

**O PRINCÍPIO JURÍDICO DO AFETO E O DEVER DE INDENIZAR
O ABANDONO AFETIVO**

**THE PRINCIPLE OF LEGAL DUTY TO INDEMNIFY AND AFFECTION
THE EMOTIONAL DISTANCE**

Alexia Brotto Cessetti

Advogada

Professora de Processo Civil da FESP/PR

Mestre em Direito Econômico e Socioambiental (PUC/PR)

Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo (PUC/PR)

Membro da Comissão de Estágio e Exame de Ordem – OAB-PR

alexia@fesppr.br

Anna Paula Muggiati Calmon de Passos

Acadêmica do Curso de Direito da FESP/PR

Bacharel em Administração de Empresas (FESP/PR)

annamuggiati@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem a intenção de abordar o princípio da afetividade e a sua exigibilidade nas relações familiares. Para tanto, inicia pelo estudo das transformações ocorridas na sociedade e suas implicações no ordenamento jurídico. Dentre essas modificações, acentua-se a nova feição da família constitucionalizada no que se refere às suas mais diversas formas de estruturação. Faz-se, ainda, uma análise interdisciplinar do princípio jurídico da afetividade, percorrendo-se acerca do afeto como elemento fundamental para o integral desenvolvimento do ser humano, com o objetivo de demonstrar como a ausência desse elemento pode prejudicar o desenvolvimento do indivíduo. Por fim, busca-se demonstrar a ênfase que vem sido dispensada ao princípio da afetividade e em que circunstâncias tal princípio é invocado pelo Direito de Família no que tange à sua exigibilidade. Em uma análise dialética, portanto, traz-se à baila a questão da alienação parental como elemento que se contrapõe à efetividade do princípio jurídico do afeto, levando-se em conta que o afastamento dos filhos de seus genitores leva à privação do convívio afetivo e solidário que deve permear as famílias, ainda que desconstituídas.

Palavras-chave: Família; Princípio jurídico da afetividade; Dever de indenizar no abandono afetivo.

ABSTRACT

This research is intended to study the principle of affectivity and its enforceability in family relationships. To do so, the first step was to study the changes occurring in society and their implications in the legal system. Among these changes, the emphasis is on the new feature of constitutionalized families in relation to their various forms of structuring. By doing an interdisciplinary analysis of the legal principle of affection, in which has been faced love as a fundamental element for the integral development of human beings, the aim was to

demonstrate how the absence of this element can hinder the development of an individual. Finally, it has been showed the emphasis given to the principle of affection and under what circumstances such a principle is invoked by the Family Law in relation to its enforceability. Therefore, in a dialectical analysis it has been brought the issue of parental alienation as an element which opposes the effectiveness of the legal principle of affection, taking into account that the removal of children from their parents leads to the deprivation of an affectionate and solidary relationship, the one that must permeate families, although deconstituted.

Keywords: Family; Legal principle of affection; Duty to indemnify the emotional distance.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os movimentos sociais observados na vida contemporânea indicam a contínua necessidade do reajustamento do Direito em geral e, em especial, do Direito Civil, como regulador das relações entre particulares.

Buscando atender às aspirações da sociedade brasileira, as disposições inseridas na Constituição Federal de 1988 vieram alterar qualitativamente o conteúdo das categorias envolvidas pelo Direito Civil. A nova Carta Constitucional passou a recepcionar temas que na dicotomia tradicional compreendiam o Código Civil, provocando alterações fundamentais no sistema de Direito Civil clássico.

Da mesma forma que em outros institutos, também o Direito de Família sofre a ingerência estatal, sugerindo uma organização familiar diversa da matrimonializada, vindo ao encontro da realidade social.

A partir desta constatação, o objetivo deste trabalho é analisar as transformações que se processaram nas agregações familiares e, conseqüentemente, no Direito de Família, com foco no princípio da afetividade.

Assim, em primeiro plano, essas transformações são estudadas a partir da Constituição Federal de 1988 a fim de se verificar a maneira pela qual seus dispositivos se irradiaram para a codificação civil, em especial para o Direito de Família. Essa análise se inicia a partir do advento do Estado Social, cujas características se projetam na Carta Magna de 1988 e, de conseqüência, na família.

Inicia-se, então, o estudo sobre os elementos estruturais da família hodierna objetivando focalizar o afeto como um desses elementos. Nesta seara, utiliza-se de um estudo interdisciplinar com base na antropologia e na psicanálise, a fim de demonstrar a importância do afeto para o desenvolvimento da personalidade do ser humano.

Neste rumo, os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana vêm como fundamento primeiro da existência do afeto nas relações familiares.

Partindo do pressuposto de que o afeto é um elemento essencial para todo e qualquer ser humano, busca-se verificar a sua exigibilidade pelo ordenamento jurídico, analisando-se os pressupostos da responsabilidade civil e seus desdobramentos.

Nesta linha, levantam-se as questões referentes à responsabilidade civil pelo abandono afetivo, sem a intenção de exaurir o tema, traçando-se a linha de entendimento da doutrina, leis e jurisprudências voltadas a esta questão. Logo, os diplomas legais que reflitam o tema serão colacionados, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de determinados institutos que digam respeito ao Direito de Família e à Responsabilidade Civil.

O intuito é trazer à tona a responsabilidade civil das pessoas envolvidas na relação familiar por força da responsabilidade de ordem moral, além da material, face à possibilidade de danos de ordem subjetiva, restando caracterizada a violação ao ordenamento jurídico vigente.

A análise da alienação parental soma-se ao tema por se entender que a relação de afeto entre pais e filhos é obstaculizada pela interferência de terceiros, ou mesmo de um dos genitores, na manutenção dos vínculos paterno-filiais, prejudicando o ideal desenvolvimento da personalidade da criança, o que está intimamente ligado ao afeto. Assim, também essa questão vem a ser mencionada pelo estudo de sua origem, a sua abrangência e as consequências advindas da dissolução das famílias, seguindo os parâmetros da Lei 12.318/2010.

A atividade acadêmica torna-se, assim, o veículo introdutor da análise direcionada à efetividade do Direito nas questões de ordem subjetiva, no caso o afeto e a alienação parental, oportunizando a discussão sobre a responsabilidade civil pelo abandono afetivo e do dano moral decorrente da alienação parental. Justifica-se assim, este estudo, como um passo a mais na construção de uma sociedade que objetiva a dignidade da pessoa humana, pautada no pleno desenvolvimento da sua personalidade.

2. O AFETO ENQUANTO PRINCÍPIO JURÍDICO

O paradigma tradicional imposto pelo Código Civil de 1916 consagrava a família fundada no matrimônio. Sob a ótica de Ana Carla Harmatiuk Matos, essa característica imprimia à família um valor, pelo que era considerada legítima. A imposição dessa

formalidade não permitia que outras formas de união que não aquela disposta no Código fossem definidas como família.¹

Sílvia Rodrigues faz uma análise cronológica sobre o casamento, ressaltando que o Código de 1916 foi elaborado num contexto patriarcal onde o homem ficava em posição hierarquicamente superior à mulher, que era considerada relativamente incapaz para determinados atos da vida civil. Sob forte influência da Igreja, o conservadorismo registrado no século XIX manteve-se no Código Civil de 1916 também no que dizia respeito às famílias e filhos considerados ilegítimos, fazendo-se pouquíssimas referências a essas situações (artigos 148, inciso IV, 1.117 e 1.719, inciso II, Código Civil/1916), demonstrando a visível intenção de tutelar tão somente a família legítima, sem reconhecer as situações de fato.²

Nesse período em que se fez do casamento uma instituição juridicamente indissolúvel, as situações de fato indicavam que muitos casamentos deixavam de existir, gerando uma situação que ficava à margem da legalização. Mesmo com a previsão do desquite como tentativa de contornar o que já se tornava comum no meio social, a dissolução efetiva do casamento só ocorria com a morte de um dos cônjuges.³

A situação dos indivíduos separados de fato há mais de 5 anos pôde ser regularizada com o advento da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), desde que cumpridos todos os requisitos legais pautados nesse diploma legal, permitindo a essas pessoas a plena retomada de suas vidas.⁴

Por essa razão, Sílvio de Salvo Venosa comenta que foi a sociedade em si que determinou o momento histórico que definiu o casamento como uma regra a ser cumprida. Desta forma, qualquer outro tipo de união que não se amoldasse às formalidades do casamento, causava uma situação constrangedora, dificultada na seara jurídica. Porém, tanto o casamento como outros conceitos de uniões, que podem se efetivar nas mais variadas formas, exigem a análise dos elementos que o constituem.⁵

O legislador do Código Civil de 1916, portanto, mais que uma função normativa, cumpriu uma função valorativa. Compreende-se, então, que as transformações sociais refletidas nos valores adotados pelo Estado Social e que passa a regulamentar a vida privada,

¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 32.

² RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.

³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.

⁴ Ibidem, p. 22.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 54-55.

conduziram a uma alteração qualitativa do conteúdo das instituições jurídicas, entre elas a família.

A Constituição Federal, de cunho altamente axiológico, promove um movimento de ruptura com os tradicionais conceitos do anterior Código Civil, abolindo o arcaísmo do sistema patriarcal e matrimonial e vindo ao encontro das aspirações sociais. Este movimento se estende sobre todo o ordenamento jurídico, alcançando o Código Civil de 2002, que assimila os valores impostos pela Carta Magna.

Sobre as transformações observadas e que repercutiram nas relações familiares, Fernanda de Almeida Brito discorre sobre o reconhecimento do concubinato como entidade familiar e as discussões acerca das relações homossexuais. Também se refere às alterações pontuais havidas antes do advento da Constituição Federal de 1988, citando a Emenda Constitucional nº 9, de 1977, que instituiu o divórcio como um dos meios de extinção do casamento. Assinala que, com o advento desta lei, o casamento deixou de possuir a característica da indissolubilidade, possibilitando aos cônjuges a separação, caso a vida em comum se torne insuportável. Em consequência, os filhos têm a possibilidade de permanecer sob a guarda de um dos genitores, sendo que pai e filho(s) ou mãe e filho(s) irão constituir uma nova família.⁶

Sob a ótica de Gustavo Almeida Tepedino, o atual Texto Maior surgiu como um centro reunificador do direito privado, pois as relações jurídicas entre os particulares já não mais encontravam, no Código Civil e nas leis civis especiais, as soluções adequadas para as diversas questões suscitadas.⁷

Vindo ao encontro dessa importante constatação, Orlando Gomes observa que o Código Civil “foi o estatuto orgânico da vida privada, [...]. Não é mais. Aos olhos vistos perdeu a generalidade e a completude”.⁸ A grande quantidade de leis especiais ou extravagantes não demonstra tão somente a defasagem histórica do Código Civil.⁹ O conteúdo das leis que esvaziam a codificação civil é pertinente aos institutos codificados e à matéria do direito privado, alcançando um número elevado de destinatários, não lhes cabendo, portanto, a

⁶ BRITO, Fernanda Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: RT, 2000. p. 24.

⁷ TEPEDINO, Gustavo Almeida. Disciplina civil-constitucional das relações de família. In: BARRETO, Viviane. (Coord.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 48.

⁸ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 70-71.

⁹ O autor refere-se ao Código Civil de 1916. Ressalte-se, no entanto, que o Código Civil atual pode ser analisado da mesma forma, considerando-se que o Direito Civil encontra-se “repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil”. Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Op. cit., p. 8.

denominação utilizada. Na verdade, os microsistemas legislativos representam a impossibilidade de se transpor para um Código a instabilidade dos movimentos sociais.¹⁰

Todos esses aspectos ressaltam a importância de se ter a Constituição Federal como um centro reunificador do direito privado. A Carta Magna de 1988, por ocasião de sua promulgação, encontrou uma série de normas vigentes a regulamentar as relações de família, normas ainda condizentes a um modelo diverso daquele afirmado pela ordem constitucional, impondo uma releitura de todos os setores do Direito Civil em ressonância com os princípios constitucionais.

É possível afirmar, então, que a Constituição Federal de 1988, ao dispor no parágrafo 4º do artigo 226 que, *in verbis*: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, além da união estável, posiciona a família acima do vínculo jurídico. Protege, como ensina Francisco Muniz, a formação social que apresenta:

[...] as condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos, apreendendo a noção social de família e sendo que, diante de tal variedade, torna-se impossível conceituá-la juridicamente.¹¹

Logo, de acordo com o conteúdo anteriormente analisado, pode-se verificar que a família contemporânea tem como elemento primordial o indivíduo que a compõe, a vivenciar, neste núcleo, os sentimentos essenciais à sua estabilidade emocional e ao desenvolvimento da sua personalidade. Esta é a principal razão pela qual se enfrenta a dificuldade de conceituá-la juridicamente, uma vez que tais aspectos se sobrepõem à formalidade.

As relações familiares e as diversas formas de constituição do núcleo familiar vêm sofrendo inúmeras alterações, em um contínuo vir a ser, de acordo com as flutuações do comportamento humano em seu meio social, no tempo e no espaço.

A dinâmica que se processa em função dos avanços tecnológicos e com a celeridade das comunicações, flexibilizando o pensamento humano, permite que se detectem famílias de estruturas diversas. As uniões podem ser traduzidas sob os mais variados ângulos, tais como as relacionadas por Rainer Czajkowski como o concubinato, família de fato, casamento de

¹⁰ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 70-71.

¹¹ MUNIZ, Francisco J. F. O direito de família na solução dos litígios. Conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, Belo Horizonte, 14-16 de novembro de 1991. p 06-07 apud CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 31.

fato, família não formal, união livre, união estável, companheirismo, família extrapatrimonial, família não fundada no casamento, entre outras.¹²

Com base em um estudo interdisciplinar, Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que as alterações na estrutura da família e nos ordenamentos em geral são o resultado dos movimentos políticos e sociais do século XX e do fenômeno da globalização, mas com raízes que se prendem à Revolução Industrial e à Revolução Francesa. A primeira culminou com a divisão sexual do trabalho e a segunda, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.¹³

Os novos ideais que surgiram a partir dessas mudanças levaram ao declínio do patriarcalismo e fizeram aflorar a noção da dignidade da pessoa humana, que passou a compor a estrutura principiológica de todas as Constituições democráticas, em face da Declaração dos Direitos Humanos promulgada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948.

Conforme o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira é pelo ângulo dos Direitos Humanos que se deve pensar, contemporaneamente, o Direito de Família, por serem aqueles direitos indissociáveis da democracia e da cidadania, palavra de ordem na atualidade. Associando todos esses elementos, o doutrinador explica:

Cidadania significa não-exclusão. É, portanto, a inserção das várias representações sociais da família, da valorização do Sujeito de Direito em seu sentido mais profundo e ético. É a inclusão e a consideração das diferenças como imperativo da democracia. O direito, ideologicamente, vai incluindo ou excluindo pessoas do laço social. Não podemos permitir que a história das exclusões se repita, ou resista. Por exemplo, no Brasil, até 1888, os negros não eram Sujeitos de Direito; as mulheres, até 1932, não podiam votar e só foram consideradas juridicamente capazes em 1962; os filhos havidos fora do casamento, além de receberem o selo de ilegítimos, não podiam ser reconhecidos na ordem jurídica; as famílias sem a formalidade do casamento civil não eram legitimadas/ reconhecidas pelo Estado. A história do Direito de Família no Brasil, e em quase todos os ordenamentos jurídicos, é marcada por vários registros de exclusão. Não podemos dar as costas à História, sob pena de continuarmos perpetuando injustiças.¹⁴

¹² CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96. Curitiba: Juruá, 1997. p. 39.

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família, Direitos Humanos e Inclusão social**. Palestra proferida na 11 World Conference the International Society of Family Law, numa viagem de navio, de Copenhagem para Oslo, 3 de agosto de 2002. In: _____. (Coord.). **Direito de família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 155.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família, Direitos Humanos e Inclusão social**. Palestra proferida na 11 World Conference the International Society of Family Law, numa viagem de navio, de Copenhagem para Oslo, 3 de agosto de 2002. In: _____. (Coord.). **Direito de família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 155.

De tais colocações é possível se depreender que no contexto dos ideais de liberdade consolidados por ocasião da Declaração Universal dos Direitos Humanos, está inserida a liberdade das pessoas de escolherem outras formas diversas de constituição de família, além daquelas traduzidas em uma sequência codificada.

Face à tendência mundial de se legitimar e reconhecer as várias representações sociais da família, o autor assevera que:

[...] associada aos ideais de liberdade dos sujeitos, em todos os seus sentidos, está a necessidade de buscarmos um conceito de família que esteja acima de conceitos morais, muitas vezes estigmatizantes. Assim, devemos buscar um conceito de família que possa ser pensado e entendido em qualquer tempo ou espaço, já que a família sempre foi, é e sempre será a célula básica da sociedade.¹⁵

Para tanto, o doutrinador sugere uma análise dialética do Direito de Família com a antropologia e a psicanálise, afirmando que, mesmo existindo toda a variedade e diversidade de cultura, credo, religião e valores morais, é possível estabelecer um conceito universal de família.

Utilizando-se desse prisma dialético, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que é possível dizer que a família é uma estruturação psíquica, e que essa estruturação familiar existe antes e acima do Direito que a vem regulando e legislando. Esta constante regulação tem “o intuito de mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão [...] e trabalhar na construção de si mesmo, ou seja, na estruturação do ser-sujeito e das relações interpessoais e sociais, que possibilitam a existência dos ordenamentos jurídicos”.¹⁶

Por outro lado, do ponto de vista de Paulo Luiz Netto Lôbo, ainda antes da Constituição Federal de 1988, a família não se resumia à constituída pelo casamento, se analisada na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, considerando-se que não havia um modelo legal, entendido como um entre outros.¹⁷

Da mesma forma, Carlos Alberto Bittar leciona que a partir dos novos aspectos constitucionais, conceitual e normativo, se imprimiram novas feições à organização familiar

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família, Direitos Humanos e Inclusão social**. Palestra proferida na 11 World Conference the International Society of Family Law, numa viagem de navio, de Copenhagem para Oslo, 3 de agosto de 2002. In: _____. (Coord.). **Direito de família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 157-158.

¹⁶ Idem.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

no Brasil, acrescentando que o sistema jurídico correspondente pode distribuir-se em regimes diversos.

Nessa mesma linha discorre Rosana Amaral Girardi Fachin sobre a impossibilidade de se adotarem protótipos previamente definidos para o desenrolar da vida em família, pois sua importância reside na estrutura particular a cada uma, o que se sobrepõe às formalidades:

[...] A vida em família não se resume ao formalismo: explica-se e encontra sua razão de ser na ausência de modelos prévios e fechados. Família e casamento não são mais sinônimos: a partir do momento que considerarmos a família como estrutura, veremos que a sua importância está antes e acima das normas que determinam sobre as formalidades de um casamento, noções equivocadas daqueles que afirmam que esta é constituída pelo casamento quando, na verdade, é apenas uma das formas de sua constituição.¹⁸

Assim, a partir dos estudos trazidos para a análise das questões relativas à evolução e importância do conceito contemporâneo de família, bem como da consequente diversidade nas formas de sua constituição, pode-se afirmar que se trata de uma instituição que está, *in núcleo*, fora do alcance do direito, por implicar a subjetividade dos seus membros, por se tratar de uma estrutura psíquica e também, e principalmente, por ter a sua existência condicionada à de seus membros – e não o contrário, como na família codificada – em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Desse princípio, de importante relevo, insculpido como um dos princípios fundantes da República (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal) na Constituição Federal de 1988, se infere ser o indivíduo o centro da tutela jurídica, acima do ranço patrimonialista característico da codificação brasileira.

Pode-se dizer, que nos dias atuais o conceito de família passou a encerrar um verdadeiro conteúdo axiológico, incomparavelmente superior aos falsos conteúdos morais do século XIX, pois hoje, em meio ao núcleo social familiar prevalece a dignidade da pessoa humana, independentemente das formalidades matrimoniais, nas chamadas entidades familiares.

Tais reflexões permitem que se avance na compreensão do alcance das transformações havidas a partir do artigo 226 e seus parágrafos, entre estes agora se

¹⁸ FACHIN, Rosana Amaral Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 126.

destacando o § 8º, que assegura a assistência estatal à família na pessoa de cada um de seus integrantes, corroborando a visão geral da doutrina no que tange à nova visão sobre a família contemporânea. Outro destaque há de ser feito ao § 7º, do mesmo dispositivo legal, que se refere à paternidade responsável. É que as mudanças analisadas e que se refletem na seara jurídica da família se estendem à filiação, tema ao qual se aplica diretamente a questão da afetividade.

No modelo de família hodierna, os filhos deixaram de ser discriminados e adquiriram igualdade, independente do tipo de relação de que advêm, se da relação de casamento, adoção ou procriação artificial. Da mesma forma se dão os direitos relativos à guarda dos filhos após o divórcio. Conforme argumenta Rodrigo da Cunha Pereira, esta igualdade, vista pela ótica da filiação, foi “imposta pouco a pouco aos ordenamentos jurídicos como consequência geral e universal da igualdade de direitos e de cidadania, declarada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas”.¹⁹

O Código Civil de 2002, no artigo 1.596, consagrou a filiação socioafetiva e encerrou o paradigma da legitimidade do Código anterior, que estabelecia a relação entre filiação legítima e biológica. Vale dizer que os filhos legítimos eram biológicos, mas os filhos biológicos nascidos fora da família matrimonializada não eram considerados legítimos. O paradigma atual distingue entre paternidade e genética, e expandiu o conceito de filiação abrangendo os filhos advindos seja de adoção, inseminação artificial heteróloga ou da posse de estado de filiação.²⁰

Nessa linha de raciocínio, Paulo Luiz Netto Lôbo distingue a filiação genética da socioafetiva, classificando-as segundo a sua natureza jurídica, conforme se depreende de sua explanação:

O estado de filiação, decorrente da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família, e a segunda, de direito da personalidade.²¹

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 160-161.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.** Brasília: n. 34, jul./set. 2006. p.17.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética.** Op. Cit., p. 53.

O autor afirma que, quando utilizada para a determinação da maternidade ou paternidade não constituída por adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado de filiação, a ordem biológica assume importante papel no Direito de Família. O estado de filiação é um direito inalienável da pessoa. Ressalta, porém, que a tutela do direito da personalidade não implica, necessariamente, na investigação da paternidade. Diferencia, portanto, da tutela do direito ao conhecimento da origem genética, enfatizando que este último se constitui garantia do primeiro:

As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpretam. Para garantir a tutela do direito da personalidade, não é necessário investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é a garantia do direito da personalidade, na espécie, direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos, para prevenção da própria vida. Não há necessidade de atribuição de paternidade para o exercício do direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou concebido por inseminação artificial heteróloga. Exemplos como esses demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação de paternidade com direito à origem genética.²²

O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco estabelecida entre o filho, que é titular do estado de filiação, e o pai que o registrou, titular da paternidade. A legislação brasileira, no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil de 2002, prevê quatro tipos de filiação, decorrentes das seguintes origens: a) por consanguinidade; b) adoção; c) inseminação artificial heteróloga; d) posse do estado de filiação.²³

No Código Civil Brasileiro a posse de estado de filho está tutelada no artigo 1.605. No entanto, não dispõe de forma explicativa sobre as espécies de presunção de tal *status*. Nesta seara, é possível observar-se que a noção de socioafetividade se interliga com a noção de *posse de estado* de filho que deve reunir os três requisitos observados na lei francesa: a) *nomen*, quando a pessoa porta o nome de seus pais; b) *tractu*, quando a pessoa é tratada por filho pelos seus pais; e c) *fama*, quando é reconhecida socialmente como filho daqueles pais.²⁴

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética**. Op. Cit., p. 53.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real**. Op. Cit., p. 16.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética**. Op. Cit., p. 49.

Assim, a descendência sócio-afetiva surge em paralelo à descendência genética, único dado considerado, anteriormente, pelo ordenamento jurídico para, em razão disso, recolher sob seu manto protetor o filho portador do liame biológico com aqueles que o conceberam.

Segundo o pensamento de Luiz Edson Fachin, “a filiação socioafetiva se constrói, é mais uma distinção entre o virtual e o real. A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação, elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável”.²⁵

Observa-se, que o estabelecimento da paternidade é uma questão muito mais complexa que a questão biológica. O ato de registrar a paternidade em cartório, assumindo seus efeitos, não significa seu pleno exercício, mas tão somente a paternidade jurídica.²⁶

Por essa razão, Rodrigo da Cunha Pereira critica o surgimento da Lei 8.560/92 com o objetivo de promover a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Essa lei determina que, a partir da sua promulgação, se proceda a averiguação da paternidade das pessoas em cujo registro de nascimento não conste o nome do genitor, provocando intensa polêmica quanto à competência do Ministério Público para provocar tal ação. Para o jurista, visualiza-se nesta lei aspectos de intervenção excessiva na vida privada dos cidadãos, considerando-se que “há mulheres que não querem ou não podem dizer o nome do suposto genitor”, além de se poder argumentar que o direito de averiguação cabe ao filho, como direito indisponível, e não à mãe.²⁷

Logo, a filiação já não está enraizada tão somente no matrimônio, podendo ser vista por diversos aspectos, constatando-se por laços sanguíneos, por meio da presunção *pater is est* e, atualmente, pelos laços afetivos.²⁸ Renata Nepomuceno e Cysne enfatiza que:

O ideal é que esses aspectos estejam unidos na atribuição da paternidade, no entanto, isso nem sempre acontece, já que, às vezes, o pai biológico não é o mesmo pai socioafetivo e quando essa diversidade se instala, deve-se atribuir a paternidade a um pai em desfavor de outro. A filiação, deste modo, não pode ser determinada por um único fator, deve haver o estudo de um conjunto de aspectos para que a paternidade seja definida.²⁹

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **A Paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 59.

²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 162.

²⁷ *Ibidem*, p. 161.

²⁸ CYSNE, Renata Nepomuceno e. Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DA LUZ, Antônio Fernandes da. (Coords.). [et al]. **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 191.

²⁹ *Ibidem*, p. 191-192.

Por sua vez, Fátima Nancy Andrigui e Cátia Denise Gress Krüger afirmam que a família, em todos os tempos e especialmente na atualidade, tem como elemento primordial a afetividade, o que a diferencia de outros grupos sociais. Este elemento “tem orientado decisões e firmado posições no universo jurídico-familiar, não se podendo falar de filiação ou de paternidade/maternidade se o afeto não estiver presente como termo de ligação entre pais e filhos, vale dizer, em reciprocidade”.³⁰

É com esse sentido, então, que Luiz Edson Fachin afirma que a paternidade socioafetiva “é fruto de um querer: ser pai, desejo que se põe na via do querer ser filho; desse desejo ela nasce e frutifica o que nenhum gene dispensa, mas que por si só pode não explicar. Se andam juntas, completam-se. Se dissociadas, podem se contrapor”.³¹

Todos esses novos matizes da família brasileira hodierna advêm da opção do constituinte por construir um sistema de tutela da personalidade humana, alicerçando o direito geral de personalidade a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e de alguns outros princípios constitucionais fundamentais, espalhados em vários títulos, que asseguram o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.³²

Os princípios e valores constitucionais se irradiam sobre a codificação civil, processando um movimento de personalização do direito, cujo eixo de sustentação é a dignidade da pessoa humana. A família, hoje, pode ser vista como o ambiente em que os indivíduos encontram condições para o desenvolvimento de seus potenciais, um lugar de afeto e compreensão, e só por isso se justifica. Não há como privilegiar a família em detrimento dos familiares. Este é o entendimento de Ana Carla Harmatiuk Matos:

A repersonalização das relações familiares significaria sair daquela idéia de patrimônio como orientador da família, onde essa se forma pela afetividade e não mais exclusivamente pelo vínculo jurídico-formal que une as pessoas. Deve o Direito Civil cumprir o seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes da pessoa humana – colocar o homem no centro das relações civilísticas. E, gravitando o Direito Civil em torno da pessoa, não há lugar para concepções excludentes de determinados sujeitos de tutela jurídica ou atribuidoras de um tratamento jurídico inferior a eles – já não há espaço para as discriminações de gênero. Um das consequências práticas da repersonalização vem a ser a nova concepção de família, espelhando a

³⁰ ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre socioafetividade e a identidade biológica – uma reflexão. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DA LUZ, Antônio Fernandes da; [et al]. (Coords.). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 83.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 59.

³² SZANIAWSKI, Elimar. Da cláusula geral de tutela da personalidade na Constituição do Brasil. In: _____. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 71.

idéia básica da família eudomonista, ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõem.³³

Diante do novo contexto principiológico, a família passa a ser o núcleo de maior incidência do princípio da dignidade humana, posto tratar-se de uma estrutura que objetiva o pleno desenvolvimento da pessoa, com base nos ideais pluralistas.

Dentre os princípios que iluminam as entidades familiares, o princípio jurídico do afeto vem marcar a passagem da ênfase impressa à consanguinidade para o fato cultural da afinidade. A solidariedade mútua é o principal sustentáculo da família atual, como detecta Paulo Luiz Netto Lôbo:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e primazia atribuída ao afeto, deixou de ser a sua finalidade precípua.³⁴

O afeto familiar, seja conjugal ou parental, é elemento fundamental para o surgimento de uma entidade familiar. Sérgio Resende de Barros assevera que, mesmo afastadas pela idade ou distância física, as pessoas se enlaçam e se comunicam permanecendo unidas “[...] por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam”.³⁵

O princípio da afetividade não se encontra de forma explícita na Constituição Federal, mas sua essencialidade pode ser encontrada em todos os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, também, que como princípio jurídico não se confunde com o afeto psicológico, como se depreende das lições de Paulo Luiz Netto Lôbo:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida

³³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 104-105.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: v. 6, n. 24, p. 155, jun/jul. 2004.

³⁵ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide quando houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo “o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções”.³⁶

Por conseguinte, o Direito não pode apreender o fenômeno da afetividade da mesma forma abrangente que o faz a Psicologia pelo que recorta os fatos da vida em que deve incidir a norma jurídica.

Para Rodrigo da Cunha Pereira é na parentalidade afetiva que se observa uma das mais relevantes consequências do princípio da afetividade, abrangendo os filhos de criação e garantindo as funções parentais que não se fundam tão somente na similitude genética, mas no cuidado e na atenção dispensados aos filhos. Remata o autor salientando que a procriação, por si só, não implica no serviço e no amor que revestem a paternidade. A verdadeira experiência da paternidade, da maternidade ou da filiação não é garantida pela ascendência genética por tratar-se de uma construção que transcende a semelhança entre os genes. Há que se preencher, no imaginário de cada membro familiar, o lugar simbólico de pai e de mãe o que não se atinge, simplesmente, com a presença de um ou de outro, mas com o efetivo cumprimento das referidas funções para a saudável estruturação biopsíquica de cada elemento que compõe a família.³⁷

Nesta linha de entendimento, é importante ressaltar a jurisprudência pioneira do Tribunal de Justiça do Paraná, na decisão do Desembargador Accácio Cambi, com o seguinte aresto:

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade. In: _____. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.

³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 184.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira”, isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento da realização do ser humano; aniquilar a pessoa apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do apelado.³⁸

Na mesma entoação Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que não há como fazer coincidir a filiação com a origem genética, sob pena de transformar aquela, tida como fato cultural e social, em determinismo biológico. Vista desta forma, não se contemplaria na filiação as suas determinantes dimensões existenciais, pelo que impor a filiação por mera ascendência genética pode ser a pior solução. [...] “A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”.³⁹

Para Rodrigo da Cunha Pereira, não se trata de uma ordem jurídica obrigando a amar, mas de um imperativo que crie a possibilidade de construção do afeto, o que apenas é possível na convivência e na proximidade que estruturam e instalam a referência paterna.⁴⁰

Por sua vez, Paulo Luiz Netto Lôbo indica a afetividade como a força determinante da estabilidade das relações familiares sendo que, na atualidade, muitas vezes se torna desnecessária a intervenção do legislador, o que indica o afeto como a melhor solução para os conflitos em família. Quanto menor a intervenção, tanto melhor, sendo que a incidência da intervenção legislativa se deve dar quando vier a fortalecer a afetividade, como explica:

³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Apelação Cível n. 108.417-9, 2. Câmara Cível, Relator Desembargador Accácio Cambi, v.u., j. 12. dez. 2001.

³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade**. Op. cit., p. 49.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Op. cit., p. 188.

Outras vezes a intervenção legislativa fortalece o dever de afetividade, a exemplo da Lei nº 11.112/2005, que tornou obrigatório o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas, na separação conjugal, assegurando o direito à companhia e reduzindo os espaços de conflitos, e da Lei nº 11.698/2008, que determinou a preferência da guarda compartilhada, quando não houver acordo entre os pais separados.⁴¹

A aplicação do princípio da afetividade tem sido conjecturada pela doutrina jurídica pátria em diversas situações do Direito de Família, a saber: na dimensão da solidariedade e da cooperação; da funcionalização da família para o desenvolvimento de seus membros; do regime de direcionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade; dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida, independentemente da origem biológica ou não biológica.⁴²

Tal situação deve-se ao fato de ser a afetividade elemento que permeia todas as relações humanas, influenciando não só o modo como essas relações se desenvolvem, mas acima de tudo o modo como cada indivíduo se relaciona consigo mesmo.

O estudo elaborado por Valdinéia Borba e Maria de Lourdes Spazziani parte da convicção de que a interação social é fator fundante dos processos psicológicos superiores e que estes são indissociáveis do afeto. Das análises sobre o estudo das emoções e da afetividade para fundamentar pesquisas sobre a psicogênese da pessoa completa, concluiu-se que a afetividade é fator fundamental na construção do sujeito:

A afetividade é entendida como instrumento de sobrevivência do ser humano, pois corresponde à primeira manifestação do psiquismo, propulsiona o desenvolvimento cognitivo ao instaurar vínculos imediatos com o meio social, abstraindo deste o seu universo simbólico, culturalmente elaborado e historicamente acumulado pela humanidade. Por conseguinte, os instrumentos mediante os quais se desenvolverá o aprimoramento intelectual são, irremediavelmente, garantidos por estes vínculos, estabelecidos pela consciência afetiva.⁴³

Assim, a personalidade é constituída por duas funções básicas, a afetividade e inteligência. A primeira está ligada às sensibilidades internas, orientada para o mundo social, para a construção da pessoa; a segunda, de outra forma, está vinculada às sensibilidades

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade**. Op. cit., p. 51.

⁴² Ibidem, p. 51- 52.

⁴³ BORBA, Valdinéia R. S; SPAZZIANI, Maria de Lourdes. **Afetividade no Contexto da Educação**. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioes/30ra/trabalhos/gt07-3476--int.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

externas e orientada para o mundo físico, para a construção do objeto. “Desta forma, a afetividade assume papel fundamental no desenvolvimento humano, determinando os interesses e necessidades individuais da pessoa; é um domínio funcional, anterior à inteligência”.⁴⁴

Portanto, a afetividade é uma das dimensões da pessoa que, desde o nascimento, é um ser afetivo e, gradativamente, transforma a afetividade inicial em vida racional e emocionalmente equilibrada.

3. O ABANDONO AFETIVO

A vulnerabilidade da criança e do adolescente é fator primordial que fundamenta a responsabilidade dos pais pelos filhos, a qual é irrenunciável. Leva-se em conta o fato de serem pessoas em desenvolvimento, pelo que merecem tratamento e cuidados especiais a fim de que esse desenvolvimento seja pleno, material e emocionalmente.

Conforme preleciona Wilson Donizetti Liberati, são esses os mesmos fundamentos do artigo 227, da Constituição Federal, ao atribuir à família o dever, entre outros, de educar, de proporcionar a convivência familiar e de assegurar à criança e ao adolescente o devido respeito e dignidade. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como lei especial, vem refletir a forma inédita e diferenciada de tratamento constitucional, dado à infância e à juventude, sem precedentes na história das Constituições, em virtude da especial condição de pessoa em desenvolvimento. Trata-se de mudança extremamente significativa, passando a afetar radicalmente o sistema jurídico, agora com esses novos sujeitos de direitos, cuja situação passa a ser tratada como questão pública.⁴⁵

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi aclamado pela grande maioria da comunidade jurídica brasileira, sendo enaltecido, principalmente, por romper com a discricionariedade estatal permitida pelo revogado Código de Menores. Entre tantos doutrinadores, optou-se por trazer a este trabalho a análise de Paulo Afonso Garrido de Paula, no que se refere aos pressupostos da Lei 8.069/1990:

⁴⁴ BORBA, Valdinéa R. S; SPAZZIANI, Maria de Lourdes. **Afetividade no Contexto da Educação**. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioes/30ra/trabalhos/gt07-3476--int.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

⁴⁵ LIBERATI, Wilson Donizetti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

[...] a proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Estes pressupostos rompem com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção do mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.⁴⁶

Ao se referir às crianças e adolescentes como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, Paulo Afonso Garrido de Paula enfatiza que são titulares de direitos fundamentais tal qual é observado em todos os diplomas de declaração de direitos fundamentais, destacando a Carta Magna brasileira pelo disposto no artigo 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo-lhes assegurado o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e à propriedade. A utilização do termo ‘todos’ nos leva à interpretação de que significa ‘todos os seres humanos’”.⁴⁷

4. O DEVER DE INDENIZAR O ABANDONO AFETIVO

A temática relacionada ao abandono afetivo envolve a análise preliminar de questões de relevo e que evidenciam a importância do princípio da afetividade.

Entre eles, o poder parental ou poder familiar, nova terminologia atribuída ao pátrio poder, utilizado pelo Código Civil de 1916. Este último está intimamente ligado à família de cunho patrimonialista e patriarcal, pelo que, hoje, se questiona a adequação da nova terminologia frente à intensa mudança operada pela era principiológica que se evidenciou com a Constituição Federal de 1988. Uma vez que o interesse dos pais passa a estar condicionado ao interesse do filho no que tange à sua realização como pessoa em especial condição de desenvolvimento, Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que a opção das legislações estrangeiras é mais adequada quando se referem a “autoridade parental”:

Com efeito, parece-me que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro. “parental” destaca melhor a relação de parentesco por excelência que

⁴⁶ MARÇURA, Jurandir N.; CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 4.

⁴⁷ MARÇURA, Jurandir N.; CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. Op. cit., p. 4.

há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.⁴⁸

Esta nova ótica direcionada ao poder parental advém das alterações observadas nas relações familiares frente ao destaque dado à afetividade, conforme se depreende da análise de Ana Carolina Brochado Teixeira, ao afirmar que “o conteúdo do poder familiar mudou porque também se transformou a relação parental, que, hoje, é pautada no afeto. No âmbito de uma família solidarista, o autoritarismo cedeu espaço à afetividade. A autoridade é conjugada com o amor”.⁴⁹

É fácil compreender o sentido dado pelos doutrinadores, Paulo Luiz Netto Lôbo e Ana Carolina Brochado Teixeira, ao se referirem, o primeiro, à autoridade e, a segunda, ao autoritarismo. Como se sabe, o termo autoridade indica o poder ou dever de se fazer obedecer, tomar decisões, dar ordens etc. Já o autoritarismo é aplicado em detrimento da liberdade individual, o que terminantemente se opõe ao conteúdo principiológico de que hoje se revestem as relações familiares. Por esta razão Paulo Luiz Netto Lôbo também se utiliza da expressão “múnus”, para que se visualize melhor a autoridade como encargo em benefício da coletividade, do outro.

Questão também intimamente ligada às novas feições das relações familiares e referente à criança e ao adolescente é o direito à convivência familiar, entre outros, estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O marco de fundamental importância para a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes foi a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989. Nela ficou estabelecido, conforme ensina Eliene Ferreira Bastos, que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.⁵⁰

O texto proclamado obrigou a adequação das normas dos países signatários àquelas internacionais o que, no Brasil, culminou com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, como decisão política do Estado Social de Direito, no intuito de elevar a criança e o adolescente ao *status* de sujeitos de direitos, abolindo as políticas assistencialistas,

⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 178.

⁴⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 129.

⁵⁰ BASTOS, Eliene Ferreira. A responsabilidade civil pelo vazão do abandono. In: ____; DA LUZ, Antônio Fernandes; [et al]. (Coords.). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 67.

políciaes e judiciais que antes os mantinham como simples e oportunos objetos para a perseguição de interesses escusos. Não se trata, portanto, de decisão voltada para a política interna, mas resultante da natureza coercitiva da própria Convenção. Esta obriga os Estados-Membros a garantirem a toda criança sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de qualquer tipo, independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou outra origem nacional, étnica ou social, posição econômica, impedimentos físicos, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou representantes legais, os direitos nelas previstos, como pontifica Alexandre de Moraes.⁵¹

Dessa forma, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 consagrou a Doutrina de Proteção Integral da Criança e do Adolescente que se constitui um sistema de garantias, corroborando o princípio do melhor interesse da criança e a sua condição de sujeito de direitos na especial condição de pessoa humana em desenvolvimento.

A doutrina tem considerado o melhor interesse da criança como um melhor interesse superior, agora baseado em normas objetivas, finalísticas, voltadas à proteção integral de crianças e de adolescentes, cuja formação deve se iniciar em um ambiente propício ao seu desenvolvimento. No entanto, Tânia da Silva Pereira afirma que diante de “incontáveis debates e dificuldades, os métodos atuais para a definição de questões que envolvam crianças e jovens ainda não encontram parâmetros seguros para priorizar o melhor interesse desses novos sujeitos de direitos do nosso ordenamento jurídico”.⁵² Sobre a aplicação do princípio, a autora alerta:

Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento do interesse de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto. Cabe, no entanto, um alerta para o perigo de sua aplicação por fundar-se na subjetividade do Juiz, não deixando espaço para a consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade. Com isso, pode-se concluir que não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o “melhor interesse” da criança.⁵³

Ressalte-se, porém, que no momento em que a população infanto-juvenil foi alçada à condição de sujeitos de direitos, a estes se somam aqueles relativos à personalidade, gravados

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Constituição Brasileira Interpretada e Legislação Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2091.

⁵² PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: ____; [et al]. (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 32.

⁵³ PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: ____; [et al]. (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 34.

na Constituição Federal, pelo que as crianças e os adolescentes devem ser vistos como sujeitos de interesses subjetivos, tanto quanto qualquer pessoa.

No Código Civil o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes está amplamente resguardado nos artigos 1.583 a 1.590, em consonância com a Constituição Federal. A doutrina e a jurisprudência, asseveram que “é assegurada à criança e ao adolescente a sua dignidade para garantir sua proteção e seu desenvolvimento, em razão da sua natural dependência e vulnerabilidade”.⁵⁴

É possível concluir, então, que o ambiente familiar é o ideal para que as crianças e os adolescentes possam receber todos os elementos necessários para o seu integral desenvolvimento destacando-se, neste ambiente, o valor intrínseco da afetividade. Neste sentido, colocam-se em relevo as previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 17, 19 e 22.

A convivência familiar passa a ser um direito fundamental, necessária para a proteção integral desses novos sujeitos de direito, em cujo seio são geradas inúmeras obrigações, tal qual analisa Maria Helena Diniz:

O direito à convivência familiar deve ter como paradigma o respeito à dignidade da criança e do adolescente como pessoas humanas (CF, art. 1º, III). O aplicador do direito, conseqüentemente, não poderá admitir qualquer conduta que venha a reduzir o menor à condição de coisa, retirando dele a sua dignidade e o direito a um convívio familiar fundado no afeto. Dever-se-á encarar a criança e o adolescente como sujeitos de direito, que necessitam de uma proteção integral na convivência familiar, que é um direito fundamental deles para que possam ter um pleno desenvolvimento psíquico e físico.⁵⁵

Por essa razão, Eliene Ferreira Bastos destaca o § 7º do artigo 226, da Constituição Federal, ao referir-se à paternidade responsável.⁵⁶ Por sua vez, Arnaldo Rizzardo afirma que privar uma criança ou adolescente da paternidade implica, entre outros aspectos, “na privação de sua história, do contexto da vida de seus antepassados, de sua cultura e de seus valores. O elemento de maior riqueza do ser humano que lhe dá característica impar é o fato dele ser fruto de duas pessoas diferentes”.⁵⁷

⁵⁴ BASTOS, Eliene Ferreira. Op. cit., p. 68-69.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. Direito à Convivência Familiar. In: TARTUCE, Flávio; CASTLHO, Ricardo (Coords.) [et al]. **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial**. São Paulo: Método, 2006. p. 802.

⁵⁶ BASTOS, Eliene Ferreira. Op. cit., p. 69.

⁵⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 152.

Há que se destacar que esse ambiente não se diferencia em razão de serem os vínculos de ordem genética, civil ou sócio-afetiva, importando tão somente a afetividade que permeia as obrigações provenientes da paternidade responsável e que visam o provento material, moral e intelectual da prole.

Assim, frente a essas questões, “o abandono afetivo pode ser configurado quando há um comportamento omissivo, contraditório ou de ausência de quem deveria exercer a função afetiva na vida da criança e do adolescente”.⁵⁸

Para Rolf Madaleno, dentre os indispensáveis deveres paternos está o de assistência moral, psíquica e afetiva para com os filhos:

[...] respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, o que certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado. [...] Conforme Graciela Medina os expertos em psicologia têm afirmado que o filho abandonado por seu pai sofre trauma e ansiedade, com nefasta repercussão em suas futuras relações, ressentidas de autoconfiança.⁵⁹

O doutrinador em destaque assinala que, diferentemente dos adultos, os filhos não entendem a imotivada ausência física dos genitores, cuja falta se acentua em datas especiais como o aniversário do menor, o dia dos Pais, ou das Mães, as festas natalinas ou de Ano Novo, ou mesmo no período de férias. No âmbito das relações dos infantes o sentimento de rejeição promove traumas e agravos morais que, ao longo do tempo, deixarão suas marcas no seu desenvolvimento mental, físico e social.⁶⁰

Por esses fundamentos, Rolf Madaleno assevera que “exatamente a carência afetiva, tão essencial na formação do caráter e do espírito do infante, justifica a reparação pelo irrecuperável agravo moral que a falta consciente deste suporte psicológico causa ao rebento”.⁶¹

Da mesma forma desenvolve-se o raciocínio de Clayton Reis ao ensinar que os elos de natureza sanguínea e afetiva fundamentam o dano moral decorrente dos laços de parentesco e de afinidade, sendo que “para haver a reparação moral pela rejeição social e familiar do filho, a ausência e os reiterados agravos da diuturna rejeição dão a exata dimensão

⁵⁸ BASTOS, Eliene Ferreira. Op. cit., p. 70.

⁵⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 317-318.

⁶⁰ Ibidem, p. 319.

⁶¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 319.

da gravidade moral que pode representar, por exemplo, a negação social, justamente, deste vínculo”.⁶²

Logo, a recusa do pai aos filhos infringe o dever paterno de acolher social e afetivamente a prole – prejudicando o desenvolvimento moral e psíquico dos infantes – o que consiste em injustificável ilicitude civil, gerando “o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai”.⁶³

O fundamento da indenização pelo abandono moral e psíquico da prole encontra-se no artigo 227, § 7º, da Constituição Federal, que dispõe sobre o exercício da paternidade e maternidade responsáveis, além dos que relaciona Rolf Madaleno:

A perda da guarda do filho gera o dever do ascendente não-convivente tê-lo em sua companhia (artigo 1.634, II, CC). Tudo em sintonia com o artigo 229 da Carta Política de 1998, o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), e o artigo 1.634, I, do CC, a prescreverem o dever dos pais em darem assistência material e moral ao filho, independentemente de sua guarda, assim como o dever de assisti-lo, criá-lo, educá-lo e sustentá-lo. Em paralelo aos deveres dos pais, têm os filhos os direitos havidos como fundamentais à garantia da integral formação de sua personalidade (artigos 227, CF e 3º e 4º do ECA).⁶⁴

É possível concluir, então, pela existência natural de um compromisso afetivo dos pais para com os filhos menores e incapazes. É direito da prole a convivência familiar, a assistência moral e material de seus pais, “mesmo se separados, ou se o ascendente não-guardião esteja geograficamente distante, porque ainda assim deverá manter uma razoável e adequada comunicação para com a sua prole, contato cada vez mais facilitado diante dos modernos meios de comunicação [...]”.⁶⁵

Os critérios de proibição do comportamento contraditório e prejudicial aos filhos devem reger o exercício parental face à vulnerabilidade e dependência da prole. Por essas razões, a doutrina tem admitido a aplicação da boa-fé objetiva como mecanismo de controle da autonomia privada, em casos em que outros mecanismos específicos não se mostrem suficientes para alcançar tal desiderato. Deve-se ter em conta, no entanto, que as relações familiares sofrem a incidência direta dos princípios constitucionais, que são hierarquicamente

⁶² REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 59.

⁶³ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 319.

⁶⁴ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 321.

⁶⁵ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 321.

superiores à tutela da confiança e da boa-fé, antecipando a solução para os conflitos que se estabelecem na seara das relações familiares. Porém, “ainda que o ser humano seja em sua essência contraditório, há que limitar esse comportamento dentro das relações familiares”.⁶⁶

Cabe ressaltar que não obstante o esforço doutrinário no sentido de demonstrar o cabimento da indenização pelo dano sofrido pelo filho ante o abandono afetivo, existem aqueles que questionam tal entendimento, a exemplo de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Afeto, carinho, amor, atenção... São valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais que o ser.⁶⁷

De outro lado, a grande maioria vê a indenização do dano moral como compensação, punição e, acima de tudo, como medida educativa, como ensina Rolf Madaleno:

Não se trata de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e para outros, que esta conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave. [...] a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico e, portanto, não objetiva propriamente satisfazer a vítima da ofensa, mas, sim, castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular os demais integrantes da comunidade a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.⁶⁸

A intenção é de punir ou impedir a negligência no exercício de uma obrigação “daqueles que ao se encontrarem sexualmente deixam de pensar em todas as consequências que este encontro pode trazer, ou mesmo daqueles que assumem uma filiação sabedores de uma origem genética diferenciada da sua, que o fazem e após o desfazimento da convivência

⁶⁶ BASTOS, Eliene Ferreira. Op. cit., p. 72-73.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 76.

⁶⁸ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 165.

conjugal ou em razão de outros novos encontros conjugais abandonam os filhos já existentes”.⁶⁹

Na opinião de Eliene Ferreira Bastos, aqueles que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável admitem ser impossível compelir alguém a amar ou a restabelecer o amor, já desfeito frente à total ausência do afeto de um ou outro genitor. O ideal seria que as funções paternas e maternas fossem assumidas naturalmente, permeadas de afeto, e a indenização pecuniária pode ser a melhor opção para impulsionar o processo civilizatório por que passa a sociedade, com as transformações das relações parentais.⁷⁰

O reconhecimento do direito à indenização do dano moral teve o seu primeiro precedente registrado no Brasil no processo de indenização nº 1030012032, da Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, no ano de 2003, promovido pelos mesmos fundamentos percorridos ao longo do presente trabalho. Aos 23 anos, a filha acionou seu pai por abandono afetivo desde os dez anos de idade, demonstrando na ação os efeitos provenientes da rejeição, não obstante o progenitor pagasse regularmente a pensão.⁷¹

Para Rolf Madaleno, a demanda mais sintomática no que se refere aos traumas causados pela rejeição moral e psíquica dos pais é a de nº 10503790773, que tramitou na Vara de Registros Públicos de Porto Alegre, sem segredo de justiça. Uma jovem publicitária, também de 23 anos de idade, requereu a retificação de seu registro civil para extirpação do patronímico paterno em razão do abandono do genitor, o que já fazia ao se identificar socialmente face à dor e o sofrimento que tal abandono lhe infligia.⁷²

Registrando o reconhecimento do afeto como valor jurídico, o conteúdo do voto do Relator Unias Silva, exarado no Acórdão de nº 408550-5, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, merece ser reproduzido, como o destacou Rodrigo da Cunha Pereira:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes da família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos,

⁶⁹ BASTOS, Eliene Ferreira. Op. cit., p. 76.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ MADALENO, ROLF. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.320.

⁷² Ibidem, p. 320-321.

justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam de convivência e não somente do sangue. [...] O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o art. 227 da Constituição expressa essa concepção [...]. Não é um dever oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever de alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laços parental com seu filho, e o nexo causal entre ambos.⁷³

Este Acórdão foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça por não encontrar amparo legal na indenização pelo dano afetivo.⁷⁴

É importante mencionar que o tema sugere inúmeras reflexões acerca do que se deve pagar pelo dano injusto a título de indenização provocada pelo abandono afetivo. Por um lado, a medida indenizatória pode não se mostrar suficiente para o impedimento da conduta podendo, inclusive, tornar-se a solução para aqueles que não desejam assumir verdadeiramente a paternidade responsável, já que é possível pagar um valor fixo e manter o mesmo comportamento negligente.

De outro, tais situações exigirão atenção redobrada do magistrado ao analisar o caso concreto para avaliar a extensão do dano psíquico e social – verificando se realmente houve lesão afrontando a dignidade humana do ofendido – já que é notório o crescente número de pessoas que tentam se aventurar pela responsabilidade civil no âmbito familiar, vendo nesta prática um meio fácil de obter dinheiro a partir das mazelas da própria vida.

Neste sentido ressalta-se o pensamento de Maria Celina Bodin de Moraes, citando Flaubert: “A idéia de obter dinheiro com a triste circunstância faz surgir o que há de pior em

⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 189.

⁷⁴ “Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 ao abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp. nº 757411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. em 29 nov. 05. Cf. MADALENO, Rolf. Op.cit., p. 320.

nós, a cobiça. Aqui cabe a censura de Flaubert: ‘O que o dinheiro faz por nós não compensa o que nós fazemos por ele’.⁷⁵

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho possibilitou traçar determinada linha de conclusão a partir de inferência acerca do pensamento doutrinário e jurisprudencial quanto à exigibilidade do princípio da afetividade e à aplicabilidade da responsabilidade civil nas relações familiares, em uma análise dialética com a Lei da Alienação Parental.

Em primeiro plano, tem-se que os movimentos sociais observados na vida hodierna indicam a contínua necessidade do reajustamento do Direito em geral e, em especial, do Direito Civil, como regulador das relações entre particulares.

Buscando atender às aspirações da sociedade brasileira, as disposições inseridas na Constituição Federal de 1988 vieram alterar qualitativamente o conteúdo das categorias envolvidas pelo Direito Civil. A Carta Constitucional passou a recepcionar temas que, na dicotomia tradicional compreendiam o estatuto privado, provocando alterações fundamentais no sistema de Direito Civil clássico.

Da mesma forma que em outros institutos, também o Direito de Família sofre a ingerência estatal, sugerindo uma organização familiar diversa, vindo ao encontro da realidade social.

No âmbito familiar, o realce dado às pessoas que o integram acompanha a tendência mundial que registra a era dos princípios constitucionais, refletindo a preocupação com a paz, solidariedade, justiça social e, fundamentalmente, a dignidade da pessoa humana integrante dos novos grupos familiares.

Logo, esses novos matizes da família brasileira hodierna advêm da opção do constituinte por construir um sistema de tutela da personalidade humana, alicerçando o direito geral de personalidade a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e de outros princípios constitucionais fundamentais, espalhados em vários títulos, que asseguram o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

Neste cenário principiológico das relações familiares o afeto é reconhecido como valor jurídico, caminho que a nova ordem jurídica passa a percorrer nas prescrições legais

⁷⁵ MORAES, Maria Celina. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) [et al]. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 192.

relativas à criança e ao adolescente, enfatizando a sua integridade física, psíquica e moral, o que abrange a preservação da imagem, identidade, autonomia, valores, ideais e crenças, assegurados por educação em ambiente familiar adequado.

Frente a estas prescrições, a doutrina vem considerando completamente compatível, apesar das divergências, a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares, identificando como ilícita a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo ao que tange o dano moral.

No que se refere ao abandono emocional dos filhos, verifica-se um potencial danoso a ser reparado, tanto no aspecto material como moral. A interpretação do artigo 186 do Código Civil, tomado como cláusula geral, permite sua extensa aplicabilidade, com fundamento nas prescrições constitucionais relativas à dignidade humana, que se estendem aos infantes como sujeitos de direitos.

A afetividade, assim, tem orientado decisões e firmado posições no universo jurídico-familiar, não se podendo falar de filiação ou de paternidade/maternidade se o afeto não estiver presente como termo de ligação entre pais e filhos, reciprocamente.

Ressalta-se que as objeções ao uso da responsabilidade civil no Direito de Família fundamentam-se no receio da sua utilização como um incremento da chamada “Indústria do dano”, que passaria à “Indústria do Amor”, ou no argumento de que aquele ramo do Direito já prescreve sanções destituídas de caráter econômico.

No entanto, é majoritário o entendimento de que esses argumentos não resistem à força hierárquica da Constituição Federal que tem toda a sua estrutura e função voltadas à pessoa humana e sua dignidade, do que se extrai a exigibilidade do princípio da afetividade nas relações familiares, como o núcleo fundamental para o desenvolvimento do indivíduo.

Por outro lado, a alienação parental – pela prática constante de afastamento dos filhos de um de seus genitores – vem de encontro ao princípio da afetividade, no momento que se priva a criança e o adolescente do afeto de seus pais. A Lei da Alienação Parental tem se sobreposto à Lei da Guarda Compartilhada, quase que esquecida, dado o destaque que tem tido a alienação parental no cenário jurídico nacional. Assim, como já ressaltado, deve prevalecer a força hierárquica da Constituição Federal no que se refere à integral formação da pessoa humana, devendo-se enaltecer o princípio da afetividade e não os embates familiares que se estendem indefinidamente, causando graves prejuízos emocionais a todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre socioafetividade e a identidade biológica – uma reflexão. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DA LUZ, Antônio Fernandes da; [et al]. (Coords.). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: v. 4, n. 14, p. 9, jul/set. 2002.
- BASTOS, Eliene Ferreira. A responsabilidade civil pelo vazão do abandono. In: ____; DA LUZ, Antônio Fernandes; [et al]. (Coords.). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BORBA, Valdinéa R. S; SPAZZIANI, Maria de Lourdes. **Afetividade no Contexto da Educação**. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioes/30ra/trabalhos/gt07-3476--int.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2013.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/13071.htm>. Acesso em: 30 ago. 2013.
- _____. **Código Civil Brasileiro**, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2013.
- _____. **Código Penal**, Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 ago. 2013.
- _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01 ago. 2013.
- _____. **Lei da Alienação Parental**, Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- _____. **Lei do Divórcio**, Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.
- _____. **Lei da Guarda Compartilhada**, Lei 11.698 de 13 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 17 set. 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37**. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm>. Acesso em: 14 mai. 2013.
- BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: RT, 2000.
- CYSNE, Renata Nepomuceno e. Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DA LUZ, Antônio Fernandes da; [et al]. (Coords.). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96**. Curitiba: Juruá, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. Direito à Convivência Familiar. In: TARTUCE, Flávio; CASTLHO, Ricardo; [et al]. (Coords.). **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial**. São Paulo: Método, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Rosana Amaral Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LIBERATI, Wilson Donizetti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=255>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

_____. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. **Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília: n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004.

_____. A Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília: n. 34, jul/set 2000.

_____. Princípio Jurídico da Afetividade. In: _____. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: v. 6, n. 24, p. 155, jun/jul. 2004.

_____. Do Poder Familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARÇURA, Jurandir N.; CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

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

MORAES, Alexandre de. **Constituição Brasileira Interpretada e Legislação Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e responsabilidade civil. In: MUNIZ, Francisco J. F. O direito de família na solução dos litígios. Conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, Belo Horizonte, 14-16 de novembro de 1991. p 06-07 apud CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. **Família, Direitos Humanos e Inclusão social**. Palestra proferida na 11ª World Conference the International Society of Family Law, numa viagem de navio, de Copenhagem para Oslo, 3 de agosto de 2002. In: _____. (Coord.). **Direito de família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. **Direito de família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O “melhor interesse da criança”**. In: ____; [et al]. (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) [et al]. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Denise Maria Peressini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: o que é isso?** 2. ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

SZANIAWISKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo Almeida. **Temas de Direito Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Disciplina civil-constitucional das relações de família. In: BARRETO, Viviane. (Coord.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Apelação Cível nº **108.417-9**, 2. Câmara Cível, Relator Desembargador Accácio Cambi, v.u., j. 12 dez. 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.