressupostos, verificando a (in)existência do ato ilícito do dever de

dar afeto, e a dificuldade de atribuir a responsabilidade pelo dano a uma só pessoa e o nexo causal.

Por fim, enfrentados todos os argumentos presentes na doutrina, expõe-se uma minuciosa pesquisa jurisprudencial nos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, bem como do Superior Tribunal de Justiça, após o REsp 1.159-242/SP, em 2012, até dezembro de 2016, utilizando como expressão “*abandono afetivo dano moral*”, no intuito de demonstrar, se o arcabouço argumentativo dessa decisão, foi ou não, recepcionado pelos Tribunais.

Direito das famílias

Não se questiona que a família é anterior a todo e qualquer agrupamento humano existente. É por meio dela que, não só as atividades naturais ou biológicas se desenvolvem, mas, e, principalmente, as atividades de cunho cultural, diferenciando o homem dos animais. A origem da família é um fenômeno natural e social, decorrente da necessidade de perpetuação da espécie e da vontade de não viver só. Segundo Friedrich Engels (1980), o instituto da família em sua origem aplicava-se aos escravos pertencentes a um homem e não tinha qualquer relação com o vínculo marital ou, entre pais e filhos:

“em sua origem, a palavra família não significava o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – não se aplicava sequer ao par dos cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e *família* é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Caio, a *família* “*id est patrimonium*” (isto é, herança) era transmitida por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e um certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles [...]”. (ENGELS, 1980, p. 61).

Caio Mário da Silva Pereira (2005), afirma “que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”¹.

¹ Para Maria Berenice Dias (2013, p. 27), “(...) a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”. Segundo Rodrigo da Cunha

Segundo Rolf Madaleno (2009), o direito se ocupa de dizer o que é família, todavia, na maior parte das vezes não retrata todas as realidades sociais, o que ocorre devido a constante mudança social, principalmente no século passado.

Desse modo, a família é uma instituição necessária para compreensão dos valores sociais vigentes em determinado período histórico, pois é por meio dela que fatos essenciais da vida humana ocorrem². Ademais, decisões de cunho afetivo, profissional, social serão delineadas ao longo da vida sob a influência dos valores morais familiares.

As famílias da Roma Antiga e do Código Civil de 1916, só podiam ser constituídas por meio do matrimônio. Somente as uniões advindas do casamento tinham regulamentação legal, o que incluía os filhos legítimos e os vínculos de parentesco.

A Revolução Industrial colocou em xeque o *madamus* cristão. As famílias migraram para a cidade, a quantidade de filhos por casal diminuiu significativamente, pois não era mais crucial a mão de obra para manter a produção agrícola familiar. Além disso, a mulher ingressou no mercado de trabalho, o que mudou significativamente a configuração familiar.

Com essas mudanças, a CF/88 e as normas infraconstitucionais que se seguiram, como o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, buscaram resguardar os direitos individuais de cada membro da família, com prevalência dos direitos das crianças e adolescentes. Esses passaram a serem sujeitos de

Pereira (1999, p.35), é ela “uma estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na *polis*”.

² Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 5), afirma que “reconhecida como a célula *mater* da sociedade, essa instituição é objeto de preocupação mundial, posto que é fundamental para a própria sobrevivência da espécie humana, bem como a organização e a manutenção da sociedade e, conseqüentemente, do Estado”. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

Sem dúvida, então, a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não) globalizadas. (FARIAS; ROSENTHAL, 2014, p. 35).

direitos, com o reconhecimento de direitos iguais entre todos os filhos, independentemente da origem, biológica ou adotiva. A mulher ocupou lugar de destaque na família e na sociedade; além disso, os direitos dos casais homoafetivos e os que vivem em união estável estão sistematicamente sendo reconhecidos por decisões judiciais.

Desta forma, na atualidade, o termo “direito das famílias” é o utilizado diante das mudanças sociais sofridas por ela ao longo do último século, abrangendo as inúmeras formações familiares que a sociedade apresenta, sem limitar a um ou dois tipos, como outrora.

Felizmente, a evolução se processou. Com o perpassar de tantos fatos sociais, a família parece ter sido despida do invólucro que a tornava uma entidade autônoma e que impedia que recebessem atenção os que a compunham. Nessa medida, a independência queda e a preocupação se volta exatamente para o até então desmerecido. A família passa por uma mudança de concepção: da natureza *transpessoal* à *repersonalização*, o que significa dizer que as pessoas que se encontravam inferiorizadas, reduzidas à consecução dos objetivos próprios da instituição familiar, sobrepeem-se. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.18).

Tais transformações levaram a construção das famílias contemporâneas, fundadas no afeto, na solidariedade, no respeito mútuo e na construção da felicidade individual, base para o atual enlace familiar. É, sem dúvida, uma grande modificação na família, a alteração do tipo de vínculo relacional existente entre seus membros, que passou de religioso, para patrimonial e, por fim, afetivo. Este é o entendimento de Paulo Lôbo:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para a nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonificação 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, 2009, p. 12).

A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e a política do Estado. O grande obstáculo da sociedade é, então, dimensionar até onde a intervenção estatal é válida e indispensável, na medida em que o Estado tem dever constitucionalmente previsto de proteger a família, questiona-se, pois, em quais aspectos essa intervenção pode ocorrer e em quais é demasiadamente excessiva e violadora da intimidade familiar.

2.1 A família da Roma antiga à contemporaneidade

Na Roma Antiga, a religião era a base para a construção da família romana, encarada como uma associação religiosa, destinada ao culto dos seus antepassados que acontecia em casa, com os pedidos voltados para a proteção, prosperidade e campos férteis.

Há muitos e muitos séculos o gênero humano admite só uma doutrina religiosa, sob duas condições: uma, que ela anuncia um deus único; outra, que ela se dirige a todos os homens e é acessível a todos, sem repelir sistematicamente nenhuma classe ou raça. No entanto, a religião dos primeiros tempos não preenchia nenhuma dessas duas condições. Não só ela não oferecia à adoração dos homens um deus único, como ainda os seus deuses não aceitavam a adoração de todos os homens. Os deuses se apresentavam como deuses do gênero humano. Não se assemelhavam mesmo nem a Brama, que, pelo menos, era deus de toda uma grande casta, nem ao Zeus pan-helênico, que era o deus de toda uma nação. Nessa religião primitiva, cada um dos seus deuses só podia ser adorado por uma família. A religião era puramente doméstica. (COULANGES, 2011, p.45).

Desse modo, segundo Fustel de Coulanges (2011) a religião, não era cultuada em templos ou igrejas, e sim, dentro do seio de

cada lar, não existindo regras a serem seguidas pelas famílias, podendo, cada uma, estabelecer seu próprio ritual.

A governança da família romana era exercida pelo pai ou marido, que acumulava funções de chefe político, sacerdote e juiz. Logo, ele tinha poder sobre todos os outros membros da entidade familiar.

O Pontífice de Roma ou o arconte de Atenas podiam unicamente, verificar se o pai de determinada família estava cumprindo os rituais, não possuindo o poder de modificar o ritual doméstico³.

É, nesse contexto, que surge o termo pátrio poder que tem origem no direito romano, lá denominado de *pater potestas*. Segundo Silvio Rodrigues (2004), esse era considerado um direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. Dentre os direitos conferidos pelo pátrio poder, o pai era o chefe supremo da religião doméstica, por isso, tinha o direito de reconhecer ou não os filhos ao nascer, além de poder repudiar a mulher em caso de esterilidade ou adultério. Tinha também o direito de casar a filha e emancipar o filho e também de determinar quem seria seu tutor em caso de sua morte. (COULANGES, 2011).

Sendo assim, a família antiga não se fundava nem na geração biológica, nem no afeto. Isso pode ser constatado pelo “fato de que a irmã, na família, não se equipara ao irmão, no fato de o filho emancipado ou de a filha casada deixarem completamente de fazer parte dela (...)”. (COULANGES, 2011, p.54).

Ademais, o afeto poderia até estar presente entre as pessoas que faziam parte do núcleo familiar, mas para o direito ele não interferia em nada, não conferindo qualquer direito devido à

³ “Cada família tinha cerimônias próprias, e, do mesmo modo, festas particulares, fórmulas de oração e hinos. Só o pai, único interprete e único pontífice da religião, tinha o poder de ensiná-la, só podendo ensiná-la ao filho. Os ritos, os termos da oração, os cantos, que fazem parte essencial dessa religião doméstica, eram o patrimônio, propriedade sagrada que a família não partilhava com ninguém, sendo até mesmo proibido revela-los a estranhos”. (COULANGES, 2011, p.49).

afetividade⁴. Por conseguinte, o que unia os indivíduos na família antiga, não era o afeto, nem tampouco a paternidade biológica, nem a força física, e sim o culto doméstico⁵.

O casamento foi a primeira instituição que a religião doméstica impôs como obrigatória. Assim, foi feito para que o culto doméstico tivesse continuidade com o prosseguimento da família, por meio do nascimento de um filho varão.

O casamento era, portanto, obrigatório. Não tinha por fim o prazer. Seu objetivo principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um do outro, querendo associar-se para a felicidade e para as dores da vida. O efeito do casamento, diante da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, idôneo, para continuar esse culto. (COULANGES, 2011, p. 66).

O nascimento deste filho homem era, portanto, de suma importância para a continuidade do culto, visto que a religião era transmitida de geração em geração, de homem para homem, nunca para a mulher que somente participava com a intervenção do pai ou marido.

O filho, fruto do casamento, era responsável pela continuidade da religião, já o advindo de relação extraconjugal não era legítimo para assumir um papel na família determinado pela religião.

⁴ “Os historiadores do direito romano, tendo notado muito justamente que nem o nascimento, nem o afeto constituem o fundamento da família romana, julgam que devemos ir de encontro esse fundamento no poder paterno ou marital. Fazem desse poder uma espécie de instituição primordial, mas não explicam como se formou a família, a não ser pela superioridade de força do marido sobre a mulher e a do pai sobre os filhos. [...] a autoridade paterna, ou marital, longe de ter sido causa primeira, foi, ela mesma, efeito: derivou da religião, e foi por esta foi estabelecida: não foi, então, o princípio que constitui a família”. (COULANGES, 2011, p. 54).

⁵ “A antiga língua grega tinha uma palavra bem significativa para designar a família: chamava-se de *epístion*, palavra que literalmente significava *aquilo que está junto de um fogo*. A família era o grupo de pessoas às quais a religião permitia invocar o mesmo fogo e oferecer a refeição fúnebre aos mesmos antepassados”. (COULANGES, 2011, p. 55).

Cretella Junior (2009, p. 90), pontua: “Grande importância tem a adoção, entre os romanos, servindo, entre outras coisas, para dar herdeiro a quem não tem [...]”. A adoção era fundamental entre os romanos que não tinham filhos homens ou não tinham filhos, haja visto que, quando apenas tinham uma filha, essa quando se casasse era incorporada ao culto doméstico da família do esposo, abandonando por completo seus laços familiares.

Destarte, se não houvesse o nascimento de um filho varão, era preciso adotar um menino de outra família, que era completamente desligado da sua de origem e incorporado à nova, aderindo a seu culto⁶.

Além disso, em poucas hipóteses poderia ocorrer a dissolução do matrimônio. Uma das possibilidades seria em situação de esterilidade da mulher, pois, essa impediria a perpetuação do culto. “Tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, pareceria justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher⁷.” (COULANGES, 2011, p. 66).

Com o Imperador Constantino, no século IV, a religião doméstica romana foi, sistematicamente, sendo engolida pelo Cristianismo. O casamento, então, passou a ser tratado como um dos sacramentos, o que impossibilitaria a sua dissolução. O matrimônio tornou-se algo sagrado, indissolúvel aos olhos de Deus.

A família brasileira do Código Civil de 1916, teve influência canônica e romana, tendo sido moldada com os valores presentes

⁶ “(...) Dizia-se do adotado in sacra transiit, passou para o culto da nova família.

Por isso mesmo, renunciava ao culto da antiga família. Já vimos, efetivamente, como, segundo antigas crenças, o mesmo homem não podia sacrificar a dois lares, nem honrar duas linhas de antepassados. Admitido na nova casa, tornava-se-lhe estranha a casa paterna. Nada mais tinha de comum com o lar em que nascera e já não mais podia oferecer a refeição fúnebre aos verdadeiros antepassados”. (COULANGES, 2011, p. 71/72).

⁷ “Se o casamento fosse estéril, por causa do marido, nem assim a família deveria extinguir-se e, nesse caso, um irmão ou um parente do marido deveria substituí-lo e a mulher seria obrigada a entrega-se a esse homem. A criança, nascida dessa ligação, seria considerada filha do marido e, pois, continuadora do culto”. (COULANGES, 2011, p. 67).

nestes modelos. Era constituída unicamente pelo matrimônio, discriminando toda e qualquer formação que não advinda do casamento, sendo indissolúvel aos olhos da lei e da Igreja Católica.

De acordo com Maria Berenice Dias (2013, p. 28), a família era “(...) verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação”. Ademais, era uma instituição eminentemente patrimonializada, unindo os seus membros com o fim de adquirir e manter o patrimônio:

Pode-se dizer que o importante papel ocupado, no Direito Romano, pela chamada religião doméstica foi preenchido, a partir de então, pelo patrimonialismo. Antes a família justificava-se para manter o culto e, em vista disso, valia-se da propriedade privada. Já nesse novo momento histórico, a família formava-se para a aquisição de patrimônio. Alterou-se o escopo, tornando fim o que era simplesmente meio. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 7).

A família do CC/16 valorizava a manutenção familiar e seu patrimônio. Tinha como fim precípua a reprodução, uma vez que os filhos exerciam funções predeterminadas para a manutenção da riqueza familiar, constituindo-se importante força de trabalho. Termos pejorativos, como filhos ilegítimos ou concubinato, eram fortemente usados na sociedade e na lei, na tentativa de punir qualquer vínculo não havido por meio do casamento. A dissolução era algo inaceitável e o pai, preservado como chefe de família, mantinha intacto o *pater familias*.

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-se ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos

ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento. (DIAS, 2013, p. 30).

Ademais, preservava-se a hierarquia, com a mulher subjugada a cuidar do lar e dos filhos. Esses eram tratados como mão de obra, já o pai e chefe de família “enquanto efetivo sujeito propiciador da aquisição patrimonial, mantinha-se com a autoridade familiar, subjugando os demais”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 7).

A mulher que era considerada incapaz após o casamento no CC/16, tinha apenas a autonomia para cuidar do lar e dos filhos. Não obstante, só exercia o pátrio poder sobre os filhos, diante da ausência do pai. Caso ela enviuvasse e se casasse novamente, o pátrio poder era perdido em relação aos filhos do primeiro casamento. Se novamente ficasse viúva, recuperava-o nos termos da redação original do art. 393 do CC/1916 (BRASIL, 1916).

Da mesma forma que a mulher, os filhos, tratados como mão de obra, não eram respeitados na qualidade de sujeitos de direito, se submetendo a vontade do pai, por meio do exercício do pátrio poder. Quanto aos ilegítimos, provenientes de relacionamento extraconjugal, os denominados concubinatos, não tinham qualquer direito legal. Para Paulo Lôbo (2009, p. 8), o tratamento desigual dos filhos, ocorria “em razão da origem e do pesado discrimine causado pelo princípio da legitimidade, não era inspirado na proteção da família, mas na proteção do patrimônio família”.

Nota-se que o afeto, no Código Civil de 1916, não exercia qualquer papel. “A família tradicional era muito mais uma unidade produtiva e reprodutora do que uma unidade afetiva”. (MATOS, 2000, p. 24).

A industrialização no Brasil instalou uma nova realidade na sociedade, nas relações empregatícias e na família. Tornou-se imprescindível a aquisição de mão de obra para realizar atividades terciárias, mudando a forma de adquirir riqueza e a configuração

das famílias numerosas que não eram mais vitais como fonte trabalhadora para a manutenção do patrimônio familiar. Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012, p. 16) delimitam esse período: “(...) O ano de 1930 é considerado, por alguns, como o marco do crescimento industrial no Brasil. Nesse ano, a indústria, impulsionada, sobretudo, pela crise de 1926, ergueu-se sob o pretexto de se tornar a principal atividade nacional”.

De acordo com César Fiúza (2006), a família nunca se enquadrou nos moldes estatais e com a crescente industrialização e urbanização, as uniões sem casamento, os filhos advindos dessas e um número grande de mães solteiras, passaram a serem muito mais comuns na configuração da nova sociedade.

A família, desde sempre, pode-se dizer, nunca se organizou de modo estandarizado, padronizado. O que sempre houve, por vezes mais, por vezes menos, foram vãs tentativas de se enquadrar em molduras previamente estabelecidas por um grupo dominante. No mais das vezes, essas tentativas de padronização estiveram envolvidas por um véu de religiosidade insana, fanática, fundamentalista. O que não estivesse dentro dos estritos padrões da moralidade sectária, era relegado à marginalidade, à criminalidade. (FIÚZA, 2006, p. 236).

Diante desse novo cenário econômico e social, o Estado foi obrigado a modificar algumas normas e conferir maiores direitos aos membros da família. Após o Código Civil de 1916, com as mudanças sociais operadas, a visão discriminatória foi sistematicamente alterada, até o advento de um novo Código Civil.

A Lei n. 883/1949 (BRASIL, 1949), possibilitou o registro dos filhos havidos fora do casamento, desde que esse não mais existisse. Por meio do Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/62 (BRASIL, 1962), a mulher voltou a ter a plena capacidade civil, exercendo o pátrio poder, todavia em colaboração ao marido e no caso de divergência, prevalecia a vontade desse, podendo a esposa recorrer à justiça. E ainda, reservou-lhe o direito de ter bens de sua

propriedade exclusiva. Com a EC n. 9/77 e a Lei n. 6.515/1977 (BRASIL, 1977) o divórcio no Brasil foi regulamentado, desvinculando a religião do casamento.

Graças à Constituição Federal de 1988, os membros da entidade familiar receberam especial garantia, em detrimento da instituição família. Resguardou-se a eles uma proteção mais abrangente, possibilitando que por meio da família e com o apoio dela, a felicidade pessoal e profissional individualizada, fossem alcançadas. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do art. 1, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil. (FARIAS, 2004, p. 15).

Na visão de Paulo Lôbo (2009, p. 1), foi operacionalizada uma verdadeira mudança de paradigmas na família contemporânea: “Com a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade”.

A família patrimonializada e matrimonializada que se mantinha intacta com o intuito apenas da conservação do patrimônio familiar e de valores morais da época, deu lugar à preponderância de princípios como a dignidade da pessoa humana e da solidariedade, modificando os seus contornos, fundando-se nos laços de afeto que agrupam os indivíduos, independente da sua origem, que pode ser biológica ou de afeto. Como preleciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Desse modo, considera-se que a família patriarcal, considerada o modelo único no Brasil desde a Colônia, entrou em crise no curso do século XX e, desse modo, foi superada, perdendo sua sustentação jurídica, notadamente diante dos valores

introduzidos pela Constituição Federal de 1988. [...] A nova família não se encontra, no entanto, em crise, identificando-se nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social como referências seguras, e se baseia nas noções de tutela da pessoa humana na dimensão existencial e socioafetiva. Trata-se da concepção eudemonista da família, que potencializa, desse modo, os liames de afeição entre os seus integrantes, com nítida valorização das *funções afetivas da família*, tornando-se o refúgio privilegiado das pessoas humanas contra os problemas encontrados nas grandes cidades e decorrentes das pressões econômicas e sociais. A família passa a ser encarada como comunidade de afeto e entre - ajuda, servindo para o desenvolvimento da pessoa humana, especialmente no âmbito dos interesses afetivos e existenciais. (GAMA, 2008, p. 28-29).

Com o advento da Constituição de 1988, grande parte das formas de tratamento discriminatório foram retirados. Eliminaram-se termos pejorativos e excludentes para as uniões de fato, para os filhos provenientes de relações não matrimoniais e os adotivos, para as relações entre pessoas do mesmo sexo. Assegurou-se a pluralidade familiar, garantindo a liberdade de várias formações como: a família monoparental, a homoafetiva, a anaparental, a pluriparental ou recomposta, e até mesmo a paralela (ainda controversa).

O princípio da igualdade, presente no art. 226, §5º da CF/88 (BRASIL, 1988), estabeleceu a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, outorgando a ela o exercício do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com a evolução da família, alterou este instituto, tornando-se um meio de proteção dos vulneráveis, com muito mais deveres e obrigações dos pais do que direitos, conforme outrora. Foi criado também o Estatuto do Idoso, garantindo maiores direitos a esta parcela da população que cresce a cada dia e também é considerada vulnerável, seja pela idade, saúde física ou mental.

Em 1975, anteriormente à Constituição Federal, iniciou-se a tramitação do Código Civil de 2002. Por esse fato, após a promulgação da CF/88, o projeto original sofreu inúmeras mudanças para tentar⁸ se adequar aos preceitos constitucionais e aos princípios como a dignidade da pessoa humana, todavia, sem muito sucesso, pois o legislador não foi muito além, não tendo a coragem de tratar de temas resguardados na Constituição Federal⁹, mas que careciam de uma norma infraconstitucional para regulamentar. O grande mérito do Código Civil foi a retirada de normas e conceitos discriminatórios existentes entre homens e mulheres e em relação aos filhos.

Após o Código Civil de 2002, regulamentou-se a possibilidade de realização de divórcios em cartórios por meio da Lei n. 11.441/07, que acrescentou o art. 1.124-A no CPC/1.973, mantido no art. 733 no CPC/2015. Por intermédio da EC n. 66/10, que deu nova redação ao §6º do art. 226 da CF/88, eliminou-se a necessidade de separação antes do divórcio, além de não se discutir mais a culpa com o fim do casamento. Também, com a Lei n. 13.058/2014, instituiu-se a guarda compartilhada como regra no ordenamento familiarista. Além disso, por meio do judiciário, as uniões homoafetivas passaram a usufruir de direitos como previdência, herança e os filhos destes inseridos e tutelados, no ordenamento jurídico.

Nesse cenário, a distinção entre união estável e casamento está sistematicamente sendo suprimida por decisões judiciais,

⁸ Caio Mário da Silva Pereira, defendeu que o Código Civil, deveria ser revisto na sua integralidade, tendo em vista que o mesmo já nasceu velho, seria “lógico, mais científico e mais prático reformar o Código Civil por segmentos de que, por vaidade ou preconceito, refazê-lo por inteiro, posto que imperfeito e superado”. (PEREIRA, 1997, Introdução).

⁹ Miguel Reale em resposta as críticas escreveu ser: “próprio de um Código albergar somente questões que se revistam de certa estabilidade, de certa perspectiva de duração, sendo incompatível com novidades ainda pendentes de estudos. O projeto deve se limitar, por conseguinte, àquilo que é da esfera civil, deixando para a legislação especial a disciplina de assuntos que dela extrapolem.” (ALVES; DELGADO, 2005, p. 61).

como no caso do julgamento dos REX n. 646.721¹⁰ (BRASIL, 2017a) e 878.694¹¹ (BRASIL, 2017b), com Repercussão Geral 498, declararam a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02 (BRASIL, 2002), que impunha uma diferença de tratamento sucessório entre cônjuges e companheiros. Assim, por meio desses dois recursos, o último tratava de um relacionamento homoafetivo, foi reconhecido o tratamento igualitário entre cônjuges e companheiros, independentemente se heterossexuais ou homoafetivos. Essa decisão foi acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça do REsp n. 1.332-773¹² (BRASIL, 2017), que entendeu pela inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, heterossexuais ou homossexuais, prevalecendo o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

A filiação socioafetiva também sofreu mudanças, possibilitando o acréscimo do sobrenome paterno ou materno na criança e adolescente, direito previdenciário e sucessório. Ademais, em um julgamento do REX n. 898.060¹³ (BRASIL, 2017c), o

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REX n. 646.721. Rel. Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 de mai. 2017a.

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REX n. 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 de mai. 2017b.

¹² RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INCONSTITUCIONALIDADE. STF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ART. 1.829 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DIGNIDADE HUMANA, PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INCIDÊNCIA. VEDAÇÃO AO RETROCESSO. APLICABILIDADE. 1. No sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/2002, conforme tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral (Recursos Extraordinários nºs 646.721 e 878.694). 2. O tratamento diferenciado acerca da participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido conferido pelo art. 1.790 do Código Civil/2002 ofende frontalmente os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso. 3. Ausência de razoabilidade do discrimen à falta de justo motivo no plano sucessório. 4. Recurso especial provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.332-773/MS. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 de jun. 2017).

¹³ O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060, julgou a Multiparentalidade, com Repercussão Geral 622: “A paternidade socioafetiva, declarada ou

Supremo Tribunal Federal julgou a multiparentalidade, com Repercussão Geral 622, para a manutenção da paternidade biológica e socioafetiva.

Observa-se assim que a família passou por todas essas transformações para que fosse possível aos seus membros desenvolverem de forma saudável a sua personalidade alcançando as noções de felicidade de cada um. Nesse sentido, cabe à família tratar com especial proteção os direitos e garantias das crianças e adolescentes.

2.2 Princípios constitucionais nas relações familiares

O direito de família sofreu grande mudança com a Constituição Federal de 1988, em consequência disso alguns princípios, como o da dignidade e o da solidariedade, despontaram como fundamento de muitos textos de leis e decisões judiciais, permitindo assim, a mútua assistência entre cônjuges e companheiros, o direito à pensão alimentícia a quem precise, seja filho, pai, irmão. Além disso, o princípio da igualdade instaurou o tratamento igualitário entre homens, mulheres, filhos e companheiros.

A autonomia privada, por sua vez, visou à intervenção mínima do Estado nas relações particulares e familiares. O princípio do melhor interesse da criança buscou resguardar e amparar os menores em todos os aspectos da vida civil, sendo necessariamente, tratados como prioridade absoluta da sociedade, Estado e da própria família.

E, por fim, ainda será tratado da afetividade, visto por alguns como princípio implícito da Constituição e por outros como valor moral.

não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REX n. 898.060. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 de ago. 2017c).

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Para Ana Paula de Barcellos (2008), o início da dignidade da pessoa humana ocorreu com o Cristianismo, seguido pelo Iluminismo. Pontua ainda como terceiro momento, a obra de Immanuel Kant e, por fim, as duas grandes guerras. Para ela, à medida que o Cristianismo, concebe o homem como obra e semelhança de Deus, torna-se inadmissível que haja tratamento diferenciado entre os humanos, devendo todos serem respeitados igualmente. Todavia, segundo Fábio Konder Comparato:

(...) essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano do sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. (COMPARATO, 2001, p. 18).

O Iluminismo possibilitou a desvinculação entre Deus e o homem, atribuindo-lhe respeito única e exclusivamente por ser um indivíduo. Ana Paula de Barcellos (2008), explica que para Kant, o homem merece proteção pois é autor da própria vida, sendo um ser racional, capaz de seguir leis e autodeterminar-se.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2004), a dignidade é uma qualidade de todo e qualquer ser humano, que impõe ao Estado e sociedade que assegurem diversos direitos e deveres fundamentais advindos desse princípio:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria

existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2004, p. 32).

Após as duas grandes guerras do século passado e todos os horrores que o mundo vivenciou, a preocupação com os cidadãos se intensificou. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabeleceu em seu art. 1º¹⁴ (UNESCO, 1948), o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que todos os homens nascem livres e iguais em direito e também em dignidade. Ele consta no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988¹⁵ (BRASIL, 1988), sendo considerado um princípio do Estado Democrático de Direito, cláusula geral de tutela da pessoa humana. Impõe ao Estado um dever negativo de não praticar atos que violem a dignidade humana dos cidadãos, assim como um dever positivo de praticar atos que assegurem a vida com dignidade.

Segundo Sarlet (2004), a dignidade é um direito irrenunciável e inalienável, fazendo parte do patrimônio pessoal do homem contemporâneo:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade (SARLET, 2004, p. 41).

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 85), conceitua negativamente o princípio da dignidade da pessoa humana, explicando que tudo que possa agredir a dignidade “(...) será

¹⁴ Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (UNESCO, 1948).

¹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.

No entendimento de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1999), apenas a previsão constitucional do princípio da dignidade humana não assegura o seu cumprimento, sendo necessário que os outros ramos do direito garantissem a sua eficácia:

O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades. (ROCHA, 1999, p. 26).

Já Gustavo Tepedino (2007, p. 76), defensor da dignidade como um valor moral, acredita que deve haver “transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existências e as relações jurídicas patrimoniais”.

De acordo com Danilo Porfírio (2015), a inserção da dignidade no âmbito familiar, trouxe uma mudança no paradigma no Direito de Família:

O novo paradigma de Direito de Família, portanto, dá fim a uma concepção finalística de família, assumindo papel de meio, um mecanismo de proteção de seus integrantes. A família torna-se assim um instrumento a serviço da dignidade da pessoa, submetendo-se a autonomia da vontade, por meio da afetividade, como condição existencial. (PORFÍRIO, 2015, p. 39 /55).

O princípio da dignidade humana assegurou tratamento igualitário para todos os entes familiares, seja mulher ou homem, filho biológico, adotado, inseminado, para as uniões entre pares iguais. É por meio da família que se busca a realização pessoal de cada um dos seus membros, sendo as crianças e adolescentes os principais focos de proteção.

Desse modo, o sistema jurídico brasileiro possibilita que ocorra nas relações familiares o respeito à dignidade de cada um, seja criança, adolescente, adulto ou idoso, haja visto que na família, se encontra o ambiente propício para o desenvolvimento do dever de respeito, solidariedade e cooperação entre as pessoas.

Concomitantemente, este é o entendimento de Paulo Lôbo (2009), que pontua mudança de paradigma da sociedade patriarcal para a nova conjuntura familiar, calcada no pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana:

Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tornando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. (LÔBO, 2009, p. 38).

Essa mudança tem-se refletido nos julgados e na própria legislação infraconstitucional. No julgamento do REsp n. 1.82223/SP¹⁶ (BRASIL, 2003), o Superior Tribunal de Justiça,

¹⁶ “PROCESSUAL – EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL – RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90. A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 182.223/Sp.

entendeu que o bem de família do solteiro é impenhorável, protegendo assim, o indivíduo e não apenas a instituição familiar. Ademais, com a EC n. 66/2010 (BRASIL, 2010), não se discute mais a culpa pelo fim do relacionamento conjugal, preservando o direito dos conviventes de não quererem mais aquela relação.

Nota-se que a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, operacionalizou uma verdadeira mudança no direito de família, pois a elevou a um espaço propício para o desenvolvimento do respeito entre os entes que a compõem, bem como um resguardo legal para seus interesses.

2.2.2 Princípio da solidariedade familiar

A evolução da noção de solidariedade ao longo dos séculos, sempre permeou entre a prevalência do indivíduo e da sociedade. Na antiguidade, representava uma forma de organização social, era “um valor superior, que, embora fundada no aspecto individual, representa uma função principal para a organização social” (BOLLMANN, 2007, p. 2). No Cristianismo, como todos os detentores daquela fé acreditavam serem irmãos, eram todos filhos do mesmo Pai. Já a Revolução Francesa elencou a solidariedade como um dos seus lemas, juntamente com os valores de fraternidade e igualdade.

Maria Berenice Dias (2013) retrata uma solidariedade filantrópica que por meio de uma visão ética da sociedade, os seus cidadãos cumprem suas obrigações de forma voluntária:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio

da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. (DIAS, 2013, p. 69).

A solidariedade prevista no texto constitucional busca a realização de uma sociedade solidária por intermédio de ações coletivas. Coube ao direito constitucional traçar normas que possibilitassem aos indivíduos se relacionarem dessa forma:

O Direito Constitucional é, mais do que nunca, responsável por regular as relações humanas, antes ditas meramente privadas e enquadradas como reguladas pelo Direito Civil. Seus interesses individuais são correspondentes a necessidades fundamentais do homem, tendo o dever de propiciar meios que levem a viver e a relacionar de uma forma mais solidária, com respeito pelo outro. (BRAGANHOLO, 2005, p. 71).

Desta forma, o art. 3º¹⁷ da CF/88, fixou como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. No inciso I, consta a solidariedade como princípio constitucional determinando que é dever de todos a busca por uma sociedade livre, justa e solidária. Apesar de ser tratado expressamente somente neste inciso, os outros três também refletem as noções de solidariedade, na medida em que para garantir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, reduzir as desigualdades existentes e promover o bem de todos, é necessário o esforço conjunto, com atribuições de deveres mútuos.

Como desdobramento do art. 3º da CF/88 (BRASIL, 1988), pode-se extrair várias normas que trazem a solidariedade no seu bojo no CC/02 (BRASIL, 2002). O art. 1.511 e o art. 1.513,

¹⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

determinam a comunhão de vida familiar, passível de existir somente em um ambiente que exista cooperação. O art. 1.694 estabelece o dever de prestação alimentar existente entre parentes. O art. 1.630 trata do poder familiar, que deve ser utilizado sempre no interesse da criança e adolescente. Já os arts. 1.566, 1.567 e 1.724 estabelecem a colaboração e a assistência moral e material entre os cônjuges e companheiros, que devem ainda, arcar com as despesas familiares, na proporção dos seus rendimentos, conforme determina o art. 1.568.

O princípio da solidariedade estabelece a consideração recíproca entre todos os membros da família. Incide internamente, impondo deveres recíprocos de cooperação entre todos, e externamente, impondo deveres dos entes que formam a família, perante a sociedade que fazem parte.

É um princípio presente nas relações existentes na família, ambiente de cooperação e assistência mútua, propício para desenvolver a solidariedade assegurando, assim, a fraternidade nos lares e os laços de afeto.

2.2.3 Princípio da igualdade

O conceito de igualdade passou de formal para material, garantindo o tratamento de todos em condições de igualdade perante a lei, observadas as situações nas quais deva ser reestabelecida a igualdade material das partes.

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabelecem privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário que assegure direitos a quem a lei ignora. Preconceitos a posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todos as situações merecedoras de tutela. O grande exemplo são as uniões homoafetivas, que,

ignoradas pela lei, foram reconhecidas pelos tribunais. (DIAS, 2013, p. 69).

Sendo assim, o legislador, o jurista e o próprio Estado devem criar mecanismos ou reprimir comportamentos que garantam a aplicação do princípio da igualdade. A Constituição Federal de 1988 possibilitou grande revolução entre os membros da família, estabelecendo a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I¹⁸ e 226, §5º¹⁹), entre filhos (art. 227, §6º²⁰), vedando qualquer forma de tratamento desigual ou discriminatório. Retirando assim, o poder exacerbado que existia para o pai de família ou o marido, que suprimia as vontades da mulher e dos filhos.

O CC/02, em consonância com a Constituição, consagrou o princípio da igualdade, ampliando a proteção derivada desse a todos os membros da família. A qualquer dos cônjuges foi concedido o direito de usar o sobrenome do outro (art. 1.565, §1º²¹), cabendo a ambos a organização familiar, em condições de

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

¹⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

²⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

²¹ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 10 Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

§ 20 O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL, 2002).

igualdade para opinar e decidir (art. 1.511²² e 1.567²³ do CC). Além disso, decorrente do princípio da solidariedade, é garantido a mútua colaboração entre cônjuges. Para Rolf Madaleno,

Essa igualdade dos cônjuges e não só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente casado para merecer tratamento igualitário nas relações afetivas; é, sobretudo, uma isonomia ostentada no fundamento supremo do Estado Democrático de Direito da Carta da República brasileira, de defesa da dignidade humana, traduzida na solidariedade econômica entre os cônjuges, que passam a contribuir com o seu trabalho no atendimento das necessidades do seu grupo familiar (...). (MADALENO, 2009, p. 21).

Quanto à igualdade dos filhos, a Constituição instalou-a para todos no ordenamento jurídico, retirando termos pejorativos, que desqualificavam a criança não oriunda de relacionamento matrimonial. Este direito está previsto expressamente no artigo 227, §6º da CF/88 (BRASIL, 1988) e no artigo 1.596 CC/02 (BRASIL, 2002). Ambos preceituam que não pode haver discriminação entre os filhos, qualquer que seja a sua origem. Ademais, foi dado tratamento a filiação socioafetiva que possui direitos previdenciário, sucessório e acréscimo de sobrenome do pai afetivo. Para Maria Helena Diniz é:

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite – se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe – se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espúriedade. (DINIZ, 2008, p.27)

²² Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. (BRASIL, 2002).

²³ Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. (BRASIL, 2002).

Aos pais foi dado tratamento igualitário no que concerne a pessoa do filho, como a inexistência de preferência entre pai e mãe no momento da determinação da guarda (art. 1.583 e 1.584 do CC/02), bem como a administração e usufruto dos seus bens. Além disso, compete a eles representar os filhos, quando menores de dezesseis anos ou assisti-los, entre dezesseis e dezoito anos, até completarem a maioridade ou serem emancipados (art. 1.690 do CC/02).

A pluralidade familiar, só foi possível com a Constituição Federal de 1988. Para Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 166), “a família não se constitui apenas de pai, mãe e filho, mas é antes uma estruturação psíquica em que cada um dos seus membros ocupa um lugar, uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente”. Assim, diversas formações familiares são aceitas e tem seus direitos resguardados pelo ordenamento jurídico.

Desse modo, como visto acima, a distinção entre união estável e casamento nos direitos sucessórios, foi abolida no STF e STJ, por meio dos julgamentos dos REx n. 646.721 (BRASIL, 2017a) e 878.694 (BRASIL, 2017b) e do REsp n. 1.332-773 (BRASIL, 2017), que declararam inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, prevalecendo para todos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

2.2.4 Princípio da autonomia privada

O Código Civil, por meio do art. 1.513 (BRASIL, 2002), consagrou o princípio da autonomia privada, ao determinar que: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Portanto, estabeleceu que não cabe ao Estado ou qualquer pessoa de direito público ou privado, ingerir nas relações familiares. Todavia, a Constituição Federal de 1988 e diversas leis infraconstitucionais, conferem ao Estado o direito de adentrar no ambiente familiar

sempre que houver a percepção que algo está violando o direito das famílias ou de seus membros, agindo por meio o seu poder fiscalizador ou ainda com a repressão judicial.

Entende-se pelo princípio da autonomia privada: “que a intervenção do Estado nas relações familiares só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como *ultima ratio*, já que como visto, deve prevalecer a regra geral da liberdade dos membros da família”. (ALVES, 2009, p. 141). Visa-se assim, a menor ingerência possível do Estado na família, pois se trata de ambiente permeado de afeto, considerado um espaço íntimo, que possibilita o desenvolvimento da personalidade de cada membro, bem como o espaço ideal para a busca da felicidade e realização pessoal.

No Código Civil, pode-se citar normas que demonstram a intervenção na intimidade familiar. O artigo 1.566, inciso II, determina o dever dos cônjuges de coabitarem; o artigo 1.641, inciso II, demonstra a intervenção estatal ao estabelecer o regime patrimonial de separação de bens ao idoso com mais de 70 (setenta) anos; o artigo 1.707, veda os cônjuges a renunciarem alimentos. (BRASIL, 2002).

Lado outro, na jurisprudência e na legislação, tem-se exemplos do exercício da autonomia privada, retratando a mitigação do poder estatal: no REsp n. 730.546/MG (BRASIL, 2005), o STJ entendeu que os cônjuges podem alterar voluntariamente o regime de bens do casamento. O artigo 1.565, §2º, do Código Civil (BRASIL, 2002), permite o livre planejamento familiar. As uniões estáveis, homoafetivas, a paternidade socioafetiva são exemplos da autonomia privada.

Já o art. 28, §2º, do ECA (BRASIL, 1990), trouxe a possibilidade de oitiva do adolescente, levando em consideração a sua vontade. A EC n. 66/2010 aboliu os prazos do divórcio e a apuração de culpa, mantendo a intervenção judicial somente diante da existência de interesses de criança e adolescente. Cita-se ainda, a alteração feita na Lei de adoção (BRASIL, 2009), que determinou em seu art. 100, que as intervenções devem ser ocorrer somente

pelas autoridades e instituições responsáveis, com a finalidade de promover as garantias das crianças e adolescentes. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o Estado deve abandonar:

(...) sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal).

A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. (PEREIRA, 2006, p. 157).

Deve-se então, ser traçado o limite para a intervenção estatal, pois a atuação sem controle fere a intimidade familiar, o princípio da autonomia privada e liberdade dos indivíduos. De acordo com Leonardo Barreto,

(...) o Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros – como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade, etc. –, e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada dos mesmos, o desenvolvimento de sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo afetivo. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família. (ALVES, 2009, p. 141-142).

Em contrapartida, para Marcelo de Mello Vieira, o Estado só pode interferir na família para assegurar direitos:

(...) o direito de família é atualmente permeado por normas cogentes que limitam a liberdade. O estabelecimento de tais normas é necessário e somente justificável para regular os efeitos de cada entidade familiar no sentido de garantir os direitos e os deveres dos seus membros, ou seja, para efetivar as funções de proteção e de promoção da personalidade inerente à família. Só nesse contexto se pode falar em uma intervenção legislativa legal do Estado na família. (VIEIRA, 2013, p. 6).

Para encontrar o equilíbrio entre o Estado protetor-repressor e o protetor-provedor-assistencialista, deve-se permitir a intervenção estatal nas relações familiares sempre que houver situações de violência ou violação de direitos fundamentais. Afora essas situações, o Estado deve deixar que os membros da família, exerceram de forma livre sua autonomia privada.

Retornando ao art. 1.513, do Código Civil em vigor, é importante frisar que se deve ter muito cuidado na sua leitura. Isso porque o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Entretanto, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas. Vale lembrar, também, que a Constituição Federal de 1988 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 227, § 7º, da CF/88). Além disso, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 227, § 8º, da CF/88). (TARTUCE, 2008, p. 45-46)

2.2.5 Princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes

O direito das crianças e adolescentes foi tratado pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1934. Após isso, a Constituição de 1937, a de 1946 e a de 1967 também tocaram no

tema, porém sempre de forma tímida. Somente a Constituição Federal de 1988, deu destaque ao tratamento da infantojuvenil, dentre todos os entes familiares, de forma mais contundente, dando a esse maior proteção e prioridade.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ganhou destaque concomitantemente com o tratamento prioritário concedido a aqueles pela Constituição Federal de 1988 no âmbito familiar, social e estatal. Porém, não se originou nela, já que a Convenção sobre os Direitos da Criança (1959), dispôs sobre a família, sociedade e Estado, tratarem os direitos das crianças com prioridade, tanto na elaboração desses, quanto na sua efetivação. Em seu art. 3.1 é determinado que o interesse maior da criança deve ser considerado, sobre todos os fatos. Trata-se de uma diretriz significativa para o delineamento das relações estatais, sociais e familiares, tutelando-se primordialmente os interesses das crianças e adolescentes.

Isto ocorre, pois elas estão em processo de amadurecimento, desenvolvimento da sua personalidade e necessitam de ambientes familiares e sociais que propiciem o melhor possível. Esse princípio determina que os interesses do Estado, sociedade e família devem ser subjugados aos interesses das crianças e adolescentes, tendo os primeiros, papel ativo na implantação de políticas públicas e meios que garantam os interesses dos vulneráveis.

Esse é o entendimento de Marcelo de Mello Vieira (2016, p. 66-67), para quem: “O tratamento prioritário dado aos direitos da criança e do adolescente é assim, uma consequência desse princípio, devendo, pois, propiciar investimentos maciços em políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos da população infantojuvenil”. Para Antônio Carlos Gomes da Costa, por sua vez:

[...] a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as

crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas públicas específicas para promoção e defesa dos seus direitos. (COSTA, 2002, p.17)

Segundo Marcelo de Mello Vieira (2016), a proteção especial que a criança e o adolescente receberam com a Constituição, está em consonância com os novos moldes da família, pois é um ambiente onde prospera a solidariedade e o estímulo para desenvolvimento das melhores qualidades de cada um:

O direito infantojuvenil é essencialmente não discriminatório e, amparado na busca do melhor interesse, visa proteger a vida e o desenvolvimento das pessoas em desenvolvimento, respeitando as opiniões e o grau de autonomia destes. Ele tem estreita relação com a visão atual de família, caracterizada por ser um ambiente de respeito mútuo, de solidariedade e de estímulo para o desenvolvimento das qualidades e potencialidades de cada um daqueles que a compõem. (VIEIRA, 2016, p. 82-83).

A partir da Constituição Federal de 1988 as crianças e adolescentes passaram a ser tratados como sujeitos de direito, que desempenham na família uma importante função, tendo seus interesses tutelados prioritariamente, para desenvolverem sua personalidade de forma saudável e equilibrada. Para Paulo Lôbo (2009), somente com a ampliação dos direitos conferidos aos vulneráveis pela Constituição foi possível a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

Somente com a Constituição de 1988, cujo capítulo dedicado às relações familiares pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira. Em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias, proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimonializadas, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (*caput* do art. 226), a igualdade dos direitos de

deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 50 do art. 226) e na união estável (§30 do art. 226), a igualdade entre filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§60 do art. 227). Consolidando a natureza igualitária e solidária da família e das pessoas que a integram, após a Constituição, foram editados importantes diplomas legais, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, as leis sobre a união estável de 1.994 e 1.996, o Código Civil de 2002 e o Estatuto do Idoso em 2003. (LOBO, 2009, p. 23-24).

Na CF/88, coube ao art. 227 (BRASIL, 1988), a proteção especial e prioritária às crianças e aos adolescentes, tendo como dever a família, a sociedade e o Estado de educar, o direito à convivência, o respeito à dignidade dos filhos, devendo sempre primar o desenvolvimento saudável da criança e adolescente. No caput, §1º, I e II, desse artigo, incumbiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de tratá-las com prioridade absoluta; os incisos IV e V preveem garantias democráticas processuais; o inciso VI incentivou à guarda; o inciso VII, instituiu o dever de prevenção contra entorpecentes; o §4º, determinou a defesa contra o abuso sexual da criança e adolescente; o §5º, a adoção; e o §6º, o tratamento igualitário entre todos os filhos. O art. 7º, XXXIII e art. 227, §3º, II, III, criaram regras sobre o trabalho e profissionalização do adolescente e concedeu capacidade eleitoral ativa aos maiores que 16 anos; no artigo 14, §1º, II, c. A possibilidade de assistência social e seguridade social está presente nos artigos 195, 203, 204, 208, I, IV e art. 7º, XXV. Já no art. 229, foi imposto aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos.

Em consonância com a diretriz trazida por esse princípio, o poder familiar²⁴ foi revisto no art. 5º, I, e 226, §5º, ambos da CF/88. (BRASIL, 1988), passando a ser um instituto que protege os filhos menores, não emancipados e seus bens, exercido em

²⁴ “Entende-se por poder familiar a autoridade jurídica dos pais sobre os filhos menores no propósito de preservação e promoção dos interesses destes”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 447).

igualdade pelo pai e mãe, tendo o dever de protegê-los, tornando-os sujeitos de direito.

É um poder²⁵ exercido pelos pais no interesse dos filhos, sendo irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível. As obrigações que dele decorrem são personalíssimas, podendo apenas delegar o exercício, sendo considerado crime entregar o filho à pessoa inidônea, conforme art. 245 Código Penal (BRASIL, 1940).

O poder familiar gera aos pais o dever de criar pessoalmente os filhos, mantendo-os na residência da família. Quando os pais constituem um único núcleo familiar, esse poder é exercido por ambos, em mesmo ambiente. Já, quando não residem juntos, a criação dos filhos deve ser feita de forma coordenada, pois a criança crescerá com mais de um indicador de comportamento. Portanto, os pais devem evitar rivalidades ou comportamentos contraditórios que podem trazer algum prejuízo, devendo sempre primar pelo melhor interesse do infante e do seu desenvolvimento saudável.

A titularidade é sempre compartilhada entre os pais. Dessa maneira, seja durante o casamento ou união estável ou na separação, divórcio e a dissolução da união estável o poder familiar não é alterado porque decorre da paternidade e da filiação. A dissolução do vínculo conjugal, afeta apenas, o direito de companhia que os filhos têm, permanecendo intactos os direitos de supervisionar os seus interesses, fiscalizar a educação, saúde, lazer, havendo divergência, podendo-se recorrer ao judiciário, conforme preceitua o art. 1.631

²⁵ Os doutrinadores familiaristas, como Maria Berenice Dias, questionam a adequação do termo poder familiar. Isto ocorre devido a retirada do “pátrio”, que demonstrou a exclusão da ideia de que somente o pai era o detentor de autoridade parental. Não obstante, manteve-se a palavra “poder”, o que não representa a ideia que os pais devem agir sempre de acordo com o interesse dos seus filhos.

“[...] O Poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez se devesse falar em função familiar ou em dever familiar.

A expressão que goza de simpatia na doutrina é autoridade parental. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens (CF 227). Tal expressão destaca que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo responsabilidade parental”. (DIAS, 2013, p. 435).

parágrafo único do CC/2002 (BRASIL, 2002). O pai que não possui o filho sob a sua guarda deve prestar alimentos, nem mesmo a suspensão ou perda do poder familiar desobriga-o dessa obrigação, já que decorre do vínculo de parentalidade.

O art. 100, parágrafo único, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), garante “proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”. A proteção integral dos vulneráveis garante e norteia o princípio do melhor interesse da criança, possibilitando a realização dos direitos e garantias.

O ECA (BRASIL, 1990) evidenciou em seus artigos 21 a 24, o direito à convivência familiar e comunitária. Esse também está presente no art. 227 da CF/88 (BRASIL, 1988) a todas as pessoas, e, sobretudo aos infanto-juvenis que estão em processo de desenvolvimento. Para esses possui uma maior relevância, pois é por meio de um ambiente familiar sadio, que poderão absorver e apreender referências para promoverem melhor a sua identidade.

As crianças e adolescentes têm uma série de outros direitos garantidos: se desejarem casar tem direito ao consentimento; tem o direito a nomeação de tutor; de serem representados ou assistidos. Os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes, carecendo de alguém que realize em seu nome e interesse os atos da vida civil, sendo representados em juízo. Entre dezesseis e dezoito anos, são assistidos em juízo, relativamente capazes, podendo exercer alguns atos que precisam ser ratificados por seus pais. Os pais, a priori, devem realizar a representação ou assistência aos seus filhos, delegando a terceiros somente em casos especiais.

Tem ainda, direito dos seus bens serem administrados por seus pais, de acordo com o art. 1.689, II e 1.690 do CC/2002 (BRASIL, 2002), cabe aos pais a administração e o usufruto dos bens dos filhos menores, até completar a maioridade ou forem emancipados. Quanto ao usufruto, de acordo com o art. 1394 do

CC/2002 (BRASIL, 2002), é permitido que os pais recebam os frutos que eventualmente os bens ofereçam.

Presume-se novamente, que os valores serão usados em favor da criança e não dos pais. Ainda existem as hipóteses em que os bens não ficam sob a administração ou usufruto dos pais. Isso pode ocorrer quando o bem, proveniente de doação ou herança, tenha cláusula que impeça ou tenha curador especial; também quando a criança ou adolescente herdarem bens que os pais forem excluídos da sucessão e, por fim, os bens que já eram de sua propriedade antes do reconhecimento da paternidade ou maternidade. Quando o menor for maior de dezesseis anos, e demonstrar sua capacidade, poderá ser ainda, emancipado.

Todavia, existem também alguns deveres elencados para as crianças e adolescentes. Esses têm o dever de obediência, respeito aos pais e o cumprimento de serviços próprios de sua idade e condição. Para Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012), no entanto, a obediência, no contexto da família contemporânea, não pode ser vista como uma submissão filial:

Os pais não podem transmitir aos filhos sob o poder familiar convicção de serem inferiores. Há muito esta superada a disposição hierárquica do elo filial. Permitir exigir obediência é autorizar que os pais se façam respeitar também pelo seu maior discernimento e maturidade, oriundos das experiências já por eles vivenciadas, pelas quais, dada a diferença de idade, ainda não passaram os filhos (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 457).

O dever de respeito deve ser ensinado no seio familiar, pois é um ambiente de tolerância, preocupação e afeto. É onde a criança e o adolescente são capazes de compreender que da mesma forma que lhes é exigido respeito, também deverão ser tratados com respeito, por meio das atitudes dos pais.

Quanto ao desenvolvimento de serviços adequados a idade, trata-se de uma faculdade dos pais de envolver a criança com os afazeres domésticos, com fim de educar e integrar essa à rotina

familiar. Para alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias (2013), na verdade é uma afronta ao princípio da dignidade humana, exploração de vulnerável, podendo ser considerado abuso.

A legislação ainda prevê as situações em que os vulneráveis são expostos a alguma violação de seus direitos e garantias, constitucionalmente assegurados, podendo extinguir ou suspender o poder familiar por decisão judicial.

De acordo com o art. 1.635 do CC/02 (BRASIL, 2002), a extinção pode ocorrer pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, maioridade, adoção. É um rol taxativo e que, na maior parte das vezes, ocorre de forma natural, sendo menos complexa do que a suspensão ou destituição do poder familiar.

A extinção do poder familiar, decorrente de decisão judicial, é uma sanção aos pais que tiveram uma avaliação negativa feita pelo juiz, que tem como função maior proteger o direito das crianças e não punir os pais. Ocorre quando houver castigo imoderado dos filhos, quando os filhos ficarem em abandono, quando os pais praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes e reiteradamente as faltas constantes no art. 1.637 do CC/02 (BRASIL, 2002). Essa extinção não rompe o vínculo de parentesco existente, mantendo-se o direito sucessório do filho em relação ao pai, porém cessa do pai em relação ao filho.

Além disso, os art. 22 e 24 do ECA²⁶ (BRASIL, 1990) determinam que nos casos em que os pais descumpram os deveres de guarda, sustento e educação dos menores, também poderá ocorrer a destituição do poder familiar. Ademais, o Código Penal

²⁶ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 1990).

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (BRASIL, 1990).

prevê mais uma hipótese: “caso o pai estupe a própria filha, ou corrompa os filhos, ou instigue-os a praticarem crimes, como os de furto ou receptação, não merece exercer o poder familiar, cabendo a destituição”. (RIZZARDO, 2009, p.628).

O abandono da criança acontece quando os pais, intencionalmente, deixam de proteger os filhos, prestar assistência econômica, educação e saúde ou qualquer outro ato inerente do poder familiar. O abandono material pode ocorrer em situações em que os pais vivem em completa miséria, devendo o magistrado ter muita sensibilidade para imputar culpa. O art. 23 do ECA (BRASIL, 1990), impede a perda do poder familiar, se este for o único motivo. Além disso, o abandono material pode ocorrer por vontade de um dos pais, que tendo patrimônio para resguardar materialmente o filho, não o faz. Dessa forma, o juiz pode decretar a perda do poder familiar e determinar o pagamento de obrigação alimentícia, com fundamento no vínculo de parentesco.

Além do abandono material, parte da doutrina atribui o abandono moral como ensejador da perda do poder familiar, além de possibilidade de indenização por danos morais decorrentes do mesmo. Também, o Projeto de Lei 700 de 2.007 (BRASIL, 2007), aprovado na Comissão em 2015, quer alterar os artigos 5º, 22 e 24 do ECA, com a intenção de criminalizar o abandono afetivo.

A perda do poder familiar é uma medida extrema, na maior parte das vezes com caráter definitivo, tendo em vista que os pais descumpriram gravemente os deveres que lhe são atribuídos.

Já a suspensão ocorre de acordo com o art. 1637 do CC/2.002²⁷ (BRASIL, 2002), quando os pais abusarem de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinarem o

²⁷ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002)

patrimônio dos filhos ou quando forem condenados por sentença irreversível com pena superior a dois anos. Essas hipóteses são temporárias, reversíveis e exemplificativas, cabendo ao magistrado, diante de um caso concreto, analisar a possibilidade de suspensão do poder familiar, que pode ser parcial ou total, devendo ser determinada pelas circunstâncias que a produziram e os interesses da criança. É, assim, considerada medida menos gravosa que a perda, pois tem tempo determinado de duração, quando reestabelece plenamente a autoridade parental.

Assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é o fundamento para muitos julgados dos Tribunais Superiores, que tratam os direitos das crianças acima de qualquer outro interesse.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.618-230²⁸ (BRASIL, 2017), em maio de 2017, entendeu pela possibilidade de se reconhecer a existência da paternidade registral concomitante a paternidade biológica, permitindo à criança a busca imprescritível e indisponível aos seus direitos à ancestralidade, à origem genética, bem como aos laços afetivos.

²⁸ EMENTA: Filiação - igualdade entre filhos - ação de investigação de paternidade - paternidade socioafetiva - vínculo biológico - coexistência. Recurso especial. Direito de família. Filiação. Igualdade entre filhos. Art. 227, §6º, da CF/1988. Ação de investigação de paternidade. Paternidade socioafetiva. Vínculo biológico. Coexistência. Descoberta posterior. Exame de DNA. Ancestralidade. Direitos sucessórios. Garantia. Repercussão geral. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.618.230. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. **Diário de Justiça Eletrônico**, 10 de maio 2017.

Em outro julgado, REsp n. 932.692/DF²⁹ (BRASIL, 2008), o mesmo Tribunal, em dezembro de 2008, manteve a paternidade socioafetiva, em ação negatória de paternidade, fundamentando que diante da existência comprovada da posse de estado de filho, não cabe aos pais passar aos filhos, a fragilidade e fluidez dos seus relacionamentos, devendo os laços de filiação estarem assegurados, em nome do interesse maior dos filhos.

Portanto, interpretando o texto legal, que visa à proteção máxima das crianças e adolescentes, o ordenamento jurídico tem protegido os interesses dos infantes acima de qualquer outro bem ou direito tutelado. Leva-se em consideração o que é melhor para o menor, com o intuito de resguardar direitos e garantias, muitas vezes em detrimento de direitos paternos, sociais ou do próprio Estado.

2.2.6 Afetividade: princípio?

O afeto passou a ser objeto jurídico quando a família deixou de ser vista apenas como sinônimo de uniões legalmente aceitas, por meio do matrimônio, que representavam acima de tudo, unidade econômica e patrimonial.

Para Rolf Madaleno (2009, p. 65), “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para o fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”.

João Batista Vilela (1979), antes da promulgação do Texto Constitucional de 1988, nos idos de 1979, já vislumbrava as diversas formas de relações familiares, todas fundadas em sentimentos que nos conduzem a querer compartilhar a vida, como o afeto e solidariedade.

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexa que se

²⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP 932.692/DF. Rel^a Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, 18 de dez. 2018.

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. (VILLELA, 1979, p. 645).

Segundo Luiz Edson Fachin:

(...) na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma ‘comunidade de afeto’. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível (...). Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias do renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro cultural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo. (FACHIN, 1996, p. 317-318)

Ocorre que, apesar de toda a sua importância para o direito de família, questiona-se se o afeto pode ser visto como um princípio jurídico ou como um valor moral. Estaria presente a exigibilidade jurídica e legal, tendo em vista que é um sentimento?

Dessa maneira, será delineado nesta pesquisa, o tratamento que o afeto recebe pelas ciências da psicologia e psicanálise, para então, de posse desses conceitos, vislumbrar um tratamento jurídico para o afeto, sobretudo, quando a sua manifestação ocorrer de forma espontânea e voluntária, como nos casos de multiparentalidade, ou ainda, pela ausência dele, como ocorre no abandono afetivo.

Afetividade

O afeto ocupa lugar especial e de destaque no ordenamento jurídico, sobretudo na família. Há uma indiscutível inserção da afetividade nas relações familiares, todavia, nota-se que o direito retrata o afeto apenas no entendimento do senso comum: um sentimento bom, que possibilita as pessoas a criarem relações intersubjetivas. Além disso, há uma despreocupação das ciências normativas com o desenvolvimento de um conceito de afeto que se aplicaria de forma satisfatória ao direito.

No mundo acadêmico normativo, para alguns, como Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida (2012), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014), Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008) e Ana Carolina Brochado Teixeira (2010), o afeto é um sentimento ou valor, passível de reprimenda apenas na dimensão da moral. Para outros, como Cláudia Maria da Silva (2004); Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2002; 2006); Maria Berenice Dias (2013), Paulo Lôbo (2009), Rodrigo da Cunha Pereira (2003, 2005, 2010) é um princípio jurídico, cabendo a intervenção estatal diante da sua ausência.

O afeto, a racionalidade e a capacidade de adquirir linguagem são inerentes a todo ser humano, sendo os dois últimos considerados os principais elementos que os distinguem dos animais. Romualdo Baptista dos Santos (2011, p. 75), compartilha desse entendimento ao afirmar que “(...) a capacidade de amar faz parte do patrimônio antropológico. Trata-se de uma potencialidade, como a capacidade de raciocinar ou de adquirir

linguagem, que são inatas aos seres humanos, mas que desenvolvem em graus diferentes em cada indivíduo”.

É sabido que cabe às ciências da psicologia e da psicanálise se ocuparem de tecer conceitos e desvendar as condutas provenientes do ser humano e da psique humana. De acordo com Norberto Bobbio (1997), cabe ao direito ou as ciências normativas:

(...) a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como as relações familiares, relações econômicas, as relações superiores de poder, e ainda a regulamentação dos modos e formas através das quais o grupo social reage à violação das normas. (BOBBIO, 1997, p. 349).

Todavia, com o crescente tratamento do afeto pelos Tribunais e doutrinadores, é crucial uma interdisciplinaridade entre a ciência do direito, psicologia e psicanálise. A comunicação entre as ciências é necessária, para não ser imposto um pensamento desprovido de técnica, que ou possui uma visão comum ou visa, tão somente, abarcar determinado posicionamento enraizado de valores axiológicos.

3.1 O conceito de afetividade

Conceituar afetividade deveria ser algo restrito apenas as ciências da psicologia e da psicanálise, feito tão somente, mediante a observação das reações humanas diante das situações e da subjetividade. Todavia, a afetividade adentrou no mundo normativo, merecendo respaldo e tratamento jurídico.

Rolf Madaleno (2009, p. 65), ilustra o afeto como “mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para o fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”. Para esse autor (2015), deixar de dar assistência afetiva é deixar de exercer a paternidade, pois não há o convívio entre pai e filho. Nota-se que não é

apresentada uma definição técnica, oriunda das ciências da psicologia ou psicanálise para o afeto, o que se repete entre outros doutrinadores familiaristas, como Maria Berenice Dias (2013), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2002, 2006), Rodrigo da Cunha Pereira (2003, 2005, 2010), Paulo Lôbo (2009).

Esses doutrinadores elencam a afetividade como um dever recíproco existente entre pais e filhos; como a mola propulsora da família, que possibilita a interação entre os seus membros de forma sublime. Afirmam ainda que o afeto é a base da família atual, sendo considerado um dever recíproco entre seus membros, que se desenvolve com o tempo e, à convivência entre eles, atribuem caráter normativo, principiológico, sem se preocupar, com o seu conceito para as ciências que tratam afundo do assunto.

É na ausência de clareza quanto ao conceito e natureza do afeto que parte da doutrina fundamenta as condenações em danos morais por abandono afetivo. A falta de um conceito técnico, claro do que é afeto no âmbito jurídico, saindo do senso comum, bem como, a análise da sua natureza jurídica, possibilita que o sentimento, tenha se transformado em princípio jurídico constitucional implícito para parte da doutrina. Esse é o entendimento de Marco Túlio de Carvalho Rocha para quem:

Um dado da bibliografia jurídica ligada à "teoria do afeto" surpreende: a ausência de considerações sobre o conceito de "afeto". Uma maior ênfase no conteúdo teórico do "afeto" era de se esperar numa doutrina que pretende tê-lo como núcleo do direito de família. A necessidade de estudar o significado de "afeto" torna-se ainda maior se se tem em conta a ambivalência do termo: na linguagem comum, afeto é sinônimo de carinho, simpatia, amizade, ternura, amor; na Filosofia e na Psicologia, contudo, possui significado bem diferente: é sinônimo de sentimento, emoção, paixão. A essa última acepção é a que corresponde à etimologia da palavra: "afeto" provém do latim *affectus* e se formou da preposição *ad* (para) mais o verbo *facere* (fazer). Ou seja, "fazer para", "influenciar", "afetar". "Afeto" designa, pois, algo que sofre influência de outro ser. Enquanto o

"afeto" da linguagem natural tem conotação positiva, referindo-se aos mais nobres sentimentos humanos, o "afeto" da linguagem filosófico-científica designa todas as afeições, todos os sentimentos, os mais elevados e os mais baixos. Incluem-se na noção de "afeto", no sentido filosófico-científico, o ódio, a inveja, o rancor e todos os sentimentos moralmente repudiados. [...] Uma vez que no sentido filosófico-científico "afeto" tem consonância com "sentimento", o Direito não pode ser chamado a protegê-lo incondicionalmente, uma vez que muitas de suas manifestações contrariam os valores fundamentais da ordem jurídica. Além disso, o Direito somente regula a conduta humana exteriorizada. (ROCHA, 2009, p. 61).

Salienta-se que Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009), pontua que a palavra afeto deriva do latim "*affectus*", ao contrário de Paulo Lôbo (2009), que erroneamente, atribui a tradução do afeto a "*affectio*". Na tradução correta do latim para o português, "*affectio*" significa influxo ou influência¹, tendo sua origem no direito atribuída ao direito comercial, quando se referia ao *affectio societallis*. Enquanto "*affectus*", é traduzida como afeição, emoção².

Os psicanalistas Codo e Gazzotti (1999), traduzindo corretamente o afeto, defendem sua origem no latim:

(...) *affectu* (afetar, tocar) e constitui o elemento básico da afetividade, conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza. (CODO; GAZZOTTI, 1999, p. 51).

A partir daí, pondera-se que talvez tenha sido a tradução equivocada do afeto o início da atribuição de caráter principiológico pela doutrina.

¹ "*Affectio*". Def. 1. Glosbe. <<https://pt.glosbe.com/la/pt/affectio>>

² "*Affectus*". Def. 2. Glosbe. <<https://pt.glosbe.com/la/pt/affectus>>

De outro lado, existem doutrinadores que tratam o afeto como um sentimento, passível de repreensão apenas no âmbito moral. Sustentam a ausência de cabimento de tentativas de punição do Poder Judiciário e do Legislativo, para as relações que são desprovidas de afeto ou de amor.

Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p. 195)³, está na esteira de autores que patrocina o afeto como um elemento psicológico: “(...) o afeto consiste em um elemento anímico ou psicológico. E, sob certo aspecto, que urge ser pontuado, é um fator metajurídico que não pode ser alcançado pelas normas das ciências jurídicas, mas apenas pela normatividade da Moral”. Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008, p. 466) o conceitua como um “estado psíquico ou moral (bom ou mau), afeição, disposição de alma, estado físico, sentimento, vontade”.

Os autores citados entendem o afeto como um sentimento, um estado anímico ou psíquico, que pode ser tutelado na dimensão moral de cada indivíduo. Dispensam a normatividade e a obrigatoriedade da afetividade, considerando que para a realização da dignidade humana, é crucial que sua manifestação seja espontânea e livre, sendo passível de repreensão apenas no campo da moral.

Esses, não atribuem o caráter principiológico ao afeto e nem tampouco o caráter punitivo, sancionador que pode ocorrer diante da sua ausência. Para eles, esse é um sentimento livre, natural, espontâneo, que possibilita a realização pessoal de cada membro da família, repreensível apenas socialmente.

Nas ciências da psicologia e da psicanálise, o afeto é visto como um sentimento, atrelado às sensações do indivíduo, manifestando-se, inicialmente, no seu corpo, de forma consciente

³ Na mesma linha de pensamento, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012, p. 41), compreendem que o afeto é “um sentimento que concorre para a realização da pessoa e sua constante formação (...)”. Debora Xavier (2008, p. 62), reconhece que o afeto é tão somente um “sentimento espontâneo, gerado por impulso natural, que envolve duas ou mais pessoas que se afeioam em interesses, valores, projetos de vida, amizade e emoções”.

ou ainda, por meio da percepção do comportamento alheio, gerando reflexos no indivíduo.

Para Antonio Imbasciati (1998), cabe à psicanálise a análise do que se trata o afeto, como se manifesta, se está presente no consciente ou inconsciente humano. Graham Music (2005), compartilhando do mesmo entendimento, discorre que:

O afeto é fundamental para a psicanálise e está ligado a ela indissolivelmente. A perspectiva psicanalítica é a única que enfatiza a centralidade dos processos inconscientes e esclarece o impacto profundo que eles e os processos afetivos específicos exercem sobre quem somos e como agimos. (MUSIC, 2005, p. 71/72).

Sobre o afeto, Sigmund Freud (1856-1939), fundador da psicanálise, escreveu entre 1893 e 1939. “Cada acontecimento, cada impressão psíquica, é provida de uma certa quota de afeto (Affektbetrag) da qual o ego se desembaraça ou por meio de uma reação motora ou por uma atividade psíquica associativa”. (Freud apud GREEN, 1982, p. 27).

Ele desenvolve o afeto, juntamente com a história da psicanálise e da histeria. Inicia seus estudos observando a última e a partir daí cria uma noção de afeto ligado ao trauma de alguma experiência vivida pelo indivíduo (GREEN, 1982). Apresenta o que é afeto estrangulado, ligando-o a algum trauma sofrido pelos pacientes. Para Freud, esse afeto traumático é *ab-reagido*, ou seja, ele é descarregado, manifestado após um trauma⁴.

Ligando o afeto a teoria da pulsão⁵, pode-se conceituar pulsão⁶ como um elo entre a mente e o corpo ou uma quantidade

⁴ Dado um acontecimento traumático, a recordação não pode ser liquidada em certos casos e por isso importa saber “se o acontecimento desencadeador provocou ou não uma reação enérgica” graças à qual a descarga de afetos pôde se produzir “desde as lágrimas até o ato de vingança”. Nos casos em que essa descarga não intervém, o afeto permanece ligado à recordação devido à sua não-liquidação”. (GREEN, 1982, p.27).

⁵ Green Music (1982), sustenta que só é possível compreender o afeto por intermédio da teoria da pulsão, sendo compreensível apenas na psicanálise.

de energia interna física do indivíduo, de origem biológica, mas que não se confunde com o afeto, Freud⁷ acreditava que:

(...) o afeto é um quantum da energia pulsional, representante psíquico da pulsão, enquanto os processos ideativos estão ligados ao depositar-se de traços mnêmicos; o primeiro daria força e qualidade funcional aos segundos, no conceito de investimento. A repressão agiria sobre a representação da palavra, deixando intacta a representação da coisa que, impedida portanto de ser consciente, continuaria ativa sob a força do afeto (Freud, 1915b, p. 85). (IMBASCIATI, 1999, p. 15/16).

O psicólogo, Erico Bruno Viana Campos (2004)⁸, explica que para Freud, afeto era qualquer experiência consciente de dor ou de desprazer.

Nota-se que Freud trata disso no âmbito do inconsciente humano, porém no momento em que conceitua, adota o senso comum e afirma que para que ele exista, deve estar no âmbito consciente⁹. Para esse, o afeto se liga às emoções e sentimentos traumáticos, desagradáveis, experimentados pelo indivíduo ao longo da vida. Quando essas situações provocam uma reação imediata, que pode ser de raiva, choro ou vingança, transformam-se em afeto. Quando a situação que deu origem à energia pulsional, se mantém intacta, continua ativa por algo denominado força do afeto. É, portanto, a manifestação da quantidade de energia

⁶ Para Green Music (2005, p. 11/12), Freud queria com o termo pulsões “designar algo parecido com instintos e compulsões. Afetos e emoções, como raiva ou fúria, eram considerados uma pulsão agressiva por Freud e por muito de seus contemporâneos”.

⁷ Jean Laplanche; Jean-Bertrand Pontalis (2001, p. 9), acolhem a ideia de Freud e afirmam que “O afeto é a expressão qualitativa da quantidade de energia pulsional e das suas variações”.

⁸ “(...) Freud irá chamar de afeto qualquer perturbação do processo secundário de pensamento oriundo não só de uma experiência de dor, mas também qualquer desprazer, incluindo aí aquele dado pela significação *a posteriori* de experiências infantis. Fora isso, o afeto também é a própria experiência consciente de desprazer, além de uma descarga motora”. (CAMPOS, 2004, p. 39/60).

⁹ “(...) a paradoxal contradição advém da diferença entre o Freud clínico, que trata extensamente dos afetos inconscientes, e o Freud teórico, que aceita a definição do senso comum, na qual os afetos existem enquanto vivenciados pela consciência, reservando a sua teorização para as argumentações que se referem à teoria energético-pulsional”. (IMBASCIATI, 1999, p. 15/16).

pulsional de um indivíduo diante de uma situação subjetiva ou derivada de comportamento de terceiro.

Para o psicólogo, Antonio Imbasciati (1999, p. 14), também partidário de que somente é possível sentir o afeto conscientemente, este é: “um estado subjetivo que “sentimos”, mas pode também se referir àquilo que não se sente de modo direto, mas se entrevê ou se infere no comportamento alheio e, menos facilmente, no nosso”. Explica ainda que ele não pode ser concebido como um “conteúdo”, que fica paralisado em algum ponto, deve ser tratado como uma função, que está inscrita na memória e que se modifica conforme o indivíduo vai vivenciando novas experiências¹⁰.

O afeto pode ser experimentado, conscientemente, por meio das experiências vividas por cada um, cada indivíduo imprime de forma diferente as vivências diárias, podendo um determinado sentimento e reação, se alterar com o passar do tempo e a mudança de situação, pois não é um sentimento estático no tempo.

Esse também é o entendimento de Jean-Marie Dolle (1993)¹¹, para quem a afetividade está compreendida em dois aspectos: estado e movimento. O aspecto estado baseia-se em dois termos

¹⁰ “O afeto, por sua vez, que não pode ser concebido como “conteúdo”, mas essencialmente como função, resiste mais a ser pensado como inscrito na memória. E, no entanto, à luz das atuais contribuições neurofisiológicas, sabemos que nenhuma memória é estática e sim, ela própria, estrutura funcional. Não devemos portanto pensar em conteúdos possíveis de serem inscritos na memória, e, sim, ao contrário, em funções como inerentes ao aparelho neurobiológico que as inscreve, mas sempre em estruturas funcionais que se inscrevem, como programas de soft, no hardware biológico. Nesse sentido, podemos considerar a inscrição em memória de estruturas funcionais afetivas: inscrição sempre em contínuo remanejamento, em função de cada nova experiência, seja elaborada a partir do exterior, seja de produção autóctone do sistema”. (IMBASCATI, 1999, p. 48).

¹¹ “(...) a afetividade estaria repartida em dois aspectos: um aspecto estado ou estático e um aspecto movimento ou dinâmico. O primeiro oscila constantemente entre dois estados opostos, implicando-se um ao outro: amor-ódio, quietude-inquietação, etc. Cada estado compreende em si mesmo variações de intensidade cuja hierarquização e gradação são muito mal conhecidas, embora seja possível ter uma ideia a esse respeito levando em conta a passagem da inquietação para a ansiedade e desta para a angústia. O estado oposto compreende, igualmente, suas variações, sem dúvida, também sutis, se pensarmos nas transições existindo entre quietude, confiança e tranquilidade”. (DOLLE, 1993, p. 108).

antagônicos, um sendo considerado o equilíbrio e o outro o desequilíbrio. O afeto oscila entre o amor e ódio, quietude e inquietação, inquietação para ansiedade.

Além disso, condiciona vários outros sistemas do corpo humano, regulando a sua conduta:

(...) o afeto é concebido como um esquema funcional de base, ou estrutura, do sistema mente, que funciona como “leitor” e regulador de experiências externas e internas, sustentando e condicionando outros esquemas funcionais de tipo cognitivo-adaptador, que regulam a conduta, assim como os processos que podem assumir o caráter de consciência. Isso portanto estaria funcionalmente presente em toda função mental, mesmo não se tendo sinais evidentes. (IMBASCIATI, 1999, p. 50).

Para a psicanalista Giselle Câmara Groeninga (2010, p. 204), “Os afetos constituem a energia psíquica, baseada no prazer e desprazer, que investe pessoas ou representações, que valora as relações, e que se transforma em sentimento – dando um sentido aos relacionamentos”.

Os psicanalistas contemporâneos não o restringem somente a algum trauma ou sentimento desagradável. Relacionam o mesmo também a bons sentimentos, que dão sentido a vontade dos indivíduos de criarem relacionamentos intersubjetivos.

Os conceitos de afeto apresentados pelas ciências da psicologia e psicanálise ligam-no à mente humana, como uma energia que emana reações por todo o corpo, por meio da subjetividade de cada um ou das reações que são perceptíveis nos outros.

Ademais, se manifesta de forma positiva, com a demonstração de amor e carinho, e de forma negativa, por meio do ódio, raiva, tristeza, inquietação e ansiedade o que demonstra que o senso comum está equivocado, pois o liga tão somente a manifestação de emoções positivas por outras pessoas,

determinando a formação de vínculos, sempre voltados para nutrição de bons sentimentos uns com os outros.

Não se deve, por isso, estender o tratamento do afeto no senso comum para o Direito, ele não nasce de uma relação jurídica, que pode ser tutelada. Origina-se nas emoções humanas e na forma como cada um reage a ele ou à falta dele. Ao atribuir caráter principiológico ao afeto, não se vislumbra sua origem emocional, a sua manifestação individualizada, espontânea e conjuntamente no fato de como cada indivíduo reage à sua ausência. Também, não analisa a temporaneidade de um sentimento, que em determinado momento e situação pode ser manifestado de modo negativo e em outros, positivo.

Concluiu-se, assim, que o afeto é tão somente um sentimento, ganhando relevância jurídica e legal, quando sua manifestação é autêntica, espontânea e livre. Esse é o entendimento de Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida, que entendem que o afeto:

(...) É uma sensação que se apresenta, ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com o outro que não tolera variações de existência: ou há ou não há; e, tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico. Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa interferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos. (RODRIGUES JÚNIOR; ALMEIDA, 2012, p. 43).

De posse desses conceitos, é necessário traçar um conceito de afetividade para ser usado dentro do ordenamento jurídico e que contemple as influências da psicologia e psicanálise. Pode-se considerar o afeto como uma reação humana, que gera um sentimento voluntário, anímico, emanando reações para outros sistemas do corpo humano, podendo ter origem subjetiva ou a

depende da reação e do tratamento de terceiros e que pode ter relevância jurídica, com reflexos na vida dos entes familiares, quando manifestado de forma espontânea, livre, verdadeira e sem coação.

Nota-se que esse conceito se amolda, conforme visto no Capítulo 2, ao reconhecimento de diversas formações familiares, fundadas nos laços de afeto, possibilidade de paternidade socioafetiva, adoção, pedidos de guarda, alteração de sobrenome. Além de decisões como a proferida pelo STF, tratando de multiparentalidade que com a Repercussão Geral 622, possibilitou que os filhos tivessem concomitantemente o reconhecimento dos direitos na paternidade biológica e socioafetiva, com a manutenção dos sobrenomes, direitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários. Foram também julgados os REX n. 646.721 (BRASIL, 2017a) e 878.694 (BRASIL, 2017b) e o REsp n. 1.332-773 (BRASIL, 2017), reconhecendo a inconstitucionalidade do tratamento sucessório entre cônjuges e companheiros, equiparando os direitos na união estável com o casamento.

Tais decisões demonstram que o afeto, quando manifestado de forma autônoma agrega, tornando-se importante fonte do direito de família para reconhecer direitos.

Delineado um conceito jurídico de afeto e sua repercussão, na tentativa de abarcar todos os argumentos presentes na doutrina que defende seu caráter principiológico, ainda resta dúvida quanto a natureza jurídica da afetividade, que ora é tratada como princípio, ora como valor moral.

3.2 Natureza jurídica da afetividade: princípio jurídico ou valor moral?

Após a constitucionalização do direito privado e a inserção de vários princípios constitucionais no direito de família, a afetividade passou a ser vista como fundamento dos novos contornos familiares. Todavia, muitos doutrinadores familiaristas,

como Cláudia Maria da Silva (2004); Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2002; 2006); Maria Berenice Dias (2013), Paulo Lôbo (2009), Rodrigo da Cunha Pereira (2003, 2005, 2010), vão além e reconhecem a força normativa no afeto, elencando-o a categoria de princípio jurídico implícito do direito de família. Outros, como Walsir Edson Rodrigues Júnior; Renata Barbosa de Almeida (2012), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014), Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008) e Ana Carolina Brochado Teixeira (2010), entendem o afeto como um sentimento ou um valor moral.

Para Lôbo, (2009), o princípio da afetividade está implícito na CF/88, por meio da igualdade entre os filhos, da possibilidade de adotar, das famílias formadas por qualquer dos pais e seus filhos, protegidos igual a família constitucional, bem como a convivência familiar. Defende ainda (2000), que o afeto não tem origem biológica, derivando os laços afetivos da convivência entre os membros de uma família e conclui elencando os fundamentos constitucionais do princípio da afetividade:

Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º). (LÔBO, 2000).

Esse autor retrata a afetividade como princípio constitucional implícito, mas não apresenta um embasamento legal ou fundamentação constitucional válida. Afirma que o princípio da afetividade está implícito na Constituição apenas pela aplicação do

princípio da igualdade nas relações familiares, é o mesmo que aplicar a dignidade da pessoa humana a todas as situações controvertidas perante a lei. A argumentação apenas repete a tentativa da doutrina de impor um pensamento, cheio de valores morais.

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2013) sustenta que o princípio da afetividade possibilita o respeito aos direitos fundamentais presentes nas relações familiares de igualdade entre irmãos adotados e biológicos. Para Rolf Madaleno (2009), a afetividade não pode ficar de fora dos vínculos de filiação e parentesco existente na família, sendo decorrente da liberdade de cada um de se afeiçoar ao outro. Ademais, entende que “a sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto”. (MADALENO, 2009, p. 65),

Dentre os doutrinadores que tratam a afetividade como valor moral ou sentimento, encontra-se Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008), para quem o afeto não é um princípio jurídico, é um sentimento ou valor moral, que não se impõe e nem cabe apreciação judicial. Segundo Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli (2013), não há como admitir que o afeto é princípio, pois enquanto normas, são dotados de imperatividade, podendo, assim, ser impostos as pessoas, negando a espontaneidade, presente no afeto, como característica principal¹². Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014)¹³, defendem que o afeto é um elemento importante para o direito de família, porém, afastam a sua principiologia:

¹² Farias também não atribui o caráter principiológico ao afeto. Defende que a afetividade está presente nas relações familiares, permitindo que decisões com base na relação afetiva sejam tomadas, mas que não se pode impor a uma pessoa dedicar afeto a outra. (FARIAS, 2015, p. 33).

¹³ “(...) de grande relevo para as decisões judiciais nesse campo, porém insuscetível de ser entendido como um valor jurídico exigível através do Poder Judiciário, sob pena de martirizar a sua própria essência espontânea”. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 64).

Afasta-se, portanto, uma suposta caracterização do afeto como um princípio jurídico do Direito das Famílias. Ora, se princípio fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula sujeitos. Assim sendo, a afetividade permeia as relações jurídicas familiares, permite decisões e providências nela baseadas (como a concessão de guarda para quem demonstra maior afetividade ou mesmo reconhecimento de uma filiação em decorrência de sua presença). Contudo, não se pode, na esfera técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar afeto (amor, em última análise) a outra. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 64).

Para considerar o princípio implícito da afetividade como um mandamento do sistema jurídico e legal, deve-se, em contrapartida, analisar todos os reflexos jurídicos advindos deste novo princípio. Leonardo Castro (2008, p. 20) é veemente ao afirmar que, "nas relações familiares, cabe ao Judiciário apenas a defesa aos direitos fundamentais do menor. A sua intromissão em questões relacionadas ao sentimento é abusiva, perigosa e põe em risco relações que não são de sua alçada".

Esses autores mantêm o afeto como sentimento humano, espontâneo¹⁴, que deve ter consequências jurídicas diante da manifestação verdadeira de cada um, sem a ingerência estatal, que pode, a depender da situação, piorar uma relação estremecida, como ocorre nos casos que há o julgamento por abandono afetivo.

A Constituição, o Código Civil e o próprio ECA trouxeram diversos direitos das crianças e adolescentes, bem como deveres para os pais, sociedade e Estado, tratando-os como absoluta prioridade do Estado Democrático de Direito. Ocorre que deixar o Estado ingerir de forma indiscriminada dentro da família, sem respeito à autonomia privada de cada cidadão, pode tornar as

¹⁴ "Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo a característica de espontaneidade". (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 43).

relações frágeis e sem o sentimento do afeto, cumprindo aquele dever somente com medo da coação estatal imposta.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) entendem que o Direito não tem legitimidade e nem meios para adentrar nas relações familiares em que não existe afeto:

(...) verifica-se não ser possível a inserção da afetividade no campo dos princípios, do dever-ser; ao contrário, a principal característica do afeto é a espontaneidade de um sentimento que se apresenta naturalmente e, por isso, é autêntico. O afeto – uma vez imposto – não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos. Por isso, o Direito não possui meios, e, menos ainda, legitimidade para resolver a falta de afeto no âmbito das relações familiares. (RODRIGUES JÚNIOR e ALMEIDA, 2012, p. 557).

Apontadas as posições doutrinárias a respeito da força normativa da afetividade ou valor moral, necessária análise do que se trata um princípio jurídico e um valor moral, para ao final, verificar a (in) existência do princípio da afetividade.

3.2.1 Distinção entre regras, princípios e valores

A Constituição Federal de 1988 possibilitou que os princípios passassem a serem o suporte axiológico da sociedade, retratando os valores éticos vigentes. Isso ocorreu pela observância do princípio da interpretação conforme a Constituição, que inverteu a ordem vigente até então: as regras eram tidas como ponto de partida, limitando a interpretação e determinando que uma lei deve ser interpretada sempre a partir dos valores vigentes na Constituição.

Para Paulo Bonavides (2005, p. 272): “o princípio deixa de ser, assim, tão-somente *ratio legis* para se converter em *lex*; e, como tal, faz parte constitutiva das normas jurídicas, passando, desse modo, a pertencer ao Direito Positivo”.

Marcelo Galluppo (1999) defende que é necessária a compreensão de como os princípios são aplicados nos tribunais, sob o ponto de vista técnico, mas, além disso, para entender o fundamento ético do direito.

A criação de novos direitos fundamentais com a Constituição Federal de 1988 instalou no cenário jurídico diversos princípios que resguardam esses direitos e que colidem entre si, gerando a necessidade de se estabelecer uma forma de resolver os conflitos.

Para resolver o impasse sobre a prevalência dos princípios em um caso concreto, existe na doutrina moderna três teorias.

Os autores da primeira teoria, Del Vecchio e Bobbio¹⁵, citados por Galuppo (1999), tratam os princípios como normas gerais ou generalíssimas. Para o primeiro, os princípios surgem quando uma norma do ordenamento jurídico generaliza de forma crescente. Bobbio defendia que os princípios são as normas fundamentais ou as normas mais gerais presentes no sistema. Não obstante, essa teoria não se sustenta desde Kelsen, “pois, aprendemos com ele, como o sistema jurídico é um sistema dinâmico, não é possível deduzir de conteúdos (mais gerais) outros conteúdos normativos (mais particulares) (Kelsen, 1992: 200 e 201)”. (GALUPPO, 1999, p. 192).

Logo, para Marcelo Galuppo (1999), não é o grau de generalidade que distingue regra e princípio e qualifica o princípio como tal, apesar de serem mais abstratos que as regras, eles não se formam, conforme os autores, acima citados, por um processo de generalização crescente. Existe ainda, outro problema com essa teoria: a incompatibilidade da aplicação dos princípios, tendo em vista que são normas generalíssimas, eles devem ser aplicados em

¹⁵ “Desde o início do século, autores como Del Vecchio e Bobbio tentaram compreender os princípios jurídicos como fruto de processos de generalização operada pela ciência do direito. Del Vecchio afirmou, por exemplo, que os princípios gerais são descobertos por meio da generalização crescente de outras normas do ordenamento jurídico (Del Vecchio, 1948: 51). Já Bobbio afirmou que os princípios gerais do direito são tão-somente “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais” (Bobbio, 1993: 271). (GALUPPO, 1999, p. 192).

todas as situações, o que não é possível, diante de dois princípios que resultem em soluções distintas.

A segunda teoria foi criada por Robert Alexy (2011), afirma que regras¹⁶ e princípios são criadas a partir de expressões deônticas, como o dever-ser, sendo duas espécies diferentes de normas jurídicas. Para ele, os princípios são “mandamentos de otimização”, que não se aplicam em todas as situações, ordenam que algo deva ser feito na maior amplitude possível, dentro do sistema jurídico e pelas circunstâncias do caso¹⁷:

(...) *Princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2011, p. 90).

Para Robert Alexy (2011), em um conflito entre princípios¹⁸, a solução é encontrada de maneira que um deles terá que ceder, ele não se tornará inválido, ou que tenha se introduzido uma cláusula de exceção naquele princípio. Para solucionar os conflitos existentes entre os princípios, é crucial a presença de um caso

¹⁶“(...) são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”. (ALEXY, 2011, p. 91). Além do mais, “como as regras exigem que feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2011, p. 104).

¹⁷Outrossim, os princípios “não contêm um *mandamento definitivo*, mas tão somente *prima facie*. Da relevância de um princípio em determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso”. (ALEXY, 2011, p. 104).

¹⁸De outro modo, quanto as regras, afirma que são normas que podem ser aplicadas ou não em determinado caso. Distinguindo-se dos princípios, apenas da maneira qualitativa e não na dimensão do grau. Diante de um conflito entre regras, deve-se encontrar a solução do caso, através da introdução em uma das regras ou uma exceção a regra que elimine o conflito ou invalide uma das regras.

concreto¹⁹ para verificar a plausibilidade da aplicação de um deles, o que não implica na invalidade do outro. Verifica-se a hierarquia entre eles ponderando-se o de maior importância²⁰.

Portanto, os princípios são mandados de otimização e sua aplicação pode ser feita em variados graus, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no momento de sua apreciação. Ademais, resolve-se o conflito entre regras no plano da validade e entre princípio, na dimensão do peso, aplicando-se o procedimento de ponderação dos princípios.

Críticas a essa teoria, surgiram com Ronald Dworkin (2002, 2005, 2007), com a terceira teoria, que defende que princípios são normas com condições de aplicação indeterminadas. Para ele (2002), os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, levando-se em relevância a força relativa de cada um, encontra-se uma decisão para o caso proposto, sem dimensionar a importância do princípio, e sem ferir o sistema jurídico na sua integridade, somente assim, seria alcançada uma decisão justa²¹.

Ronald Dworkin apresenta ainda a diferença entre princípios e regras como de natureza lógica, as regras²² são aplicadas de

¹⁹ Para Robert Alexy (2011), um dos princípios tem preferência sobre o outro, analisando o contexto que se insere. Se este modificar, a solução encontrada também poderá ser diversa. Devido a isso, a solução apresentada para conflito de princípio e regras é diferente, na medida em que os conflitos instalados entre as regras, tem solução sem, necessariamente, tenha um caso concreto, pois dentro do ordenamento jurídico, elas são válidas ou não, excluindo, automaticamente, a que não se aplica ao caso.

²⁰ Ponderação é “Quanto maior for o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 167). A lei do sopesamento ou da ponderação, preceitua que o peso dos princípios não é absoluto, sendo possível falar somente em pesos relativos.

²¹ Para explicar a teoria de Dworkin, necessário trazer o conceito de integridade “*Integridade (Integrity)* é um conceito ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas (Dworkin, 1986: 222) e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade (*Fairness*) e de igualdade, como assinala Chueiri (1997: 183). Uma decisão é justa (ou seja, respeita a *Integridade* do direito) se fornece a resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso”. (GALUPPO, 1999, p. 198).

²² Nota-se que Robert Alexy e Dworkin, possuem o mesmo posicionamento quanto o que seriam as regras, aplicando a regra do “tudo ou nada”, verificam no caso concreto se a mesma é aplicável ou não. Além do que, são coincidentes, quanto a amplitude de aplicação dos princípios, que não se restringem somente a uma determinada situação, como as regras. Walsir Edson Rodrigues Júnior e

maneira do tudo ou nada, sendo válida ou não para o caso apresentado²³.

Dessa distinção, Dworkin aponta outra, a dimensão do peso ou da importância dos princípios, que as regras não possuem. Não admite a aplicação do sistema de ponderação de Alexy, pois defende que é possível a escolha de um em detrimento de outro, de forma fundamentada e para aquele caso em específico, não se graduando a importância de um ou outro:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. (DWORKIN, 2002, 42-43).

Conclui-se que os princípios diferem-se das regras pelo seu alto grau de generalidade, por serem mandamentos de otimização e por seu conteúdo universal. São considerados os fundamentadores das regras, valores a serem seguidos no momento de criação destas.

Os valores, para Paulo Nader (2004, p. 384), são “o elemento moral do direito”. Variam conforme a sociedade, o tempo

Janice Silveira Borges (2010, p. 196), compartilham desse entendimento: “As regras são normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, será esta válida ou não”.

²³ “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. (DWORKIN, 2002, p. 39).

e o espaço. São construídos pelo homem ao longo de toda a sua existência, variando de um para outro, conforme as experiências vividas.

Marcelo Gallupo (1999) pontua que Alexy explica a diferença entre princípios e valores, apontando, inicialmente, a existência de diferença entre no plano deontológico e axiológico. Afirma que deontológico está na dimensão do dever-ser, da proibição e da permissão, lado outro, os conceitos axiológicos, estão na dimensão do bom ou ruim:

Em regra, os tribunais utilizam esses dois termos como sinônimos, mas, segundo ele, a distinção entre princípio e valor conduz à distinção entre Deontologia e Axiologia. Ora, todos os conceitos deônticos referem-se ao conceito deôntico fundamental do “*dever-ser*”, ao passo que os conceitos axiológicos “são caracterizados pelo fato de seu conceito fundamental não ser o do comandado ou do dever-ser, mas o do *bem*” (Alexy, 1993b:139). (GALUPPO, 1999, p. 195).

Para Robert Alexy (2011, p. 146), “Os princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem a eles ao âmbito deontológico. Valores que, por sua vez, fazem parte do nível axiológico”. Afirma ainda (2011), que a diferença entre princípios e valores, reside no fato da exigibilidade do princípio e da inexigibilidade dos valores, que enquanto residem da dimensão do bom ou ruim, possibilitam diversas interpretações por parte do ouvinte, enquanto no âmbito dos princípios, o direito é expresso:

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. (ALEXY, 2011, p. 153).

Sendo assim, pode-se afirmar que princípios possuem um caráter deontológico e valores, axiológico. Importando ao direito, o caráter deontológico da norma, o dever-ser, a obrigação ou a proibição de fazer algo.

Ocorre uma confusão entre os conceitos de princípio e valor, pois as normas jurídicas podem exercer uma função axiológica na sociedade, aquilo que é tido como bom ou mal, e também desempenham uma função deontológica, o dever-ser que a sociedade deve seguir. A ponderação de princípios deve ser feita entre princípios, e não entre valores²⁴.

No sentido filosófico, conforme Lalande apud Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2015, p. 26), em todos os sentidos abaixo atribuídos a palavra valor, relaciona-se sempre a outras de origem subjetiva como: estimativa, quantidade, merecimento ou satisfação. Nota-se sempre a necessidade de satisfazer uma vontade ou desejos:

- A. (subjetivamente). Características das coisas que consiste em serem elas mais ou menos estimadas ou desejadas por um sujeito ou, mais comumente, por um grupo de sujeitos determinados. [...]
- B. (objetivamente e a título categórico). Característica das coisas que consiste em merecerem elas mais ou menos estima. [...]
- C. (objetivamente, mas a título hipotético). Característica das coisas que consiste em satisfazerem ela certo fim [...]. (LIMA; SÁ, 2015, p. 26).

Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2015) salientam que não é possível ponderar valores no âmbito normativo, pois retratando a subjetividade de cada indivíduo, pode-se vincular uma norma a valores de apenas uma pessoa:

²⁴ “Isso implica que, se de um lado é verdade que toda colisão de princípios pode ser expressa como uma colisão de valores (Alexy, 1993a:6), não é verdade, porém, que toda colisão de valores possa ser expressa como uma colisão de princípios”. (GALUPPO, 1999, p. 195).

Assim, o problema do procedimento axiológico de interpretação e aplicação do Direito está na subjetividade e imprevisibilidade de sua utilização. As tentativas de se estabelecer critérios objetivos para a aplicação jurídica de valores não conseguem negar a fluidez subjetiva do próprio elemento valorativo trabalhado. Ponderar valores é admissível no campo da Moral, mas não no âmbito do Direito, pois qual o valor a ser escolhido? (LIMA; SÁ, 2015, p. 26).

Para Jürgen Habermas (2003), os princípios se diferem dos valores morais, pois, apesar de possuir um conteúdo moral, estão situados em um campo de abstração neutro, capaz de avaliar de forma imparcial a situação que será aplicada.

Pois o princípio do discurso tem que ser situado num nível de abstração suficientemente neutro em relação ao direito e à moral. De um lado ele deve possuir um conteúdo moral, suficiente para se avaliar imparcialmente normas de ação geral; de outro, ele não pode coincidir exatamente com o princípio moral, porque o modo como ele se desdobra no princípio da moral difere do modo como ele se desdobra no princípio da democracia. (HABERMAS, 2003, p. 321).

Ademais, são diferentes, pois o princípio imposto não se esgota apenas no valor moral presente naquela norma, sob pena de “ser novamente a única fonte de legitimação para o direito – como acontecia no direito natural”. (HABERMAS, 2003, p. 321).

Os princípios têm uma força vinculante maior que os valores, pois se baseiam no seu sentido deontológico, do dever-ser, obrigando a todos. Enquanto os valores são tratados individualmente, conforme a valoração feita pelo correspondente dos valores:

Enquanto os discursos morais especializam-se num único tipo de argumentos e as normas morais são equipadas com um modo bem preciso de validade deontológica, a legitimidade das normas do direito apoia-se num amplo espectro de argumentos, inclusive morais. E, enquanto o princípio moral, funcionando como regra

de argumentação, serve exclusivamente à formação do juízo, o princípio da democracia estrutura, não apenas o saber, mas também a prática dos cidadãos. (HABERMAS, 2003, p. 322).

Jürgen Habermas (2003), pontua que quando a sociedade para de buscar a legitimidade do direito em normas ou princípios, buscando-se a “justeza” das normas nos valores, retorna-se ao problema que existia quando se aplicava o direito natural. E isso, não é adequado para uma vida em sociedade, que precisa que os comportamentos tenham estabilidade.

A forma como parte da doutrina vem tratando o afeto é mais ligado ao senso comum, desconsiderando a tradição dos estudos da psicologia e psicanálise. Ligam o seu conceito a subjetividade de cada um, dentro do seu próprio sistema de valores:

O valor possui sistema gradual de validade, isto é, é hierarquizado absolutamente. Dito de outra forma: o valor encontra seu grau de aplicação na subjetividade do aplicador, que elege, aprioristicamente, uma gradação dentro do sistema axiológico. E não podia deixar de ser diferente, a prevalência do valor é particular e pressupõe estimativa”. (LIMA; SÁ, 2015, p. 25).

Para Walsir Edson Rodrigues Júnior e Janice Silveira e Borges (2010, p. 196), “Os princípios não devem ser confundidos com valores, apesar de conterem valores. Seu conteúdo, na realidade, somente é preenchido no caso concreto. (...) Os princípios possuem força normativa por vincularem, justificadamente, os magistrados a seus provimentos (...)”.

Adota-se o posicionamento que o afeto é um sentimento e não um princípio jurídico, tendo em vista que, como visto no tópico anterior, trata-se de um sentimento voluntário, anímico que emana reações para outros sistemas do corpo humano, gerando obrigação jurídica, tão somente quando manifestada de forma livre e espontânea, sob pena de se desvirtuar a autenticidade do sentimento.

A paternidade socioafetiva, é um exemplo desta aplicação espontânea do afeto no direito de família. No REsp n. 1.189-663/RS²⁵ (BRASIL, 2011), em decisão no Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi, reconheceu a existência de maternidade e paternidade socioafetiva, baseada na existência da posse do estado de filho e na construção de uma relação afetiva entre as partes.

Em consonância com esse julgado, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2016), o padrasto e a madrasta, podem ocupar lugar de destaque na vida da criança:

Afinal, não raro, sem excluir a participação dos genitores na vida da criança e do adolescente, o padrasto e a madrasta assumem papéis importantes no crescimento do jovem. Como pré-excluir, então, a juridicidade dessa participação? O cotidiano clama por essa interferência porque os fatos do dia a dia se desenrolam sob os olhos dos novos parceiros dos genitores e, é possível dizer que a omissão é que levaria à violação do princípio da proteção integral. (LIMA; SÁ, 2016, p. 59).

Os vínculos afetivos possibilitam o reconhecimento de vários direitos, como reconhecimento de paternidade socioafetiva, pedido

²⁵ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA - POSSIBILIDADE - DEMONSTRAÇÃO - 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, *a priori*, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. 4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão. 5. Recurso não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (REsp n. 1.189.663/RS. Rel^a Min. Nancy Andrighi. Diário Eletrônico de Justiça, Brasília, 15 de set. 2011).

de guarda, alteração do nome patronímico, adoção, alimentos e a multiparentalidade. (LIMA; SÁ, 2016).

Nesse sentido, o afeto não é um princípio jurídico, pois esses são revertidos de obrigatoriedade, encontram-se inseridos no mundo do dever-ser, possuindo caráter deontológico. Já o afeto é um sentimento, eivado de emoções, de voluntariedade e do exercício da autonomia privada. É portanto um valor moral, individualizado em cada ser humano, mutável, no tempo e no espaço, inserido no mundo do ser, não sendo juridicamente possível determinar que alguém manifeste afeto por outra pessoa.

Princípios e valores podem ser confundidos, pois os princípios tem caráter axiológico e deontológico, mas limitar os princípios somente ao caráter axiológico, seria um retrocesso temporal, pois retornaria a aplicação pura e simples do direito natural.

O afeto necessita portanto, que seja experimentado de forma espontânea para que alcance seus efeitos no mundo jurídico. Tentar atribuir normatividade a algo que deve ser manifestado de forma livre, pode trazer consequências contrárias ao desejado. Impor o afeto a quem não se sente, pode fazer com que surja outros sentimentos negativos entre os envolvidos.

Tratamento literário e jurídico do abandono afetivo após o REsp n. 1.159-242/SP

4.1 Responsabilidade civil no direito de família

O Estado Democrático de Direito possibilitou que a Constituição Federal de 1988 implementasse uma nova ordem, focada na proteção do indivíduo. Desde então, cabe ao indivíduo o direito a reparação civil a todo e qualquer direito fundamental violado, englobando as relações familiares. Todavia, é crucial estabelecer critérios, definições, limites para verificar se a prática de uma conduta imputada como ilícita, por parte da doutrina e jurisprudência, é mesmo abarcada pelo Direito, ou se desprovida de normatividade, seria reprovada apenas moralmente. E ainda, é necessário que a reparação civil encontre a sua finalidade: reparar os prejuízos causados à determinada vítima e não simplesmente punir o autor do dano.

A responsabilidade tem origem etimológica no latim, significando *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, ser responsabilizado por seus atos (STOCO, 1999). Para Savatier (2005, p. 40), responsabilidade civil: “é a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”. Já Sergio Cavalieri Filho entende que responsabilidade:

[...] Em seu sentido etimológico, a responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever

jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2009, p.2).

A responsabilidade civil nasce com a incidência do art. 927 CC/02, que determina que ninguém pode causar dano a outrem: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL, 2002). E do art. 186 também do CC/02, que traz o conceito de ato ilícito e preceitua quais são os pressupostos capazes de gerar o dever de indenizar por um ato do agente: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência¹, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002).

É incontroverso que no âmbito das relações familiares aplica-se a responsabilidade civil, com o intuito de reparar o dano. Ocorre que no Direito de Família persiste a dúvida quanto ao alcance desta responsabilização, havendo divergência literária e jurisprudencial da aplicação diante dos casos concretos.

Parte dos doutrinadores, entre eles Inácio Carvalho Neto (2002) e Dimas Messias de Carvalho (2015), defendem ampla utilização da responsabilização civil no direito de família devendo abarcar tanto as normas gerais presentes nos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil (BRASIL, 2002), que determinam quais são as regras para a imputação da responsabilidade civil diante de um ato ilícito, quanto os atos antijurídicos, próprios das relações familiares, como o adultério ou a cessação da vida comum.

Para essa corrente, basta a declaração do juiz em sentença judicial da culpa do cônjuge pela separação judicial, por ter cometido qualquer conduta elencada como contrária aos deveres conjugais, que caberia o arbitramento de indenização por danos morais.

¹ A conduta imprudente é uma ação comissiva, descuidada, já a negligente pode ser caracterizada por uma ação omissiva, ambas o agente não se importa com os cuidados necessários que o ato exige. A imperícia é a falta de habilidade técnica de agente que tem o dever de possuir. A conduta culposa do agente pode ser caracterizada por uma ação ou omissão, que se exterioriza através de uma negligência, imperícia e imprudência.

Há ainda autores como, Gustavo Tepedino (1999), Wesley Louzada Bernardo (2008), Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) que defendem a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares da forma prevista nos artigos acima citados, sem que haja a infusão dentro do âmbito íntimo familiar.

Deve ocorrer em situações excepcionalíssimas, como por exemplo, o adultério que adquire caráter público e notório entre os conhecidos dos cônjuges, agressões físicas ou morais, adultério com nascimento de um filho de origem extraconjugal, o que importa grande exposição do cônjuge traído, com repercussão pública. Importante ressaltar que violações puras e simples do dever matrimonial não devem ser passíveis de compensação por dano moral:

Não há suporte jurídico para exigir qualquer reparação civil pelo singelo e prosaico desamor, porque seria incompatível ordenar a continuidade da convivência conjugal quando um dos cônjuges já não mais se sente atraído por seu projeto matrimonial, tratando-se de um sentimento inato, do qual não existe nem culpa e nem intenção alguma de causar qualquer dano ao desafortunado consorte que prossegue projetando suas aspirações afetivas e conjugais em um tempo que não mais guarda qualquer sintonia de propósitos com seu parceiro conjugal. O que conta e deve ser levado em consideração é o princípio pelo qual todos têm o dever de não lesar a esfera jurídica de outrem (*neminem laedere*), ou seja, de não ofender ninguém. Desse modo, a reparação do dano que sofre um dos cônjuges não se funda na infração dos deveres conjugais, mas sim na infração ou violação do princípio geral *neminem laedere*, (...). (MADALENO, 2015).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014) alinham-se a parte da literatura que afirma não ser possível a imputação da responsabilidade civil com conseqüente condenação a danos patrimoniais e extrapatrimoniais, a condutas que decorram da violação de deveres familiares, pois, para eles, é um

exagero, principalmente quando as pretensões forem fundadas na ausência de cumprimento de algum dever marital:

A aplicação das regras da Responsabilidade Civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de uma norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Assim, a prática de adultério, isoladamente, não é suficiente para gerar dano moral indenizável. No entanto, um adultério praticado em local público, violando a honra do consorte, poderá gerar dano a ser indenizado, no caso concreto. De igual modo, não implica dano moral (conquanto possam produzir efeitos regulados pela norma de Direito das Famílias) a recusa ao ato sexual entre os cônjuges e companheiros ou a prática, entre eles, de atos sexuais pouco convencionais ou mesmo o abandono do lar. (FARIAS, ROSENVALD, 2014, p. 155).

O dano moral deve ser aplicado sempre que houver a violação de algum direito de personalidade, como a agressão física ou moral de um cônjuge ao outro, pois assim configura-se um ilícito que deve ser punido contra qualquer pessoa, não importando a existência de laços familiares entre elas. Não guardando nenhuma relação com o vínculo conjugal, sem necessidade de apuração de culpa ou violação dos deveres maritais, bastando informar ao juízo competente violação dos direitos da personalidade.

A configuração da família valoriza cada indivíduo na sua individualidade, possibilitando que qualquer ofensa, seja ela física (Lei Maria da Penha, Lei Menino Bernardo, ECA), ou moral encontre respaldo na esfera da reparação civil. Além disso, como proteção ao direito extrapatrimonial da criança e do adolescente, o ECA, em consonância com a Constituição Federal de 1988, estabeleceu no art. 17^o², a inviolabilidade da sua integridade física,

² Art. 17: O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL, 1990).

psíquica e moral, além da preservação da sua imagem, identidade, autonomia, valores, ideias, crenças, dos espaços e objetos pessoais.

No âmbito infantil, da mesma forma que nas relações conjugais, cabe compensação por danos morais em situações que há a violação de algum direito da criança e do adolescente como, por exemplo: a existência de castigos imoderados, alienação parental, falsa imputação de abuso sexual³. Para Ana Carolina Carpes Madaleno:

Ultrapassados o cabimento ou não de dever de indenizar, bem como a existência ou não de dano, claramente comprovados, tanto para o filho quanto para o genitor alienado/falsamente acusado, também fica clara a legitimidade de ambos para promover ação de reparação de danos, tanto danos morais quanto materiais com gastos com psicólogos, custas processuais (de processos desnecessários, como a defesa na esfera penal, que não existiria caso não houvesse uma falsa denúncia), honorários advocatícios e outras despesas, como passagens e hospedagens quando o alienante se muda para outra cidade ou estado apenas para frustrar a visitação. (MADALENO, 2015, p. 30).

Para Cristiano Cassetari (2015), em relação às crianças que nascem sem a presunção de paternidade advinda do casamento, não tendo sido reconhecida pelo pai voluntariamente, cabe a responsabilização cível de forma objetiva, não sendo nem necessário a prova do dano, pois o filho teve seu direito à identidade genética, vínculos de parentescos, uso de sobrenome e reconhecimento da sociedade daquele estado de filiação, participação no círculo social do pai, cerceado. O autor defende ainda que esse comportamento causa traumas, de ordem afetiva e moral:

³ ECA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Comprovada a responsabilidade da recorrente pela falsa imputação de abuso sexual, cabível a fixação de indenização a título de danos morais. 2. Mostra-se adequado o valor fixado na sentença como indenização por danos morais, que tem o objetivo de fazer a recorrente arcar com as consequências de sua conduta lesiva. Recurso desprovido” (Apelação Cível n. 70051744407, julgado em 28 de agosto de 2013, pela 7ª Câmara Cível do TJRS, Des. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves).

Dessa forma, quem não foi registrado pelo pai (só tem a mãe em seu registro), ou não foi registrado pela mãe (só tem o pai no registro), ou não foi registrado por ambos, possui, por esse fato, a possibilidade de pleitear uma indenização, sem a necessidade de provar culpa, pela objetivação da responsabilidade civil, pois como vimos anteriormente, o abandono afetivo é presumido quando a pessoa não foi registrada pelo pai, pela mãe ou por ambos.

Presumindo-se o abandono afetivo na ausência ou defeito (só ter um genitor[a]) no registro, a responsabilidade civil é objetiva, e o dano moral pleiteado é presumido, ou seja, não precisa ser provado pelo autor, mas como a presunção é relativa poderá o réu fazer prova em contrário, por exemplo, provando que ele foi criado por outra pessoa, formando com ela uma parentalidade socioafetiva, e que nenhum sofrimento ou abalo ela sentiu ao longo da sua vida. (CASSETTARI, 2015, p. 79).

Segundo Pablo Stolze Gagliano (2015), quando configurada a má fé de uma mãe que protegida pela presunção de filiação do casamento, não revela ao filho e ao pai registral, que é oriundo de relação extraconjugal, cabendo a imputação de responsabilidade civil. Em ambos os casos, cabe aos envolvidos buscar a responsabilidade civil daquela mãe que se omitiu quanto a verdadeira origem biológica do filho e a ausência de paternidade do pai.

A conduta materna viola a identidade pessoal do filho, pois, possivelmente será revisto seu sobrenome, além disso, criam-se vínculos familiares que não são os seus, ou ainda não se sabe quem é o seu pai ou se imputa o parentesco a terceiro que não é. Todavia, uma vez que são formados os laços afetivos, não será possível a anulação do registro de nascimento:

É possível que a argamassa do tempo, firmada na construção de uma firme relação socioafetiva, haja moldado o vínculo paterno-filial de tal maneira que não se afiguraria mais possível, na perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, a sua desconstituição.

Com mais razão ainda não se justifica a anulação deste registro, na conhecida hipótese de “adoção à brasileira” (adoção simulada), em que o indivíduo – por amor, altruísmo ou paixão – registra o filho da sua companheira, como se fosse seu, assim o criando ao longo da vida. (GAGLIANO, 2015, p. 341).

Quando o pai, no exercício da sua autonomia, registra filho de outro e, após o fim de um relacionamento, tenta desconstituir a paternidade, a jurisprudência imputa responsabilidade civil com direito a danos morais. Com o convívio diário, nasce entre o filho de um dos consortes e o outro uma relação afetuosa que acaba por gerar a vontade de registrar a criança ou adolescente. Ocorre que tão logo cessa aquela relação, muitos pais buscam a justiça para desconstituir a paternidade, que não é biológica e sim registral, por meio da Ação de Desconstituição do Registro Civil.

A jurisprudência entende que o arrependimento do pai em ter realizado o registro com o fim do relacionamento afetivo, não permite a revisão da paternidade, com fundamento na paternidade socioafetiva e posse do estado de filho. Diante disso, e por todo o abalo que o filho experimentou, respondendo judicialmente as pretensões do pai, cabe responsabilização civil, diante do abuso do direito do pai que não se importou com o vínculo existente, as lembranças criadas, a identidade familiar, bem como o uso do nome perante a sociedade.

Há ainda autores, como Dimas Messias de Carvalho (2015), que defendem o cabimento de danos morais por inadimplemento da pensão alimentícia, por violação da dignidade do filho, constrangimento sofrido e abalo psicológico.

Além dessa possibilidade controversa, a responsabilidade civil com condenação em danos morais advindos da falta de afeto é controvertida entre a literatura e a jurisprudência.

Diante das hipóteses acima apresentadas, algumas mais controversas que outras, cabe a análise dos elementos da responsabilização civil no caso do abandono afetivo.

4.1.1 O ato ilícito culposo – o dever de cuidado e o não-afeto

O ato ilícito é uma construção do Direito moderno, originário do Código Civil Alemão (BGB-1897), que de acordo com Sérgio Cavalieri (2009, p. 7), “foi o primeiro a abandonar a tradicional classificação romanista de delito e quase-delito e, no lugar dessa dicotomia, erigiu um conceito único – o conceito de ato ilícito”. É a transgressão de uma norma jurídica imposta, com sanções pelo seu descumprimento. Diferente do ato antijurídico, que é um comportamento com alta reprimenda social, todavia sem violação de um dever jurídico.

A conduta ilícita é analisada sob dois aspectos: objetivo - verificada a existência de uma conduta em desconformidade com o direito, e subjetivo - objeto do Direito de Família -, averigua-se a conduta do agente que resultou em dano, foi livre e consciente, se agiu com culpa ou dolo. Para Sergio Cavalieri:

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.

A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. (CAVALIERI, 2009, p. 24).

Portanto, a conduta culposa do agente é caracterizada por uma ação ou omissão voluntária, culposa, que resulte em dano à vítima, não se distinguindo, para efeitos de reparação civil, se o agente agiu com dolo ou culpa. Quanto à conduta omissiva, é gerado o dever de indenizar quando o agente tem o dever legal de agir, seja por força de lei, negócio jurídico ou de uma conduta do próprio agente.

Desdobrando o aspecto subjetivo e objetivo, o ato ilícito ainda é subdividido em estrito e amplo. O primeiro é a reunião dos pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, gerando obrigação de indenizar. Por outro lado, no sentido amplo, avalia-se

apenas se o ato é ilícito, a conduta humana que o gerou, sem averiguar se esta é culposa ou dolosa. A atribuição de culpa pela ação de um agente é mais facilmente perceptível, pois ninguém pode lesar direito alheio.

Para a configuração da responsabilidade civil, no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), era necessária a presença do seu elemento subjetivo, que é a culpa. Raras as situações que prevalecia a responsabilidade objetiva e a culpa presumida. Da mesma forma, no direito de família, é analisada a culpa do ente familiar diante de um ato ilícito, para ser imputado o dever compensatório. Assim, para a configuração da responsabilidade civil subjetiva é crucial a prática de ato ilícito, conduta culposa ou dolosa, o dano e o nexo de causalidade.

Portanto, não se atribui responsabilidade civil objetiva em atos advindos de condutas de agentes que mantêm entre si relações familiares. No caso do abandono afetivo, a conduta imputável como compensatória, por parte da literatura, é a ação omissiva do pai que não dá afeto. É apontado na literatura jurídica como violação do dever de cuidado, atribuído aos pais, como descumprimento do poder familiar:

Um dos principais argumentos utilizados para a atribuição de responsabilidade ao pai que falha em propiciar a seu filho convivência afetiva se apoia no fato de ser imputado ao genitor verdadeiro dever de estar com o filho menor, visitá-lo e dar-lhe suporte emocional. Violado o dever jurídico, estaria conformado o ato ilícito integrante da responsabilidade civil. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 549).

Segundo Maria Berenice Dias (2010) e Rolf Madaleno (2015), o direito à convivência familiar está fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio do melhor interesse da criança, que deve ser tratada como prioridade pelo Estado, sociedade e a família. Para eles, dispõe no dever que os pais têm de criarem seus filhos em meio familiar, para que possa ser assegurado à criança e ao adolescente um desenvolvimento pleno

da sua personalidade, desdobrando o direito à convivência, surgindo o dever de visitas ao filho.

Esses autores afirmam ainda, que os genitores que não possuem vínculo conjugal, devem, em nome do melhor interesse da criança, coordenar as visitas, com o propósito de resguardar a convivência com ambos e seus familiares. Rolf Madaleno (2015), reconhece que as visitas são um dever dos pais para com os filhos. Maria Berenice Dias (2010) também patrocina do entendimento de que não há direito de visitar o filho, e sim o dever de tê-lo em sua companhia.

Para Lisandra Espíndula Moreira e Maria Juracy Filgueiras Toneli (2015)⁴, a ausência de cumprimento do dever de cuidado, não estreita os laços afetivos, gerando responsabilidade aos genitores:

O afeto é construído como autoridade no âmbito do Direito em geral, "vai além do sentimento, e está diretamente relacionado à responsabilidade e ao cuidado... por isso pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade civil" (Pereira, 2012, p. 8). É com base nessa construção técnica - que estabelece a afetividade como cuidado - que é possível atribuir responsabilidade aos pais para além da obrigação alimentar e exigir sanções ao seu exercício, quando considerado inadequado. (MOREIRA; TONELI, 2015, p. 1257-1274).

Na qualidade de *múnus*, o poder familiar atribuí aos pais a obrigação legal de proteger, sustentar e acompanhar os seus filhos menores, conforme, expressamente previsto no art. 227, caput, da CF/88 (BRASIL, 1988). O art. 229 da CF/88 (BRASIL, 1988), estabelece o princípio da solidariedade, dispondo sobre o dever que os pais e filhos têm, reciprocamente, uns com os outros.

⁴ Maria Berenice Dias afiança que o afeto se origina por meio da convivência familiar diária e não, apenas do vínculo biológico. (DIAS, 2011). Rafael Bucco Rossot, alega que a ausência de afeto é passível de reprimenda judicial, existindo "(...) no direito brasileiro, dever jurídico de afeto, sendo os pais (biológicos, socioafetivos ou quem cumpra a função) obrigados a respeitar esse mandamento sob pena de responderem civilmente, desembocando no dever de reparar". (ROSSOT, 2009, p. 22/23).

O art. 1.634 do CC/02 (BRASIL, 2002), elenca o dever dos pais de ter os filhos em sua companhia, dirigindo-lhes a criação e educação; concedendo consentimento para casar; nomeando tutor por testamento ou documento autêntico, na ausência de ambos os pais ou impedimento de um deles; pode reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que as crianças e adolescentes, lhe prestem obediência, respeito e façam serviços apropriados para a sua idade.

Como visto no Capítulo 3, o afeto é uma reação humana que gera um sentimento voluntário, anímico, emanando reações para outros sistemas do corpo humano, podendo ter origem subjetiva ou a depender da reação e do tratamento de terceiros e que deve ter relevância jurídica, com reflexos na vida dos entes familiares, quando manifestado de forma espontânea, livre, verdadeira e sem coação. O cuidado, segundo os psicólogos, Codo e Gazzotti (1999), é a relação de um homem que é cuidado e outro que cuida, devendo gerar o bem-estar de quem é cuidado.

Sendo esse um sentimento, torna-se impossível ao Direito adentrar no meio íntimo, impondo normas coercitivas pelo não-afeto. Dessa maneira, é indiscutível que a sua ausência está revertida de reprovação social, pois, em grande parte das sociedades espera-se que os pais dispensem afeto pelos filhos, tendo grande reprimenda social. Todavia, é um ato voluntário, anímico, espontâneo, o que, por si só, já afastaria a aplicação da responsabilidade civil no abandono afetivo. Esse é o entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira:

Com base nesse raciocínio, a falta de afeto, o “abandono afetivo”, o desamor, não são condutas antijurídicas que mereçam reparação ou sanção, pois o Direito apenas consegue alcançar condutas externas e objetivas. Se há desamor entre cônjuges, companheiros, pais e filhos, etc., tal conduta só merece reprimenda moral. (TEIXEIRA, 2010, p. 196)

A prática ilícita imputada ao pai seria uma conduta omissiva, pelo descumprimento da obrigação de dar amor. Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012, p. 550), questionam qual seria o comando imposto na norma legal pelo descumprimento desse dever: “(...) seria a de amar o filho? O dever jurídico imposto consistiria em demonstrar amor?”.

A convivência familiar é assegurada no art. 19^o do ECA⁵, que concede o direito às crianças e adolescentes de serem criados e educados na sua família biológica ou em substituta. O legislador, ao assegurar a convivência familiar, não se limitou a família biológica, querendo assegurar, a viabilidade do desenvolvimento sadio em um ambiente perpetrado de afeto, que pode ser encontrado em diversas formações familiares, como já tratado nesta pesquisa.

Marcelo de Mello Vieira (2016), defende que os direitos assegurados às crianças e adolescentes na família são primordiais para o seu pleno desenvolvimento, possibilitando a criação dos primeiros vínculos relacionais, os primeiros limites e a apresentação do mundo exterior. Assim, não se limita essa função apenas aos pais, ou a um deles, cabendo a terceiro exercer os deveres de cuidado, proteção e autoridade. Para Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p. 176): “O afeto só se torna juridicamente relevante quando externado pelos membros das entidades familiares através de condutas objetivas voluntárias que marcam a convivência familiar”.

A ausência de afeto é um ato com repreensão social, pois há a transgressão de um valor moral, todavia, não pode ser considerado um ato ilícito, não existindo a violação de um dever jurídico, e sim, de um dever moral. Para Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

⁵ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegura a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (BRASIL, 1990).

Quando, a partir dos deveres impostos pela autoridade parental, admite-se que, entre as responsabilidades do pai está a de amar e demonstrar afeto em relação ao filho, se trilha caminho que não deve ser percorrido pelo Direito, por se tratar de questão intimamente relacionada a sentimentos profundos que permeiam a convivência entre pais e filhos. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, 549-550).

Esses autores elencam ainda outras situações:

Há de se pensar, ainda, no caso da mãe solteira que não sabe quem é o pai de seu filho. Seria hipótese passível de gerar responsabilização civil da genitora? Ou, quem sabe, ao Direito seria legítimo imputar responsabilidade civil ao pai que, apesar de presente, comporta-se de forma potencialmente nociva ao filho? Nesse caso, haveria uma tabela de maneira a permitir a classificação dos pais em ótimos, bons ou péssimos? Finalmente, considerando que aos avós também é garantido direito de visitar os netos, poderiam esses ascendentes também ser responsabilizados civilmente caso, havendo possibilidade, não conviviam com os descendentes? (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 553).

As crianças e os adolescentes precisam de referências que ocupem a função atribuída ao pai e mãe para se desenvolver, como noções de respeito, autoridade, carinho; aspectos estes, que podem ser encontrados em todas as formações familiares presentes na atualidade, notadamente formadas por laços afetivos e não apenas biológicos.

4.1.2 Os danos morais psicológicos e o abandono afetivo paterno-filial

O dano sempre deve existir para que nasça a obrigação de indenizar. Esse pode ser patrimonial e extrapatrimonial. O primeiro atinge os bens que fazem parte do patrimônio da vítima, bens economicamente passíveis de avaliação pecuniária.

Subdivide-se em danos emergentes e lucros cessantes, atingindo o patrimônio que a vítima tem no presente, que são os danos emergentes, ou o patrimônio que deixou de adquirir em decorrência da conduta ilícita do agente, que são os lucros cessantes.

Eles podem também atingir o patrimônio imaterial da vítima. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso V (BRASIL, 1988), assegurou o direito de resposta e compensação por danos morais quando um cidadão se sentir lesado em algum dos seus direitos. E ainda, por meio do inciso X do mesmo artigo (BRASIL, 1988), garantiu a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, garantindo novamente, compensação por danos morais, diante da lesão a estes direitos. Para Sergio Cavalieri:

Tenho para mim que todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. E, ao inserir em seu texto normas que tutelam os valores humanos, a Constituição fez também estrutural transformação no conceito e valores individuais e sociais, o suficiente para permitir que a tutela desses direitos seja agora feita por aplicação direta de suas normas. (CAVALIERI, 2009, p. 79).

A Constituição Federal de 1988 finalizou qualquer discussão que havia na doutrina e jurisprudência a respeito do cabimento de indenização por danos morais. Somando-se a isso, a Súmula 37 do STJ, possibilitou a cumulação de pedidos de indenização por danos morais e materiais em uma mesma ação. Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Nesta referência se contém toda lesão à integridade física ou moral da pessoa; as coisas corpóreas e incorpóreas que são objeto

de relações jurídicas; o direito de propriedade como os direitos de crédito; a própria vida como honorabilidade e o bom conceito de que alguém desfruta na sociedade. (PEREIRA, 1999, p. 53).

O conceito de dano moral diverge na doutrina. Existe o conceito negativo, sendo aquele caracterizado por uma perda que não é patrimonial, e o conceito positivo, caracterizado pela dor, pelo vexame ou humilhação decorrente da conduta ilícita. Dano é:

(...) a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI, 2009, p. 71).

O dano moral pode ser conceituado como tudo aquilo que não pode ser enquadrado como dano material. Segundo Wilson Mello da Silva (1999, p. 1), são “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

O conceito positivo traça o dano moral como lesão aos direitos da personalidade, sendo considerado como a violação do direito à intimidade, a vida privada, da honra e da imagem. Para que nasça a obrigação de indenizar, em decorrência da violação de alguns desses direitos, não é necessário que a vítima prove a sua dor, basta haver a violação.

O dano moral afetivo, para aqueles que o defendem, decorre da ausência de um dos pais no crescimento da criança. Todavia, é crucial uma análise pormenorizada, para determinar se a falta de afeto paterno ou materno é capaz de causar danos psicológicos.

A ausência de afetividade na vida de um indivíduo pode causar sofrimento, independente da idade, ocasionando uma série

de problemas, que vão desde comportamentais, físicos, morais e mentais. Nas ciências da psicologia, acredita-se que o desenvolvimento emocional de um indivíduo é determinado pelas experiências vividas na primeira infância⁶.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a ausência do pai na vida do filho, descumprindo o dever de afeto, causa dor psíquica:

A ausência de injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado de proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho (...). (HIRONAKA, 2006, p. 141).

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2010), sustenta que a omissão do genitor em não ter o filho em sua companhia, gera conseqüências críticas à criança, pois desestrutura e tira o rumo da sua vida, elimina a vontade de assumir um projeto, além de tornarem-se pessoas inseguras e infelizes. Rolf Madaleno (2010, p. 65) pontua ainda, que aquele que não recebe o afeto paterno, “(...) nunca será inteiramente saudável”.

Para a psicologia, o crescimento saudável da criança depende de uma figura que representa a autoridade e cuidado. Esses podem ser exercidos por qualquer pessoa que tenha responsabilidade sobre os infantes, não se limitando tão somente ao pai ou mãe. O psiquiatra Melvin Lewis (1995), credita a atenção das pessoas responsáveis pelo cuidado com as crianças, ao desenvolvimento da personalidade sadia. Defende ainda que se a criança não recebe

⁶ “É um truísmo dizer que a parte emocional do indivíduo é influenciada pela primeira infância. Nas últimas décadas, surgiu uma quantidade enorme de pesquisas em área correlatas – psicologia do desenvolvimento, neurociências, teoria do apego e observação psicanalítica de bebês, entre outras – que confirmam o impacto das primeiras experiências da vida no desenvolvimento, emocional inclusive”. (MUSIC, 2005, p. 24-25).

afeto no primeiro ano de vida, certamente terá prejudicado o seu desenvolvimento.

É verídico que o afeto é importantíssimo para o desenvolvimento da criança e do adolescente, o que invariavelmente influencia na sua personalidade, sendo necessário que sejam envolvidos de afeto nas suas relações familiares e sociais. Para tanto, não é fundamental que as crianças vivam em um lar com pai e mãe ou que convivam com ambos.

Dentro do novo conceito do direito das famílias, podem ter diversas constituições: família tradicional, união estável, família homoafetiva, anaparental, recomposta, monoparental, e tantos outros arranjos presentes hoje, sendo importante, a existência de um ambiente afetivo, respeitoso, que possibilite o desenvolvimento das melhores características presentes na personalidade da criança ou adolescente.

Em tempo de reconhecimento de paternidade socioafetiva, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2008) traçam de forma clara que a ausência do afeto de um dos pais não deve ser a causa motora dos danos psicológicos. Para eles, é necessário que uma pessoa ocupe o lugar desse pai ou mãe na vida da criança ou adolescente, possibilitando o seu desenvolvimento.

O essencial para a formação de uma pessoa, para torná-lo um sujeito capaz socialmente 'é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe', mesmo não estabelecendo com eles, necessariamente, um vínculo biológico. [...] Ora, sendo determinada a função de pai sobre uma pessoa que não transmitiu os caracteres biológicos (ou seja, não recaindo sobre o genitor), é claro que estamos diante de uma hipótese de filiação socioafetiva, merecedora de idêntica proteção. É que, partindo do sistema unificado de filiação, acolhido constitucionalmente, não se pode negar a tutela jurídica a todo e qualquer tipo de relação paterno-filial. O pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). [...]. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é do filho o olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam. [...].

Não é preciso que o afeto esteja presente no instante em que é discutida a filiação em juízo. Não raro, quando se chega às instâncias judiciais é exatamente porque o afeto cessou, desapareceu, por diferentes motivos (não sendo razoável discutilos). O importante é provar que o afeto esteve presente durante a convivência, que o afeto foi elo que entrelaçou aquelas pessoas ao longo de suas existências. Equivale a dizer: que a personalidade do filho foi formada sobre aquele vínculo afetivo, mesmo que, naquele exato instante, não exista mais. (FARIAS, ROSENVALD, 2008, p. 516/519).

A função de pai e mãe pode ser ocupada por qualquer pessoa que nutra pela criança sentimentos afetuosos, suprimindo a necessidade que é construída dentro dos indivíduos, de ter uma figura que impõe limites, cuidado e amor. Esclarece Christiano Cassetari (2014) que às vezes o vínculo afetivo desenvolvido com terceiro é mais forte que o sanguíneo, cabendo ao primeiro as funções inerentes a paternidade.

Jacqueline Filgueras Nogueira (2011, p. 87), complementa esse entendimento, afirmando que é necessário que alguém de qualquer gênero ocupe o lugar simbólico do pai ou mãe: "O que é essencial para a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe".

Rodrigo da Cunha Pereira (2003) atribui a função da paternidade, não apenas ao aspecto biológico, mas a todos que culturalmente desempenham o dever de cuidado com a criança:

Por outro lado, com o avanço do conhecimento "psi" podemos verificar que a paternidade não é um fato da natureza, mas antes, um fato cultural. Em outras palavras, a paternidade é uma função exercida, ou um lugar ocupado por alguém, não necessariamente o pai biológico. Neste sentido, o lugar do pai pode ser ocupado por outra pessoa, como um irmão mais velho, o avô, o namorado da mãe, etc. Isto não significa que a paternidade biológica não deve mais ser considerada pelo direito. (PEREIRA, 2003, p. 223).

Hélio Cardoso de Miranda Júnior (2011, p. 132), retrata ainda, culturas em que “o pai biológico é um homem que se responsabiliza pelos filhos de sua irmã, enquanto seus filhos biológicos serão cuidados pelo tio materno”. Afirma que nessas relações, o afeto se desenvolve com mais proeminência entre o tio, que é aquele que verdadeiramente cuida da criança.

O psicólogo Music (2005) cita o exemplo de um estudo que tinha como objetivo observar a reação dos filhos bebê, diante da saída das mães da sala em que se encontravam. De modo geral, os mais apegados às mães, choraram, os menos apegados, não esboçaram qualquer reação. Todavia, ao medir a pulsação e a concentração de adrenalina e cortisol no sangue, as crianças dos dois grupos, tiveram reações fisiológicas parecidas.

Portanto, apesar de imprimir sensações fisiológicas parecidas, a etapa seguinte, que é reação psicológica, depende da individualidade e de fatores externos que cercam a criança, tendo em vista, o que, para alguns pode parecer algo grave e reativo, para outros, são situações corriqueiras da vida. Sendo certo que, é impossível relatar que a ausência de afeto cause os mesmos danos psicológicos em todas as crianças e adolescentes.

Assim, afirmar que um menor que cresce somente ao lado de um dos pais resta irreparavelmente prejudicado é negar o atual conceito de entidade familiar. Além disso, a caracterização de eventual prejuízo psicológico do menor, ainda que analisada por profissional habilitado, é extremamente subjetiva e certamente não poderá ser integralmente imputada a um só fator, no caso, ao abandono afetivo do pai. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 552).

O ambiente afetivo em que reside a criança, perpassado de cuidados, sejam esses provenientes do pai biológico, da avó, do irmão ou de um terceiro, é o bastante para o desenvolvimento sadio da personalidade do infante, que experimenta sentimentos

de carinho, amor, atenção e cuidado por quem o circunda, não devendo ser restrito aos laços biológicos.

4.1.3 Nexo de causalidade entre o abandono e o dano

Nexo de causalidade é vínculo existente entre a conduta do agente e o resultado. Verifica-se se a conduta do agente, omissiva ou comissiva, foi a causa do dano gerado a vítima. Para Sergio Cavaliere:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexos causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele. (CAVALIERI, 2009, p. 46).

No caso do abandono afetivo, admitindo-se que o dever de dar afeto constitui-se um ilícito cível e que houve um dano moral, deve-se fazer o nexos desse dano ao abandono experimentado pelo filho.

Conforme tratado acima, a ausência de um dos genitores, não necessariamente, pode ser a causa motora para o desencadeamento do distúrbio psicológico, ensejador do dano moral. Para verificação de um transtorno psicológico ocasionado por falta de afeto, o profissional da psicologia, deverá investigar todas as pessoas que tinham envolvimento próximo com a criança, além de todos que efetivamente interferiram no seu crescimento e foram responsáveis pelas relações que se formavam dentro do seu lar.

Conforme, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012, p. 552) “o exame técnico jamais poderá afirmar com certeza que a presença do pai teria eliminado tais perturbações, dificultando, mais uma vez, a imputação do dever de reparar em decorrência do dano afetivo”.

Já para a psicologia, o afeto é manifestado de forma diferente em cada indivíduo, além da necessidade dele na vida de cada um também ser individualizado e único. Portanto, não se deve de forma alguma, imputar culpa isoladamente a um só agente, pelas mazelas que podem acometer o ser humano ao longo da sua existência, sem provas contundentes da sua responsabilidade e do dano.

Sendo assim, é impossível estabelecer o nexos causal, seja pela ausência de ilícito cível, seja pela grande dificuldade de ser provar o dano isoladamente.

4.2 Compensação cível: a resposta do poder judiciário?

Apesar de a majoritária doutrina defender a existência do caráter principiológico do afeto, grande parte das decisões dos Tribunais de Justiça e do próprio STJ são no sentido de não reconhecer a responsabilidade advinda do abandono afetivo e, por conseguinte, a obrigação de indenizar por ausência de afeto. Os Tribunais estão em consonância com todo o conteúdo abordado, caracterizam o afeto como um sentimento, não atribuindo ilicitude a sua ausência, em conseguinte, não aplicando a condenação por danos morais afetivos.

No ano de 2012, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, em julgamento na 3ª Turma, proferiu decisão que causou grande comoção social no tratamento do abandono afetivo no Brasil. No REsp n. 1.159-242/SP⁷, a autora alegou não ter

⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159-242/SP. Relator: Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 de abr. 2012b.

recebido afeto do seu genitor durante a infância e juventude. O juiz de origem julgou improcedente a ação, entendendo que a aproximação só não ocorreu por culpa da agressividade da sua genitora. O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão, condenando o pai a pagar, a título indenizatório, a importância de R\$415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). A Relatora manteve a decisão do TJSP, todavia reduziu o valor da condenação para R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Na relatoria, a Ministra salientou a possibilidade de aplicação da indenização por danos morais no âmbito familiar e enfatizou que somente a perda do poder familiar não é suficiente para suprir a ausência afetiva, pois o objetivo desta é resguardar a integridade do menor e não compensar o pai, pela ausência de cuidado. Relatou então cada elemento caracterizador da responsabilidade civil, para tanto, evidenciou a importância do cuidado, como valor jurídico, essencial para a formação da personalidade da criança. Contudo, reconheceu que não existe no ordenamento jurídico o dever jurídico do cuidado afetivo, mas existem termos que se assemelham como no art. 227 da CF/88. Contradizendo-se, afirmou não estar discutindo o amor, mas o vínculo biológico e o dever legal de cuidar, deixando claro que não cabe ao ordenamento legal averiguar a motivação para amar de cada pessoa, pois é algo subjetivo, resguardado a filosofia, psicologia e religião. Concluiu então seu pronunciamento com a frase que ficou célebre, “amar é faculdade, já o cuidado é um dever”.

Segundo a Ministra, demonstrada a omissão paterna, pela ausência de cumprimento do dever legal de cuidado, averiguou-se a existência do dano e nexos causal. Salientou que a forma mais simples de se verificar o dano decorrente do abandono moral é por meio de um laudo psicológico de um especialista que aponte alguma patologia e vincule-a falta de cuidado paterno. Porém, segundo o voto, essa não é a única maneira. O dano demonstrado nos autos ocorreu quando o genitor somente reconheceu a filha por meio de uma ação judicial, apesar de ser evidente a

paternidade, ademais não teve qualquer contato com a autora e a tratou de forma desigual perante os outros filhos.

A fundamentação utilizada pela Ministra Nancy Andrighi, confunde dever de cuidado com faculdade de amar. Não explica nos termos da lei o que é o dever de cuidado, afirma que amor e cuidado são coisas diferentes, mas fundamenta como se o amor fosse uma obrigação legal. Caracteriza o desamor como uma ação omissiva culposa.

Nota-se que não foi enfrentado o problema do abandono afetivo, e sim, houve condenação pela ausência de dever de cuidado. Além disso, afirmou que o dano é mais facilmente caracterizado por meio de um laudo de um especialista, mas condenou apenas com base no reconhecimento tardio da paternidade, no tratamento desigual entre os filhos e na ausência de contato entre pai e filho. Não se preocupou em verificar se alguma dessas atitudes gerou algum dano à sua amplitude e, se existindo o mesmo, se a causa foi ausência paterna ou algum fator externo.

Desde essa decisão, proferida pelo STJ e festejada pela doutrina a favor da condenação por abandono afetivo, acreditou-se que havia se modificado a interpretação do abandono afetivo no Brasil. Alvorçou-se o sistema jurídico, com uma procura ainda maior do Poder Judiciário em busca de reparação pela ausência de afeto paterno.

Diversas ações foram propostas pelos filhos com o fim de receberem compensação diante do abandono afetivo dos pais, sendo que muitas delas utilizam como corolário o REsp n. 1.159-242/SP. Ocorre que, conforme dados coletados por esta pesquisa⁸, não houve nos Tribunais Estaduais Brasileiros e no próprio STJ, um acompanhamento do julgado acima citado, sendo raros os

⁸ E confirmados no artigo publicado em 26 de julho de 2017, por Flávio Tartuce, intitulado: “Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência”.

provimentos autorais. Apesar de serem noticiados⁹ somente os casos em que o genitor é condenado a indenizar por dano moral o filho por abandonado afetivo, será demonstrado que grande parte das ações que tratam esse tema são julgadas improcedentes ou é reconhecida a prescrição do direito autoral.

Com o objetivo de demonstrar o panorama jurisdicional, após o julgamento do REsp citado, para a realização da pesquisa foram utilizados alguns critérios. O primeiro trata-se da escolha dos Tribunais: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça. A escolha do primeiro ocorreu por ser o Tribunal de Justiça sede deste estudo, o segundo é referência em matéria de Direito das Famílias, e, por fim, o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior que julga as causas que versam sobre essa matéria.

O termo utilizado como parâmetro para a pesquisa foi “*abandono afetivo dano moral*” em todas as consultas realizadas, nos três Tribunais¹⁰. A pesquisa jurisprudencial foi limitada de maio de 2012 – julgamento do REsp n. 1.159-242/SP, à 31 de dezembro de 2016¹¹.

No site do TJMG, foram encontrados 14 (quatorze) acórdãos nesse período. Desse total, 03 (três) foram julgados prescritos; 10 (dez) acórdãos não foram providos e apenas 01 (um), teve a pretensão autoral atendida. No site do TJRS, foram encontrados 40 (quarenta) acórdãos para esse período, sendo que foi reconhecida a

⁹ FILHO PROCESSA o pai por falta de amor e vai receber R\$ 50 mil de indenização da justiça. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/balanco-geral/videos/filho-processa-o-pai-por-falta-de-amor-e-vai-receber-r-50-mil-de-indenizacao-na-justica-23062016>>

PAI É condenado em danos morais por abandono afetivo de 2 filhos <<https://tjms.jusbrasil.com.br/noticias/100131148/pai-e-condenado-em-danos-morais-por-abandono-afetivo-de-2-filhos>>

¹⁰ Foram excluídos da pesquisa os acórdãos em que o Tribunal julgador havia declinado a competência a outra Turma.

¹¹ Os processos divididos conforme o julgamento em procedente, improcedente e prescrito. Os improcedentes foram subdivididos conforme a fundamentação utilizada pelo Desembargador ou Ministro e analisado um acórdão de cada subgrupo.

prescrição em 14 (quatorze) deles, em 01 (um) acórdão houve a procedência do pedido, 01 (um) a decisão afirmou que não constou nos pedidos exordiaais o pedido de indenização por danos morais por abandono afetivo e, por fim, 24 (vinte e quatro) do total de processos, não foi provido o recurso de apelação do filho. No site do STJ, foram localizados 04 (quatro) acórdãos para esse período, sendo que houve o acolhimento da prescrição em 01 (um) deles e os outros 03 (três) não houve acolhimento da pretensão autoral.

4.2.1 Panorama jurídico sobre abandono afetivo parental no TJMG

Na pesquisa por amostragem, utilizando o termo “*abandono afetivo dano moral*”, no site do TJMG, foram encontrados 14 (quatorze) julgados entre maio de 2012 a dezembro de 2016. Conforme já afirmado acima, 03 (três) destes acórdãos¹² foi reconhecida a prescrição do direito do filho com base no art. 206, §3º, inciso V do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), que determina que a prescrição é de 03 (três) anos, após a cessação do pátrio poder, com a maioria civil, para o ajuizamento de ações de cunho indenizatório.

Em outros 10 (dez) acórdãos não houve o acolhimento da pretensão indenizatória, não sendo provido o pedido do filho de indenização por abandono afetivo.

No acórdão proferido no ano de 2013, Apelação Cível n. 1.0686.10.013945-6/001¹³, o fundamento do pedido autoral para a condenação em indenização por abandono afetivo era o ajuizamento de uma Ação Negatória de Paternidade, por seu

¹² MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0702.11.013785-9/001. Relator: Wanderley Paiva. Belo Horizonte, 15 de mar. 2013a; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0145.09.530503-6/001. Relator: Geraldo Augusto. Belo Horizonte. 12 de dez. 2013b; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0692.12.001475-2/001. Relator: Sérgio André da F. Xavier. Belo Horizonte, 22 de jan. 2016a.

¹³ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0686.10.013945-6/001. Relatora: Márcia de Paoli Balbino. Belo Horizonte, 06 de ago. 2013d.

genitor. Em seu voto a Desembargadora Relatora¹⁴, informou a existência de laudo psicológico que atestava a alteração comportamental do autor com o afastamento repentino do genitor, porém, salientou que esse nunca deixou de arcar com despesas que lhe eram incumbidas, além de notar a existência de diversos boletins de ocorrência nos autos, onde era impedido de exercer visitação ao filho. Quanto à alegação que a Ação Negatória de Paternidade seria mais um argumento para a condenação decorrente do abandono afetivo, deixou claro que o ajuizamento de ação configura exercício regular de um direito, não caracterizando ato ilícito.

Dentre os 10 (dez) acórdãos acima citados, em 08¹⁵ (oito), foi negado o provimento ao requerimento autoral, acolhendo a tese da inexistente de prática de ato ilícito. Todos com fundamentação semelhante a da Apelação Cível n. 1.0515.11.003090-2/00¹⁶, que caracterizou o abandono afetivo como algo triste, porém não configura prática de ilícito civil, inexistindo, portanto, o dever de indenizar. Salientando ainda, que não cabe ao Poder Judiciário demandar sobre questões sentimentais familiares.

¹⁴ “Isto porque, em que pese o fato de constar dos presentes autos início de prova de que o afastamento repentino do apelado ensejou transtornos ao 2º autor, conforme laudo psicopedagógico de f. 14/16, não há prova de que o réu tenha deixado de prestar assistência material a seu filho, em que deliberadamente deixou de estar presente na vida do filho.

Lado outro, consta da petição inicial da ação negatória de paternidade (f. 17/18), que o réu arcava com os custos relacionados ao fornecimento de plano de saúde e pensão alimentícia, via desconto em folha de pagamento, não constando dos autos qualquer prova em contrário”. (MINAS GERAIS, 2013d).

¹⁵ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. **1.0342.09.126869-4/001**. Relator: Paulo Balbino. Belo Horizonte, 19 de mai. 2015b; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. **1.0105.05.145297-4/001**. Relator: Gutemberg da M. e Silva. Belo Horizonte, 25 de mai. 2012a; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. **1.0637.10.008090-1/001**. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. Belo Horizonte, 31 de ago. 2012b; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. **1.0194.09.099785-0/001**. Relator: Tiago Pinto. Belo Horizonte, 18 de fev. 2013c.

¹⁶ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. **1.0515.11.003090-2/001**. Relator: João Cancio. Belo Horizonte, 17 de mar. 2016.

No acórdão da Apelação Cível n. 1.0521.04.035405-7/002¹⁷, o Desembargador Relator, afirmou que o pai que sustenta materialmente o seu filho e o abandona afetivamente, não deve ser condenado por danos morais, pois não há previsão legal que obrigue a dar amor.

Já na Apelação n. 1.0313.13.011726-7/001¹⁸, a fundamentação autoral para requerer a indenização por danos morais, baseou-se na ausência de interesse do genitor em procurá-lo, quando ele e sua mãe se mudaram de cidade. Ademais, houve o questionamento da paternidade por meio de uma Ação Negatória de Paternidade, o que, segundo o autor, o abalou psicologicamente. Segundo o Relator¹⁹, existe posicionamento divergente na doutrina e jurisprudência quanto ao cabimento de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo. Para os defensores, o dever de prestar assistência aos filhos, presente no art. 227 da CF/88 e no art. 19 do ECA, fundamenta as condenações; já para os que negam, incluindo o Julgador, o afeto não é passível de ser normatizado.

Na Apelação Cível n. 1.0628.13.001301-2/001²⁰, o acórdão proferido trouxe argumentos diversos entre o Relator, Revisor – que o acompanhou na improcedência do pedido autoral – e da Vogal, o que gerou uma maior atenção aos argumentos utilizados por todos. No voto do Relator, em 2015, esclareceu que ninguém

¹⁷ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0521.04.035405-7/002. Relator: Otávio Portes. Belo Horizonte, 04 de mar. 2016b.

¹⁸ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0313.13.011726-7/001. Relator: Pedro Aleixo. Belo Horizonte, 29 de jan. 2016c.

¹⁹ A questão é divergente na doutrina e jurisprudência, encontrando doutrina e jurisprudências de ambos os lados, uns entendendo que diante da disposição do artigo 227 da Constituição Federal e artigo 19 do Estatuto da Criança e do adolescente (lei 8.069/90), compete a ambos os pais prestarem a assistência efetiva aos filhos e se sujeitam a indenizarem por eventual dano afetivo.

Outros entendem que o sentimento de afeto não pode ser objeto de proteção da norma, ou seja, não há possibilidade do direito obrigar um genitor a amar seu filho. (BRASIL, 2015c).

²⁰ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0628.13.001301-2/001. Relator Wanderley Paiva. Belo Horizonte, 29 de abr. 2015a.

pode ser obrigado a amar ninguém, o que pode ocorrer é o pai ser compelido a cumprir suas obrigações de cunho assistenciais:

O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao já vulgarizado princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui mera variável axiológica, pois constitui antes um fato da vida. O pai pode ser compelido a cumprir com todas as suas obrigações assistenciais e a omissão pode ser suprida com providências de cunho jurisdicional, como por exemplo, ação de alimentos, regulamentação de visitas ou as diversas execuções. Mas não se pode desconhecer que afeto é conquista e reclama reciprocidade, não sendo possível compelir uma pessoa a amar ou desamar outra. A convivência familiar somente é possível quando existe amor. E amor não pode ser imposto, nem entre os genitores, nem entre pais e filhos. (BRASIL, 2015a).

Completo afirmando que a presença de um pai e uma mãe não é capaz de assegurar que a vida do filho transcorrerá sem maiores traumas, devendo a criança ser educada em um ambiente equilibrado, com relações saudáveis, independente da presença dos pais. Salientou que o acolhimento da tese autoral colocaria preço nas relações afetivas, pois admitiria a possibilidade de compensar as frustrações vivenciadas, por meio da justiça, não cabendo ao Poder Judiciário compelir alguém a dar amor. Caso houvesse a condenação por danos morais afetivos, a finalidade da decisão nunca seria alcançada, pois o ambiente ideal para desenvolvimento das relações não seria mais encontrado.

Deixou claro que no campo material, a prestação alimentar é cumprida pelo genitor, cabendo no extrapatrimonial apenas a destituição do pátrio poder. Defendeu que o abandono afetivo não configura ato ilícito e nem dano, não havendo nenhuma previsão legal sobre isso e não cabendo ao Poder Judiciário interferir nas relações pessoais, devendo os problemas familiares serem resolvidos e tratados dentro da família. Terminou o voto ensinando que o dever de assistir está presente no art. 229 da CF/88, não

havendo previsão legislativa do dever de dar afeto, apenas a de amparar materialmente.

O Revisor acompanhou o voto do Relator, mas com fundamentação própria, relatando que a autora não demonstrou a sua reciprocidade de carinho pelo pai. Defendeu que os pais possuem o dever de arcar com o sustento dos filhos e de dar afeto, cuidado e amor. Afiançou que para ser configurado o abandono afetivo, deve estar comprovado que o filho buscava o afeto e o genitor se negava a dá-lo.

Para a Vogal, voto vencido nessa Apelação, deveria haver a condenação do genitor em danos morais afetivos com base no princípio da dignidade da pessoa humana, devendo os pais negligentes no trato com os filhos serem condenados, até para que pensem no ato de conceber uma criança, haja vista o livre planejamento familiar e a quantidade de métodos contraceptivos disponibilizados pelo Ministério da Saúde. Ressaltou ainda que ninguém é obrigado a constituir uma família ou procriar, mas uma vez que isso ocorra, o princípio da paternidade responsável, juntamente com a dignidade da pessoa humana determinam que os pais negligentes sejam condenados ao pagamento de indenização, uma vez que por meio das indenizações os pais seriam mais cuidadosos ao colocar uma criança no mundo. Para a Vogal surgiu daí o dever de indenizar, uma vez que foi praticado ato ilícito, na forma de omissão, causando dano moral àquele que sofreu uma lesão a algum direito da personalidade. E ainda completou afirmando que apenas o pagamento de pensão não resolveria todos os problemas de uma pessoa.

Nos autos da Apelação n. 1.0480.12.014687-7/001²¹, o autor relatou que só teve a sua paternidade reconhecida tardiamente, o que gerou o abalo psicológico e conseqüentemente o dano moral. A

²¹ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0480.12.014687-7/001. Relator Versiani Penna. Belo Horizonte, 29 de out. 2014b.

sua pretensão também não foi acolhida, pois segundo o Relator o direito deve interferir em casos excepcionais na esfera familiar.

A tese da indenização por abandono afetivo, a meu ver, deve ser vista com cautela, a fim de que não sejam estimuladas demandas meramente oportunistas, e, ainda, de forma a evitar que o Judiciário promova uma inversão do natural movimento que se vislumbra no Direito de Família, concernente ao progressivo afastamento do Estado das relações familiares, para deixar que os próprios mecanismos sociais e afetivos desses relacionamentos funcionem livre e autonomamente, na esfera íntima e privada em que se estabelecem tais relações.

Na esfera familiar, o direito deve atuar em situações limítrofes, deixando que os pares se resolvam entre si o mais quanto for possível, até mesmo porque a profundidade dos sentimentos envolvidos escapa ao controle da lei e do magistrado, não podendo ser solucionada com uma ordem judicial, que em certas hipóteses não representará mais que um pedaço de papel.

A meu sentir, as mágoas, vivências e dores que decorrem de um enlace tão íntimo são melhores solucionadas através de um trabalho psicológico e conciliatório do que através da imposição de um órgão externo, como o Poder Judiciário, que nunca terá a exata dimensão das experiências das partes envolvidas, até porque a percepção de cada ato de carinho ou de desprezo é individual e intransmissível. (BRASIL, 2014b).

Nota-se que em todos os acórdãos acima apresentados, que negaram o direito do autor, em consonância com a fundamentação apresentada neste trabalho, ora não enquadram o afeto como ato ilícito, retratando-o como um sentimento impassível de imposição judicial e legal, ora afirmam que o autor não conseguiu produzir prova do alegado dano moral, não preenchendo assim, os pressupostos da responsabilidade civil.

De todos os 14 (quatorze) acórdãos localizados no Tribunal mineiro, apenas 01 (um), teve a pretensão autoral atendida²². O

²² MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0145.07.411698-2/001. Relator Carlos Levenhagen. Belo Horizonte, 23 de jan. 2014a.

Desembargador Relator, em janeiro de 2016, pontuou que o pai se recusou a conhecer e conviver com o filho, o que se tornou pior ao levar em consideração a profissão dele, que é médico. Salientou que para ser caracterizada a responsabilidade civil por abandono afetivo devem ser preenchidos os requisitos legais: ato ilícito, dano e nexos causal. Ressaltou ainda que, a responsabilidade pela concepção de um filho e o exercício da paternidade responsável são deveres do homem e da mulher, não cabendo restringir a obrigação do genitor ao pagamento de pensão alimentícia, pois assim, caracterizaria violação ao direito de convivência familiar. Informou que além do genitor se negar a conviver com o autor, o pai o ignorava quando cruzavam em locais públicos, asseverando que houve demonstração do dano por meio de relatório psicológico. Manteve assim, a condenação do juízo de origem, no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Os dois outros Desembargadores acompanharam o voto do Relator e manifestaram-se. O Revisor iniciou seu voto ponderando que paternidade é muito mais que o dever de prestar assistência material, cabendo ao pai dar assistência moral, psicológica e amor. O descumprimento desses deveres gerou reflexos na vida da criança, pois a ausência de afeto é algo doloroso e causador de graves prejuízos, salientando que a rejeição é um dos piores sentimentos que uma criança pode experimentar estando presentes os requisitos da responsabilidade civil, pois o ato ilícito está configurado pelo descumprimento dos deveres presentes nos artigos 227 do CF/88 e 19 do ECA. Registrou que foram apresentados dois estudos sociais que demonstraram o dano ocasionado pelo abandono afetivo, além de ter sido perceptível na própria audiência o desinteresse do genitor em conviver com o filho. Por fim, afirmou que a condenação não tem o condão de fazer o pai amar o filho, mas o faz responder por sua omissão e negligência, atribuindo um caráter psicológico a condenação.

O Vogal, em seu voto, entende que há muito tempo o abandono afetivo é passível de reparação cível, já que ignora os

preceitos dos art. 1.634 do CC/022 e art. 22 do ECA. Essas normas exigem dos pais uma série de responsabilidades que devem ser cumpridas, pois todas estão presentes em lei salientando que não importa se existe amor ou não entre pais e filhos. Finalizou afirmando que se os julgadores se limitarem a aplicar a lei somente à pensão alimentícia, não seria necessário às outras garantias e direitos que existem no ordenamento jurídico para crianças e adolescentes.

Nota-se nesse acórdão, a ausência de enfrentamento do abandono afetivo, assim como fez a Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.159-242. O que novamente foi abordado é a ausência do dever de cuidado e não propriamente o afeto e as consequências da ausência deste na vida de uma pessoa. Sem ainda, verificar se a causa motora do alegado dano foi a ausência paterna ou se alguém exerceu o papel de um pai ou mãe para a criança ou por fim, se a presença paterna teria suprido o dano alegado.

4.2.2 Panorama jurídico sobre abandono afetivo parental no TJRS

No site do TJRS, foram encontrados 40 (quarenta) acórdãos para o período determinado, tendo sido reconhecida a prescrição em 14 (quatorze) deles, em 01 (um) acórdão houve a parcial procedência do pedido, 01²³ (um) a decisão afirmou que não constou nos pedidos exordiais a indenização por danos morais por abandono afetivo e, por fim, 24 (vinte e quatro) do total de processos, não foram providos.

Em 14²⁴ (quatorze), dos 40 (quarenta) acórdãos, foi reconhecida a prescrição da pretensão autoral. Tendo em vista que

²³ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. 70063020002. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 09 de abr. 2015e.

²⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. 70056484413. Relator: Sérgio Fernando de V. Chaves. Porto Alegre, 23 de out. 2013f; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. 70057013567. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 12 de dez. 2013j; RIO GRANDE DO

o prazo prescricional para os menores de idade começa a contar a partir do alcance da maioridade, pois na inteligência do art. 198 do CC, não corre prescrição contra incapazes, os autores deveriam ter ajuizado a ação indenizatória até 03 (três) anos depois que completaram 18 (dezoito) anos. A fundamentação foi baseada no art. 206, §3º, inc. V, do CC/02 (BRASIL, 2002), que reconhece a prescrição das ações de cunho indenizatória no prazo de 03 (três) anos.

Nos autos da Apelação Cível n. 70061225074²⁵, o Relator em abril de 2015, deu parcial provimento a ação, mantendo a condenação por danos morais decorrentes do abandono afetivo, no valor de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), reformando a decisão primeva, apenas no que tange ao afastamento da solidariedade entre os genitores. Nesse processo, a autora ajuizou a pretensão indenizatória contra ambos os pais. No relatório, constou que ela padecia de deficiência mental, tendo sido abandonada desde o nascimento pela mãe. Foi inicialmente, criada pela tia, sendo depois deixada aos cuidados de instituições públicas em 1986. Em 2005, um primo da sua genitora assumiu a sua curatela,

SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70058026790**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 20 de mar. 2014b; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70056650260**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 24 de abr. 2014c; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70056668197**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 24 de abr. 2014d; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70061007886**. Relator: Jorge Luís Dall'agnol. Porto Alegre, 24 de abr. 2014e; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70061971735**. Relator: Liselena Schifino Robles R. Porto Alegre, 18 de nov. 2014f;

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70061818605**. Relator: José Pedro de O. Eckert. Porto Alegre, 12 de fev. 2015a; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70062298476**. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 09 de abr. 2015c; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70066932898**. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 05/05/2016c; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70068932763**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 02 de jun. 2016d; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70070694526**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Porto Alegre, 24 de nov. 2016g; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo 70070724992. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 15 de dez. 2016c; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70055587992**. Relator: Sergio Fernando de V. Chaves. Porto Alegre, 28 de ago. 2013c.

²⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70061225074**. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 09 de abr. 2015d.

representando-a em juízo. Colacionou nos autos prova que sua mãe nunca a procurou nos abrigos, nem mesmo por meio de telefonemas. A genitora informou que não tinha condições financeiras e nem psicológicas de cuidar da criança. Quanto ao pai, teve a paternidade reconhecida no ano de 2007, por intermédio de um exame de DNA, afirmando que o nascimento da autora havia sido fruto de um caso extraconjugal, mesmo tendo outros dois filhos com a genitora, eximindo-se assim, de culpa pela ausência de conhecimento da paternidade. Após essas ponderações, o Relator afirmou:

A questão exige atenção e [como já referi diversas vezes em demandas ajuizadas por filhos criados por um dos genitores e que em dado momento da vida buscam o Judiciário para compensarem financeiramente a frustração e a desilusão com o procedimento do outro genitor] não é simples.

Entretanto, a presente demanda não se confunde com as que buscam a precificação do amor. Esta ação versa sobre a responsabilidade civil que, no Direito de Família, é subjetiva, o que significa que o dever de indenizar depende do agir doloso ou culposo da parte. Oportuno lembrar que os elementos essenciais da responsabilidade civil ou dever de reparação são: ação, dano, nexa e culpa. (BRASIL, 2015d).

Passou-se então, a analisar o feito sob uma perspectiva como se fosse a autora, deficiente mental, abandonada desde o nascimento. Relatou que o ato ilícito foi praticado no momento em que ela foi abandonada à própria sorte em abrigos. O dano moral foi caracterizado, pois os profissionais dos abrigos não têm que exercer a função de amar, apenas limpar, medicar, alimentar. Salientou que o seu julgamento não estava revertido de aspectos morais, porém, tinha certeza que os pais poderiam ter proporcionado à autora uma vida muito melhor do que a vivida em abrigos.

Caracterizou o nexa causal pela omissão dos pais de darem um lar para a autora por 19 (dezenove) anos, tempo vivido em

diversos abrigos. Considerou a culpa incontroversa, pois ambos reconheceram que não quiseram a guarda da filha. Pontuou que a situação não foi alterada com o reconhecimento da paternidade pelo genitor e pagamento de alimentos, por ambos os pais, por meio de uma ação, somente ajuizada após a concessão da curatela ao primo da genitora. Deixou claro, que ambos só não quiseram criar a autora, pois padecia de enfermidade mental grave, tendo criado outros dois filhos. Sendo assim, manteve a decisão de origem, condenando-os ao pagamento de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), reformando apenas a solidariedade, que decorre da lei ou por convenção das partes.

Essa situação, apesar de muito mais triste e difícil que as outras já apresentadas, também retrata um julgamento que não foi enfrentado os pressupostos da responsabilidade civil de forma correta. Primeiro, o afeto não pode ser imposto, não devendo ser enquadrado como ilícito civil; segundo, não há prova do dano moral, apenas o relato da ausência paterna e materna na vida da criança, conferindo a essa um dano que não foi demonstrado.

Outros 24 (vinte e quatro) processos foram julgados improcedentes, com fundamentação variada. Há decisões fundamentadas na ausência de prática de ato ilícito²⁶, e dentro desse grupo, algumas que citam o fato do autor não ter se

²⁶ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70055097422**. Rel.: Jorge Luís Dall'agnol. Porto Alegre, 27 de set. 2013; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70052059417**. Rel.: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 07 de fev. 2013; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70056129950**. Rel.: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 14 de nov. 2013; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70056927221**. Relator: Jorge Luís Dall'agnol. Porto Alegre, 18 de dez. 2013; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70063635619**. Rel.: Jorge Luís Dall'agnol. Porto Alegre, 27 de mai. 2015; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70064689896**, Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 16 de jul. 2015; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70064744196**. Rel.: Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 16 de jul. 2015; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70066058405**. Rel.: Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 19 de nov. 2015; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70066828054**. Rel.: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 10 de dez. 2015; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70067282343**. Rel.: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 31 de mar. 2016; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70069788602**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 25 de ago. 2016.

desincumbido do ônus de provar o dano²⁷. Há julgados²⁸ em que os desembargadores entenderam que a indenização por danos morais não é cabível, pois acreditam ser mero fato da vida o abandono afetivo, não se enquadrando o distanciamento entre pais e filhos como ato ilícito.

Na Apelação Cível n. 70053030284²⁹, a Relatora em fevereiro de 2013, trouxe em seu voto a afirmação que o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não é capaz de gerar o direito à indenização por danos morais, nem tampouco, constitui ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois é um fato da vida. Ademais, afirmou que a autora não se desincumbiu do ônus da prova, previsto no art. 333, inc. I do antigo CPC, não restando comprovado o alegado dano psicológico.

Fundamentando apenas na ausência de ato ilícito, a Apelação Cível n. 70044696359³⁰, o Relator, em novembro de 2012, afirmou que a condenação por danos morais no âmbito familiar deve ocorrer em situações excepcionais. Destacou que o dever de indenizar nasce com o ato ilícito, demonstrado por meio do fato lesivo, o dano e o nexo de causalidade. Reconheceu que existem obrigações decorrentes do poder familiar, como por exemplo, o sustento, a criação, educação e ainda, o direito a convivência familiar e, por fim, o princípio da dignidade humana. Porém, afirmou que a falta de afeto, isoladamente, não gera dever de

²⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70063526610**. Relator: Luiz F. Brasil Santos, Porto Alegre, 18 de jun. 2015h; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70055772750**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Porto Alegre, 31 de out. 2013g; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70060154150**. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Porto Alegre, 02 de jul. 2014a; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70063562151**. Relator: Luiz F. Brasil Santos, Porto Alegre, 18 de jun. 2015g.

²⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70071387666**. Relator: Liselena S. Robles Ribeiro. Porto Alegre, 09 de nov. 2016f; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70067498436**. Relator: Alzir Liselena S. Robles Ribeiro. Porto Alegre, 03 de dez. 2015m.

²⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70053030284**. Relator: Liselena S. Robles Ribeiro. Porto Alegre, 07 de fev. 2013b.

³⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70044696359**. Relator: Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 28 de novembro 2012c.

indenizar, deixando claro que não existe dano moral. Finalizou, mantendo a sentença recorrida, negando provimento aos pedidos autorais, atestando que o afastamento entre pai e filho, decorreu da separação entre o primeiro e a genitora, e que por pagar a pensão alimentícia, não deve ser compelido a pagar indenização por danos morais afetivos.

Na Apelação Cível n. 70045051604³¹, a decisão versou sobre a ausência de ato ilícito e provas do alegado dano. O pedido de indenização por danos morais foi direcionado para o genitor do autor e sua avó. Como não conseguiu localizar o pai por 05 (cinco) anos, manteve a ação apenas contra a avó, desistindo em relação ao primeiro. Constou o Relator, que não houve a comprovação de ato ilícito pela avó, nem tampouco prova que o distanciamento entre as partes repercutiu de forma negativa na saúde psíquica e física do autor. Declarou, que este narrou diversos tipos de transtornos físicos e mentais, como, gastrite, rinite, alergias, bronquites, deficiências educacionais, inconstância afetiva, problemas de raciocínio lógico, entre outras, porém não trouxe aos autos nenhum laudo de especialista para confirmar o sofrimento. Relatou, por fim, que reconhece a existência do dano moral afetivo em algumas situações, não sendo o caso dos autos, apesar de ter gerado sentimentos variados de tristeza e rejeição pela avó paterna, não foi configurado ato ilícito indenizável.

Em fundamentação semelhante ³² a Apelação Cível n. 70054858345³³, em agosto de 2013, o dano moral afetivo não foi comprovado por ausência de provas das consequências psicológicas experimentadas. Afirmou o Relator, que o autor não se

³¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70045051604**. Relator: Ricardo M. Lins Pastl. Porto Alegre, 10 de mai. 2012a.

³² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70066805094**. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 09 de mar. 2016a; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70063053136**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 09 de abr. 2015b.

³³ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. **70054858345**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 29 de ago. 2013d.

desincumbiu do ônus da prova, previsto no art. 333, inc. I, do CPC/73, pois não comprovou o sofrimento ou o dano, capaz de ensejar indenização.

Já na Apelação Cível n. 70050203751³⁴, foi negado o provimento a pretensão autoral por ausência de culpa. O Relator em novembro de 2012, asseverou que o conceito de dano moral no seu âmbito mais amplo, é capaz de enquadrar o sofrimento causado pelo abandono afetivo, citando o art. 186 do CC/02. Porém, frisou que para a apuração do dano moral afetivo deve ser averiguada a existência de culpa do agente. Finalizou afirmando não ter como julgar a culpa dos genitores por abandono afetivo, o que torna impossível a indenização nesses casos³⁵.

4.2.3 Panorama jurídico sobre abandono afetivo parental no STJ

No site do STJ, foram localizados 04 (quatro) acórdãos para o período, sendo que houve o acolhimento da preliminar de prescrição em 01 (um) deles e os outros 03 (três) houve o indeferimento da pretensão autoral.

O acórdão que acolheu a prescrição, REsp n. 1.298-576/RJ³⁶, o Ministro Relator, em agosto de 2012, pontuou que o autor nasceu em 1957, tendo conhecimento da paternidade desde a infância. Porém, somente no ano de 2008 ajuizou a ação com pretensão

³⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Processo n. 70050203751. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 22 de nov. 2012b.

³⁵ Nessa esteira, saliento que para o Direito das Famílias não são suficientes as definições legais da matéria, uma vez que somente é, ou seria, possível a aferição da culpa por negativa de afetividade, com análises psicológicas ou neurológicas do funcionamento cerebral humano.

De forma concisa, explico que não há uma comprovação de que o exercício da afetividade seja seguramente uma escolha humana, uma vez que não há como se comprovar nem com os argumentos colhidos no âmbito da Psicologia, tampouco com a ciência jurídica, que a afetividade possa ser exercida por vontade do ser humano. (BRASIL, 2012b).

³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.298.576/RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 de ago. 2012b.

indenizatória, quando já contava com 51 (cinquenta e um) anos, sendo então, necessário reconhecer a prescrição vintenária, do antigo Código Civil, pois há muito já havia acabado o poder familiar, marco inicial para a contagem da prescrição.

Em julgamento em maio de 2016³⁷, tratou de um Agravo Regimental contra a decisão do Ministro Relator que negou seguimento a Apelação por ausência de prequestionamento dos arts. 5º, 19 e 22 do ECA. Os Ministros conheceram do Agravo para negar-lhe seguimento. No REsp 1.493-125/SP³⁸, em fevereiro de 2016, o Relator afirmou que em respeito à Súmula 7 do STJ, não cabe ao Tribunal Superior a análise de questões fáticas, negando provimento ao recurso.

No REsp 1.557-978/DF³⁹, em novembro de 2015, a pretensão autoral não foi acolhida, pois segundo o Ministro Relator, a indenização de cunho moral no âmbito familiar ocorre em situações excepcionais, devendo ser averiguado se não houve a convivência familiar, para evitar a monetarização do Poder Judiciário, comprovando-se a conduta omissiva do pai, com a análise dos requisitos da responsabilidade civil, ato ilícito, dano e nexos causal. Pontuou que para haver o descumprimento do dever de cuidado, deve ser provado um descaso, uma rejeição ou um desprezo paterno, o que para o Relator não ocorreu. Ademais, salientou a ausência de estudo psicossocial nos autos, o que dificultou sobremaneira a constatação do nexos causal com o dano.

³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 811.059/RS. Relator: Marco Aurélio Bellizze. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 de mai. 2016b.

³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.493.125/SP. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 de fev. 2016a.

³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.557.978/DF. Relator: Moura Ribeiro. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 de nov. 2015.

Conclusão

A família é uma das instituições mais importantes presente na sociedade. Mutável no tempo, agrega valores e direitos de um determinado período. A retratada no Código Civil de 1916 era patriarcal, patrimonialista, matrimonialista, extremamente excludente e discriminatória, pois tratava com diferença os filhos havidos fora do casamento, os adotados, as relações conjugais que não foram formadas por esse, bem como submetiam a mulher aos interesses do marido, que detinha de total poder sobre todos os entes familiares.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou e reconheceu novos direitos, alterando os paradigmas familiares. A família passou a se fundar no afeto existente entre os seus membros, sendo reconhecida como eudemonista. A ascensão da dignidade e da solidariedade tornou essa instituição o ambiente propício para o desenvolvimento do interesse individual, bem como de uma personalidade saudável. A alteração do pátrio poder para poder familiar elevou as crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direito, com tratamento prioritário pela família, Estado e sociedade, surgindo daí diversos direitos que deveriam, a contento, serem tutelados pelo ordenamento.

No intuito de demonstrar todas essas transformações, delineou-se a perspectiva histórica de evolução das relações familiares, da família da Roma Antiga, passando pelo Código Civil de 1916 à família eudemonista, com valorização do afeto e os reflexos advindos, em especial referente ao abandono afetivo. Foram revisitadas as obras de autores, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012), Paulo Lôbo, (2009), César Fiuza (2006), dentre outros.

Tendo a obra como objetivo central verificar a (in)viabilidade do princípio da afetividade no âmbito do abandono afetivo, questionou-se se é possível normatizar o afeto para gerar o dever legal de dar afeto, quando praticado o abandono afetivo, ocasionando a responsabilidade civil e consequente dever indenizatório.

Entre a majoritária literatura jurídica, Rolf Madaleno (2009), Maria Berenice Dias (2010), o afeto, além de ser a base da família contemporânea, é um princípio jurídico, com possibilidade de imposição em decorrência de sua inobservância. Para esses autores, existe o dever legal de dar afeto, devendo o judiciário intervir sempre que não for respeitado pelo pai, sancionando-o por meio de uma indenização pecuniária.

Em contraponto, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012), Ana Carolina Brochado Teixeira (2010), Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008) e outros, não acreditam que o afeto é um princípio jurídico, tratando-o como um sentimento ou valor, passível de repreensão apenas no âmbito da moral, não devendo o judiciário intervir em seara tão íntimo como a família.

No intuito, de aclarar a discussão sobre o caráter principiológico ou valor moral do afeto, por intermédio de um estudo interdisciplinar, utilizando a psicanálise freudiana como base metodológica, verificou-se que o afeto teve origem apenas em experiências negativas vivenciadas pelos indivíduos. Foi após Freud, que os psicólogos e psicanalistas passaram a vincular o afeto as manifestações positivas de cada um.

Em seguida, foram apresentados vários conceitos do afeto, presentes na psicologia e psicanálise. Com base nesses e refletindo sobre os reflexos jurídicos da presença do afeto na família, com o fim de utilizar esse conceito nas ciências jurídicas para regularizar as relações formadas pelos laços afetivos conceituou-o “como uma reação humana, que gera um sentimento voluntário, anímico, emanando reações para outros sistemas do corpo humano,

podendo ter origem subjetiva ou a depender da reação e do tratamento de terceiros e que deve ter relevância jurídica, com reflexos na vida dos entes familiares, quando manifestado de forma espontânea, livre, verdadeira e sem coação”.

De posse desse conceito, passou-se ao próximo ponto controverso da doutrina: a natureza jurídica do afeto. Parte da doutrina possui necessidade de tornar o afeto um princípio jurídico para justificar o abandono afetivo, afirmando que é um princípio constitucional implícito.

Com base nas teorias de Ronald Dworkin (2002, 2005, 2007) e Alexy (2011), traçou-se o que é um princípio jurídico, sendo considerada uma norma jurídica, passível de imposição e coerção judicial. Após, utilizando-se dos conhecimentos de Habermas (2003), tratou-se do valor, como algo que exprime a subjetividade de cada um, diferindo de pessoa para pessoa. Depreende-se que apesar do abandono afetivo ser algo triste e mau visto socialmente, o afeto é um valor moral, não podendo o judiciário tentar abarcar e tutelar algo que não é passível de imposição coercitiva, pois o princípio tem caráter normativo, algo que pode ser imposto e punido diante de sua inobservância, por estar enquadrado no mundo deôntico do dever-ser, enquanto os valores estão no mundo do ser.

Verificado o caráter moral do afeto, necessário analisar o tratamento que a responsabilidade civil dispensa ao abandono afetivo, com análise do ato ilícito, dano moral e o nexo de causalidade. Passando inicialmente, pela responsabilidade civil no direito de família, verificou-se a existência de três correntes: uma que aceita, uma que nega e uma que aceita em determinados casos a responsabilidade civil familiar.

Foram apresentadas, então, diversas situações em que já existe a aplicação da responsabilidade, como no caso de violação de algum direito de personalidade e algumas outras que tem pretensão doutrinária, como a indenização por danos morais pela ausência de pagamento da pensão alimentícia (Dimas Messias de

Carvalho, 2015); e a controvérsia existente entre doutrina e jurisprudência, sobre a possibilidade de aplicação nos casos de abandono afetivo.

Nesse ponto, foi analisado se o abandono afetivo constitui ato ilícito por descumprimento do dever de cuidado, concluindo-se que não é possível ao ordenamento jurídico tratar a ausência de um sentimento como passível de reprimenda legal e judicial. Além disso, constatou-se a grande dificuldade de provar o alegado dano, imputando-o única e exclusivamente, a conduta do pai.

Na análise da configuração do dano, constatou-se que muito dificilmente um profissional da psicologia conseguiria, por meio de um relatório, informar se o dano psicológico foi causado, única e exclusivamente, por ausência paterna; se este deixaria de existir se o genitor tivesse feito parte da vida da criança, dispensando-lhe afeto. Ademais, verificou-se que, para a psicologia, o que importa para a criança é o crescimento em ambiente afetivo, saudável, que possibilite o seu desenvolvimento, não importando se este é formado entre os pais biológicos, entre um pai e o filho, entre avós, tios, irmãos, famílias recompostas, entre tantas outras formações familiares.

A pesquisa ainda mostrou o posicionamento da psicologia ao enfrentar o assunto como Melvin Lewis (1995), restando claro, que apesar de triste e lamentável o abandono afetivo, o que a criança precisa para se desenvolver de forma saudável a sua personalidade é uma figura que represente a autoridade, o cuidado, o afeto que se espera da paternidade. Tal estado não deve, necessariamente, estar ligado ao vínculo biológico, podendo ser exercida por qualquer pessoa que conviva com a criança, desde apenas a mãe, na configuração da família monoparental, como um tio, avó, padrasto, irmão ou um terceiro responsável por ela.

Quando o abandono afetivo chegou ao Judiciário brasileiro, grande parte das decisões eram contra a judicialização do afeto, por ser um sentimento, livre e não coercitivo, não passível o seu tratamento como um ilícito cível. O REsp n. 1.159-242/SP, em

decisão proferida em 2012, aparentemente mudaria o panorama sobre o assunto, levando a crer a grande parte da doutrina, que o voto da Ministra Nancy Andrighi havia se tornado um marco no tratamento do abandono afetivo. Todavia, notou-se na pesquisa jurisprudencial apresentada, que em dois dos principais Tribunais do país, TJMG e TJRS, e no Superior Tribunal de Justiça, que as decisões não acompanharam o julgado. O afeto se manteve nesses tribunais como um valor moral, não foi elevado a princípio jurídico, nem tratado como ato ilícito, por descumprimento do dever de cuidado, não havendo respaldo legal do judiciário para impor um sentimento, não judicializando-o e nem monetarizando.

As decisões analisadas, com a cautela esperada do judiciário, buscaram o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil – o ato ilícito culposo, o dano e o nexo causal, reconhecendo em 66% a inexistência do dever de indenizar por ausência de prática de ato ilícito ou ausência de provas do alegado dano moral afetivo. Tendo ainda, 31% acolhido a prescrição e apenas 3% sido julgadas procedentes.

Em diversos julgados, os desembargadores esclareceram que, apesar do abandono afetivo ser algo triste, lamentável, trata-se de um fato da vida, não cabendo ao judiciário ingerir em assuntos tão íntimos. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana foi tratado em algumas decisões, importando argumentos no sentido que não deve ser fundamento para todas as mazelas que acometem o homem, devendo haver análise cuidadosa do caso concreto, sob pena de cometer injustiças.

No caso do abandono afetivo, a tentativa de monetarizar o afeto traz ainda consequências nefastas para um relacionamento frágil. Ademais, o objetivo maior de um processo judicial não será alcançado, que é o restabelecimento da paz social. O que poderá ocorrer é apenas uma compensação financeira, a emocional não será possível, pois o relacionamento que já era frágil, possivelmente deixará de existir. A monetária serve apenas como punição ao pai que não nutriu sentimentos afetuosos com o filho.

As diversas possibilidades de configuração familiar retratam o *mandamus* que vigora no Direito de Família como liberdade de se reunir com quem se sinta afetivamente ligado, sem a intervenção estatal na configuração familiar, por meio de imposição de condutas e moralidades.

Diante disso, um estado que buscou por meio da Constituição da República de 1988, tutelar direitos individuais, que protegeu toda e qualquer tipo de formação familiar, reconhecendo a existência de diversas organizações familiares, paternidades, vínculos advindos apenas do afeto sem relação biológica, não pode ser o mesmo que pretende condenar pais, por meio do judiciário a manifestar um sentimento que é livre e espontâneo.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, 2. ed., 4 tiragem.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família**. 2009. 226f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlvesLB_1.pdf>. Acesso em: 21 de ago. 2017.
- ALVES, Jones Figueirêdo e DELGADO, Mário Luiz: **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 confrontado com o Código Civil de 1916**. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2.
- BRAGANHOLA, Beatriz Helena. **Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade do Direito de Família brasileiro**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, vol. 28, p. 71, fev/mar. 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 14 fev. 2017.

- _____. **Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977.** Dá nova redação § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103919/emenda-constitucional-9-77>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. **Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010.** Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. **Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso: 02 de ago. 2017.
- _____. **Lei n. 833, de 21 de outubro de 1949.** Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%020883-1949?OpenDocument>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6515-26-dezembro-1977-366540-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. **Lei n. 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>. Acesso em: 14 fev. 2017.
- _____. **Lei n. 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>. Acesso em: 10 jul. 2017.

- _____. **Lei n. 10.741 de 01 de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.
- _____. **Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007.** Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. **Lei n. 11.698/08, de 13 de junho de 2008.** Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. **Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. **Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2017.
- _____. **Projeto de lei n. 700/2007.** Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>>. Acesso em: 21 de agosto de 2017.
- _____. **Projeto de Lei n. 4.294 de 2008.** Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 23 de ago. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 182.223/SP. Data da Decisão: 06/02/2002. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Dj. 07/04/2003. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13 de jul. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 730.546/MG. Rel.: Jorge Scartezini, dj.: 23/08/2005, Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 de ago. de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 932.692/DF. Rel^a Ministra Nancy Andrichi - Dje 18.12.2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso: 06/07/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.189.663/RS. Rel^a Min. Nancy Andrichi, 3^a T., J. 06.09.2011, Dje 15.09.2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07/08/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1159242/SP. Relator: Nancy Andrichi, Julgado em 24/04/2012a. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso: 24 de mar. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.298.576/RJ. Relator: Luis Felipe Salomão, Julgado em 21/08/2012b. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 06 de abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.557-978/DF. Relator: Moura Ribeiro, Julgado em 03/11/2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 06 de abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.493-125/SP. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 23/02/2016a. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível: www.stj.jus.br. Acesso em: 06 de abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 811.059/RS. Relator: Marco Aurélio Bellizze, Julgado em 17/05/2016b. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso: 06 de abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.618.230. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva - Dje 10.05.2017a. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 06 de jul. 2017.

- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.332-773/MS. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, d.j. 27/06/2017b. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso: 22 de ago. de 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REX n. 646.721. Rel. Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 de mai. 2017a.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REX n. 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 de mai. 2017b.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REX n. 898.060. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 de ago. 2017c.
- BEARD, Ruth M. **Como a criança pensa: A Psicologia de Piaget e Suas Aplicações Educacionais**. Ed. IBRASA. 1976.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4. ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1997.
- BOLLMANN, Vilian. **Aspectos da solidariedade como princípio fundamental da seguridade social**. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, v. 7, n. 73, mar. 2007. Disponível em: <<http://editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39591>>. Acesso: 17 ago. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 16 ed., 2005.
- CAMPOS, Erico Bruno Viana. **Afeto e representação nas origens da metapsicologia: uma leitura do Projeto de uma psicologia de Freud**. Psyche, (São Paulo), v.8, n.15, São Paulo dez. 2004. vol. 8, n.14, pp. 39-60. ISSN 1415-1138. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-11382004000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 02 de ago. 2017.
- CARVALHO, Dimas Messias de. Dano moral por inadimplemento alimentar. In. MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Editora: Atlas S.A., 2015.

CARVALHO NETO, Inácio. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**, Curitiba: Juruá, 2002.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**. Efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Christiano. Presunção de abandono afetivo pela não realização do registro de nascimento de maneira voluntária e o dano moral in re ipsa. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Editora: Atlas S.A., 2015.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, a. 9, n. 46, p. 14-21, fev./mar. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. rev. e ampli. São Paulo: Atlas, 2009.

CODO, W. Educação: carinho e trabalho. In: CODO, W. (Coord.) **Educação, Carinho e Trabalho**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.^[1]_{SEP}

CODO, W.; GAZZOTTI, A.A. Trabalho e afetividade. In: CODO, W. (Coord.) **Educação, Carinho e Trabalho**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.^[1]_{SEP}

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. **Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto – como e a quem indenizar a omissão do afeto? **Revista brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7, n. 32, out./nov. 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 9. ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOLLE, Jean-Marie. **Para além de Freud e Piaget**: referências para novas perspectivas em psicologia. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trabalho realizado com as investigações de L. H. Morgan. 6 ed. Tradução de Leonardo Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. “Direito Constitucional à família (ou famílias sociológicas x famílias reconhecidas pelo Direito: Um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional)”, in **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM-Síntese, vol. 23, p. 15, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Editora Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 6 ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014.

FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, a. 9, n. 1, p. 5-24, dez./jan. 2008.

- FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica dos Institutos do Casamento e do Divórcio**. In: Congresso Anual da Associação Mineira de Direito e Economia, 4., Anais..., Belo Horizonte: 2012. ^[1]_{SEP}
- FIUZA, César. **Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- FREUD, SIGMUND. **Sigmund Freud: Obras psicológicas**: antologia/organizada e comentada por Peter Gay. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1992.
- FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade biológica x paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n.13, abr-jun, 2002.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa. São Paulo: EDAMERIS, 2006.
- Gagliano, Pablo Stolze. A responsabilidade civil pela falsa imputação de paternidade. In. MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Editora: Atlas S.A., 2015.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008b.
- GENOFRE, Fabiano; LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Leis penais especiais anotadas**. 7TM ed. Campinas: Millenium Editora, 2005.
- GHILARDI, Dóris. **Afeto e Economia**: Reflexões sobre o duplo discurso no Direito de Família e a Aplicação da Análise Econômica. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica. 2015.
- GREEN, André. **O Discurso vivo**: a conceituação psicanalítica do afeto. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982.

GLOSBE. Dicionário Latim on-line. Disponível em: <<https://pt.glosbe.com/la/pt/affectus>> Acesso em 15 de ago. de 2017.

GLOSBE. Dicionário Latim on-line. Disponível em: <<https://pt.glosbe.com/la/pt/affectio>>. Acesso em: 15 de ago. de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice: BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010. p. 201-216.

GROENINGA, Giselle Câmara. “O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade”, *in Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

IMBASCIATI, Antonio. **Afeto e representação**: para uma análise dos processos cognitivos. São Paulo: Editora 34, 1998.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. **Vocabulário da psicanálise**. Tradução de Pedro Tamen. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEWIS, Melvin. **Tratado de psiquiatria da infância e da adolescência**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: O dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a velhice**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a Infância e a Adolescência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. – (Direito Civil).

_____, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 13 de ago. 2017.

_____, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____, Paulo. **Socioafetividade em família e a orientação do STJ**. Considerações em torno do REsp 709.608. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3760, 17 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25365>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias. In. MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Editora: Atlas, 2015.

MADALENO, Rafael. A responsabilidade civil pela ausência ou negligência nas visitas. In. MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Editora: Atlas, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Gen e Editora Forense, 2009.

MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**, Rio de Janeiro: Aide, 1999

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003.

- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0105.05.145297-4/001**. Rel. Gutemberg da M. e Silva. Belo Horizonte. D.p. 25/05/2012a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0637.10.008090-1/001**. Rel. Dárcio Lopardi Mendes. Belo Horizonte. D.p. 31/08/2012b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0702.11.013785-9/001**. Rel. Wanderley Paiva. Belo Horizonte. D. p. 15/03/2013a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0145.09.530503-6/001**. Rel. Geraldo Augusto. Belo Horizonte. D.p. 12/12/2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0194.09.099785-0/001**. Rel. Tiago Pinto. D.p. 18/02/2013c. Belo Horizonte. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 27 de mar. 2017.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0686.10.013945-6/001**. Rel. Márcia De Paoli Balbino. Belo Horizonte. D.p. 06/08/2013d. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 27 de mar. 2017.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0145.07.411698-2/001**. Rel. Carlos Levenhagen. Belo Horizonte. D.p. 23/01/2014a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0480.12.014687-7/001**. Rel. Versiani Penna. Belo Horizonte. D.p. 29/10/2014b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0628.13.001301-2/001**. Rel. Wanderley Paiva. Belo Horizonte. D.p. 29/04/2015a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0342.09.126869-4/001**. Rel. Paulo Balbino. Belo Horizonte. D.p. 19/05/2015b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. 18ª Câmara Cível. **AC n. 1.0692.12.001475-2/001**. Rel. Sérgio André da Fonseca Xavier. Belo Horizonte. D. p. 22/01/2016a. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC 1.0521.04.035405-7/002**. Rel. Otávio Portes. Belo Horizonte. D.p. 04/03/2016b. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso: 27 de mar. 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0515.11.003090-2/001**. Rel. João Cancio. Belo Horizonte. D.p. 17/03/2016. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso: 27 de mar. 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0313.13.011726-7/001**. Rel. Pedro Aleixo. D.p. 29/01/2016c. Belo Horizonte. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 27 de mar. 2017.

MIRANDA JÚNIOR, Hélio Cardoso. Direito de Família e Psicanálise: Um lugar para o sujeito entre a perícia e a clínica. In: BENFICA, Aline Guimarães (Org.). **Psicologia jurídica: ética, transmissão e política**. Rio de Janeiro: Imago, 2011. p.117-136.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. **Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas**. 2015, p. 1257-1274. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v35n4/1982-3703-pcp-35-4-1257.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MUSIC, Graham. **Conceitos da Psicanálise: Afetos e emoções**. Tradução Carlos Mendes Rosa. – Rio de Janeiro: Relume Dumará; São Paulo: Segmento-Duetto, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de Família contemporâneo**, Belo Horizonte: Del Rey, Coordenador PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 1997, Introdução.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste?. In: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago: 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PEREIRA, Tânia da Silva; MATHIAS COLTRO, Antônio Carlos; OLIVEIRA Guilherme de. **Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal** – 2016-2017 / organização Tânia da Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro, Guilherme de Oliveira. – São Paulo: Atlas, 2017.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. Orientações para elaboração de trabalhos científicos: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), a American Psychological Association (APA) e o Comitê Internacional de Editores de Revistas Médicas (VANCOUVER). Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <www.pucminas.br/biblioteca>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- PORFÍRIO, Danilo. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade**, Revista de Direito de Família e das Sucessões, vol. 3/2015, p. 39 /55, Abr./Mar, 2015, DTR\2015\2796.

POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC 70045051604**. Rel.: Ricardo M. Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 10/05/2012a. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70050203751**. Rel.: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre. Julgado em 22/11/2012b. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70044696359**. Rel.: Roberto C. Fraga. Porto Alegre. Julgado em 28/11/2012c. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70052059417**. Rel.: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre. Julgado em 07/02/2013a. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70053030284**. Rel.: Liselena S. Robles Ribeiro. Porto Alegre. Julgado em 07/02/2013b. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70055587992**. Relator: Sérgio Fernando de V. Chaves. Porto Alegre. Julgado em 28/08/2013c. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70054858345**. Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre. Julgado em 29/08/2013d. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70055097422**. Rel.: Jorge Luís Dall'agnol. Porto Alegre. Julgado em 27/09/2013e. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70056484413**. Relator: Sérgio Fernando de V. Chaves. Porto Alegre. Julgado em 23/10/2013f. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. **AC n. 70055772750**. Relator: Ricardo M. Lins Pastl. Julgado em 31/10/2013g. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. **AC n. 70051744407**. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre. Julgada em 28/08/2013h. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70056129950**. Rel.: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 14/11/2013i. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70057013567**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 12/12/2013j. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70056927221**. Relator: Jorge Luís Dall'agnol. Porto Alegre. Julgado em 18/12/2013l. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70060154150**. Relator: Liselena S. R. Ribeiro. Porto Alegre. Julgado em 02/07/2014a. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70058026790**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 20/03/2014b. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70056650260**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 24/04/2014c. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70056668197**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 24/04/2014d. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70061007886**. Relator: Jorge Luís Dall'agnol. Porto Alegre. Julgado em 24/04/2014e. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70061971735**. Relator: Liselena Schifino Robles R. Porto Alegre. Julgado em 18/11/2014f. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70061818605**. Relator: José Pedro de O. Eckert. Porto Alegre. Julgado em 12/02/2015a. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC 70063053136**. Rel.: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 09/04/2015b. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70062298476**. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre. Julgado em 09/04/2015c. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70061225074**. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre. Julgado em 09/04/2015d. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70063020002**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre. Julgado em 09/04/2015e. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70063635619**. Rel.: Jorge Luís Dall'agnol. Porto Alegre. Julgado em 27/05/2015f. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70063562151**. Relator: Luiz F. Brasil Santos. Porto Alegre. Julgado em 18/06/2015g. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70063526610**. Relator: Luiz F. Brasil Santos. Porto Alegre. Julgado em 18/06/2015h. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70064689896**. Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre. Julgado em 16/07/2015i. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70064744196**. Rel.: Felipe Brasil Santos. Porto Alegre. Julgado em 16/07/2015j. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70066058405**. Rel.: Felipe Brasil Santos. Porto Alegre. Julgado em 19/11/2015l. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70067498436**. Rel.: Alzir Liselena S. Robles Ribeiro. Porto Alegre. Julgado em 03/12/2015m. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70066828054**. Rel.: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 10/12/2015n. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70066805094**. Rel.: Rui Portanova. Porto Alegre. Julgado em 09/03/2016a. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70067282343**. Rel.: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 31/03/2016b. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70066932898**. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre. Julgado em 05/05/2016c. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70068932763**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 02/06/2016d. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70069788602**. Rel.: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 25/08/2016e. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70071387666**. Rel.: Liselena S. Robles Ribeiro. Porto Alegre. Julgado em 09/11/2016f. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70070694526**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. Julgado em 24/11/2016g. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **AC n. 70070724992**. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre. Julgado em 15/12/2016h. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista Interesse Público. São Paulo: Nota dez, a. 1, n. 4, 1999.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas**. Teoria sociojurídica do direito de família. 2. ed. São Paulo: Campus Jurídico, 2009.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da Vontade na Utilização das Técnicas de Reprodução Humana Assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 183-202.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6.

ROMEU JUNIOR, Tuma. **Lei da palmada: um tapa na cara da família brasileira!**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204630,41046- Lei+da+Palmada+um+tapa+na+cara+da+familia+brasileira>>. Acesso em 22 jun. 2017.^[1]_[2]

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, ano 11, n. 9, abr./mai. 2009. Porto Alegre: Magíster; Belo Horizonte: IBDFAM. p. 05-24.

RUBIN, Débora; TEIXEIRA, Paulo César. **Pelo direito de ser filho**. Revista Época, Rio de Janeiro, 6 de dez. 2004, p. 60-62.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**, São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**, Curitiba: Juruá, 2011.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 295.
- SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile em droit français*, 2. ed. v. 1. LGDJ, 1951, *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 19. ed. rev. e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Claudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 122/147, ago./set. 2004.
- SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SZTAJN, Raquel. **Direito de Família: Notas de análise Econômica**. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio, 2., 2000, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG; Del Rey, 2000. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 30 ago. 2017.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TARTUCE, Flávio. **Da Indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acesso em 27 de jul. 2017.

TARTUCE, Flávio. Danos Morais por Abandono Moral. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magíster; Belo Horizonte: IBDFAM, a. 10, n. 7, p.100- 115, dez./jan. 2009.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 35-51.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TENDLARZ, Sílvia Elena. **De que sofrem as crianças?**. Editora Sette Letras Ltda., 1996.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**. Revista de Direito do Estado, v. 2, n. 07, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2011.

UNESCO, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso: 27 de jul. 2017.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**, Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, 2008. p. 453-484.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono Afetivo Inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 13, p. 95-122, set./dez. 2016.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais**. Âmbito jurídico, Rio Grande, v. 16, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913>. Acesso em: 24 jul. 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida; SIQUEIRA, Silvana Martins. **A Análise da Obrigação de Indenizar em Casos de Abandono Afetivo nas Relações Paterno-Filiais.** Família/2016/Nº 96 - Jun-Jul 2016/Parte Geral/Doutrinas. Disponível em: <<http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templatessfn=default.htm&vid=BDR:SP2>>. Acesso em: 06/08/2017.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar** - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Autonomia familiar e proteção aos direitos da criança e do adolescente:** considerações sobre situação de risco e a atuação do Conselho Tutelar. Disponível em: <https://www.academia.edu/34066836/Autonomia_familiar_e_proteção_aos_direitos_da_criança_e_do_adolescente_considerações_sobre_situação_de_risco_e_a_atuação_do_Conselho_Tutelar>. Acesso em: 21 de ago. de 2017.

VILLELA, João Batista, Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** Belo Horizonte: s/e, ano XXVII, n. 21, 1979. Texto: “As novas relações de família”.

XAVIER, Débora Cristina Mota Buere. **A extensão do direito de visita com base no afeto:** dignidade da pessoa humana e garantia de convivência familiar. 2008. 103f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Programa de Pós Graduação em Direito, Rio de Janeiro.